

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE



DIPARTIMENTO GIURIDICO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA: INTERESSI RILEVANTI E TUTELE CICLO XXVI

Le relazioni asimmetriche tra imprese

IUS/04 – IUS/05

Tutor

Chiar.mo Prof. Andrea Barengi

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Gianmaria Palmieri

Dottoranda

Donatella Palumbo

Matricola 143383

A Giovanni

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO: I CONTRATTI ASIMMETRICI

- 1.1. Lineamenti di diritto contrattuale
- 1.2. I contratti di impresa
- 1.3. Contratto e mercato
- 1.4. La giustizia contrattuale
- 1.5. I contratti dei consumatori
- 1.6. La buona fede oggettiva
- 1.7. Dal contratto asimmetrico al “terzo contratto”

CAPITOLO SECONDO: IL TERZO CONTRATTO

- 2.1. Un’ipotesi di studio che diventa formula problematica: il terzo contratto
- 2.2. I referenti normativi
 - 2.2.1. La legge sulla subfornitura
 - 2.2.1.1. L’abuso di dipendenza economica
 - 2.2.1.2. Gli orientamenti giurisprudenziali
 - A) La prima ordinanza in materia: Tribunale di Bari, 6 maggio 2002
 - B) Il caso del Tribunale di Torino: l’ordinanza dell’11 marzo 2010
 - C) Il caso del Tribunale di Catanzaro: l’ordinanza del 18 aprile 2012
 - D) La recente sentenza della Corte di Cassazione, sez. III civile, n. 18186, del 25 agosto 2014

2.2.2. I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

2.2.3. La legge sul *franchising*

2.3. La posizione della dottrina: esiste il “terzo contratto”?

CAPITOLO TERZO: NUOVI POSSIBILI REFERENTI NORMATIVI

3.1. Nuove tendenze normative

3.2. La disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari

3.2.1. La speciale disciplina dei termini di pagamento

3.2.2. L’articolo 62, comma 2: abuso di posizione dominante o abuso di dipendenza economica?

3.2.3. Un modello di *public and private enforcement*

BIBLIOGRAFIA

SITOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

RINGRAZIAMENTI

INTRODUZIONE

Il presente lavoro trae origine da un interrogativo: ha senso elaborare una teoria sul “terzo contratto”, con riferimento alla disciplina dei rapporti tra imprese dotate di diseguale forza contrattuale?

La questione si dipana lungo tre capitoli, attraverso un percorso che inizia con alcune riflessioni intorno al contratto asimmetrico, nel contesto della giustizia contrattuale, prosegue con l’approfondimento della teorica sul “terzo contratto”, prestando particolare attenzione ai referenti normativi su cui la stessa si basa (l’abuso di dipendenza economica, i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la legge sul *franchising*), ed infine approda alle nuove tendenze normative, in ordine soprattutto alla disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare.

Un tragitto lungo il quale si intrecciano approfondimenti di tipo dottrinario e pronunce giurisprudenziali, nella convinzione che un istituto può davvero essere compreso se analizzato a tutto tondo, anche nelle applicazioni concrete con cui ogni operatore della giustizia si confronta.

Un viaggio nell’ordinamento italiano ed europeo, alla ricerca delle ragioni di una sempre maggiore tutela dell’imprenditore debole, e nell’ordinamento anglosassone, che viene richiamato attraverso note comparative, per il cui approfondimento si è svolto un periodo di studio e di ricerche presso

l'Institute of European and Comparative Law, della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Oxford.

Una risposta: nuovi possibili referenti normativi alla teoria del “terzo contratto”. La recente disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari apre un varco alla costruzione della teoria, che nell'articolo 62 del decreto Cresci Italia trova un ulteriore riferimento, e viene accolta con favore, soprattutto per la rinnovata centralità assunta dal sistema agroalimentare, come dimostrato in questi giorni dall'Expo 2015.

Una prospettiva attraverso la quale l'obiettivo finale deve essere chiaro: approntare una tutela sempre crescente all'imprenditore debole, preservando al contempo logiche di efficienza del mercato ed istanze di giustizia contrattuale.

CAPITOLO PRIMO

I CONTRATTI ASIMMETRICI

SOMMARIO: 1.1. Lineamenti di diritto contrattuale - 1.2. I contratti di impresa - 1.3. Contratto e mercato - 1.4. La giustizia contrattuale - 1.5. I contratti dei consumatori - 1.6. La buona fede oggettiva - 1.7. Dal contratto asimmetrico al “terzo contratto”

1.1. Lineamenti di diritto contrattuale

Nella materia contrattuale il codice del 1942 si configurava come un prodotto originale rispetto al codice del 1865, in quanto presentava numerose novità. La volontà delle parti conservava un ruolo rilevante, ma si estendeva l'area dell'ingerenza dello Stato nei rapporti contrattuali, su cui incideva come legislatore o giudice. Si ricordano, a titolo esemplificativo, la sostituzione automatica di clausole, il controllo delle condizioni generali di contratto, la discrezionalità interpretativa connaturata alle clausole generali, o i poteri equitativi attribuiti al giudice per integrare il regolamento contrattuale. Altre innovazioni, poi, si potevano cogliere nel diffuso impiego della clausola di correttezza, nei più frastagliati canoni di diligenza, nelle regole sulle trattative, sui contratti di massa e su quelli nominati, per i quali, al criterio ordinante delle prestazioni o del contenuto dell'accordo, si sostituiva il tipo.

Nei primi decenni successivi all'adozione del codice del 1942, la disciplina dei contratti non venne particolarmente incisa, sebbene non fossero mancati importanti provvedimenti in tema di affitto di fondi rustici (si pensi alla legge 12 giugno 1962 n. 567), di contratti agrari (tra l'altro con la legge 15 settembre 1964 n. 756), di locazioni di immobili urbani (sin dalla legge 27 luglio 1978 n. 392) e di contratto di lavoro (ad esempio con la legge 15 luglio 1966 n. 604, seguita dalla legge 20 maggio 1970 n. 300). In seguito, però, la materia è stata interessata da numerosi, rilevanti provvedimenti, da un lato di recezione e regolazione di figure emerse nella prassi, come il *factoring* (legge 21 febbraio 1991 n. 52), il *franchising* (legge 6 maggio 2004 n. 129), la cartolarizzazione di crediti (legge 30 aprile 1999 n. 130), i contratti di garanzia finanziaria (decreto legislativo 21 maggio 2004 n. 170); dall'altro per rispondere alle esigenze della prassi, come nel caso della cambiale finanziaria (legge 13 gennaio 1994 n. 43), oppure all'evolvere dei tempi, a causa dell'impiego di nuove tecnologie nella contrattazione, come nel caso della disciplina del commercio elettronico (ad esempio, decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70), o ancora per attuare nuove o mutate *policies* del diritto, come nel caso, rispettivamente, della disciplina dei contratti aventi ad oggetto forme pensionistiche complementari (decreto legislativo 21 aprile 1993 n. 124) o della riforma delle locazioni di immobili urbani (legge 9 dicembre 1998 n. 431).

Progressivamente, poi, l'evoluzione della disciplina dei contratti, sotto la forte spinta del diritto comunitario, si è caratterizzata soprattutto per l'introduzione

di particolari forme di tutela di interessi negoziali ritenuti meritevoli di speciale considerazione o, senz'altro, per l'intento di riequilibrare le posizioni delle parti nelle diverse fasi di alcune tipologie di relazioni negoziali contraddistinte dalla disparità di quelle medesime posizioni. Con riferimento alla prima classe di provvedimenti si possono indicare i provvedimenti intesi a potenziare la tutela dell'interesse negoziale di una delle parti del rapporto avverso divisati profili dell'inadempimento, con particolare riguardo al ritardo nel pagamento (decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231), oppure nel quadro di peculiari operazioni, come nel caso della disciplina a protezione degli acquirenti di immobili da costruire (decreto legislativo 20 giugno 2005 n. 122) oppure in materia di usura (legge 7 marzo 1996 n. 108). In relazione alla seconda classe di provvedimenti, rivolti al riequilibrio del rapporto contrattuale, ossia alla disciplina del cosiddetto «contratto asimmetrico»¹ si possono individuare i contratti aventi ad oggetto operazioni o servizi bancari o finanziari (decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385), i contratti aventi ad oggetto servizi di investimento (decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58), contratti di subfornitura (legge 18 giugno 1998 n. 192), i contratti di assicurazione (decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209) e i contratti dei

¹ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, 769; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRINI, Milano, 2007.

consumatori (decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, il cosiddetto Codice del Consumo)².

È emersa, dunque, all'interno della materia contrattuale, una nuova categoria logica, la quale viene ricostruita sul tratto unificante delle fattispecie incluse, costituito dall'asimmetria di potere nell'ambito del rapporto tra le parti.

L'asimmetria delle posizioni può essere economica, ma anche relazionale o informativa, rendendola perciò capace di abbracciare i rapporti contrattuali accomunati dalla circostanza che una delle parti sia contraente debole rispetto all'altra³. Tale categoria appare tendenzialmente esaustiva, perché prescinde dall'eventuale soggezione dei diversi rapporti a differenti discipline speciali e dallo *status*, segnatamente di consumatore o di impresa, del soggetto più fragile.

Secondo Roppo, infatti, la formula “contratti asimmetrici” allude “*a tutti i contratti in cui si fronteggino due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive “fisiologiche” posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico*”⁴.

² Per tale ricostruzione, v. P. GAGGERO, *Diritti della persona, responsabilità civile, diritto dei contratti dal codice del 1865 ad oggi*, in *Giustizia civile*, fasc.4, 2012, 163.

³ Sul punto, A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 555 e M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

⁴ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2007, 683.

In altri termini, la categoria non comprende solo i contratti del consumatore, ma anche i contratti che legano un imprenditore ad un altro, quando le rispettive posizioni siano, per le obiettive collocazioni di mercato, significativamente asimmetriche in termini di potere contrattuale. Tale categoria, quindi, coprirebbe tutti i contratti che si presentino colpiti da fattori di *market failures*, ritenendosi che tali fallimenti appartengano alla fisiologia e non alla patologia del mercato, atteso che la concorrenza perfetta esiste solo nella teoria e, dunque, il mercato è sempre fisiologicamente esposto a fallimenti.

Il legislatore italiano, dunque, nel recepire nel nostro ordinamento le prescrizioni comunitarie, ha proceduto alla codificazione di nuove categorie contrattuali e alla disciplina di nuovi istituti che hanno minato l'unitarietà del sistema contrattuale. Oggi non esiste più il solo contratto di diritto comune, costruito in ossequio al principio di irrilevanza dello *status* soggettivo delle parti e alla garanzia della più ampia libertà contrattuale, ma sono state configurate una pluralità di categorie contrattuali in attuazione di principi di derivazione europea che limitano fortemente l'autonomia negoziale, al fine di assicurare la protezione di una parte del rapporto e un corretto ed effettivo assetto concorrenziale. In particolare, accanto ai contratti disciplinati dalle norme contenute nel codice civile, esistono i contratti dei consumatori e i contratti di impresa asimmetrici che recente dottrina civilistica ha ricondotto

ad una nuova categoria, qualificata “terzo contratto”⁵. Con tale formula si tratteggia un'area di rapporti, anch'essi contraddistinti dall'accennata asimmetria, che porrebbero una più intensa esigenza di raccordo tra regole sul contratto e regole su concorrenza e mercato⁶. Infine, va rilevato che al processo di moltiplicazione dei modelli e alla conseguente frammentazione del sistema contrattuale ha fatto seguito anche il processo di elaborazione di nuovi rimedi normativi che tengono conto della peculiarità della fattispecie negoziale e delle esigenze imperative di tutela di determinati interessi di rilevanza particolare e generale.

Si sono attestate, pertanto, in primo luogo, la perdita o almeno l'attenuazione della tradizionale centralità delle regole sul contratto in generale contenute nel codice civile, a causa della diffusa decodificazione e la (conseguente) ricodificazione delle norme speciali in articolati corpi normativi contenuti in provvedimenti distinti per diversi settori⁷, in secondo luogo la correlativa moltiplicazione dei cosiddetti «diritti secondi». Da qui, il problema del

⁵ La formula «terzo contratto» si deve a R. PARDOLESI, *Prefazione*, a G. COLANGELO, *L'abuso della dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'indagine comparata* (Torino 2004), XII. Essa ha da subito suscitato l'interesse della dottrina che ha ritenuto di farvi rientrare le ipotesi in cui il contratto intercorre tra due imprenditori, l'uno in posizione di debolezza rispetto all'altro dotato di maggiore forza contrattuale. Da qui l'idea di enucleare una terza categoria di contratto, caratterizzato da un'asimmetria di posizione tra le parti, che si affianca a quelli già conosciuti come i «contratti del consumatore», con la conseguente individuazione di uno statuto normativo per esso applicabile. Il tema è approfondito in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI - G. VILLA, Bologna, 2008, in cui sono contenuti saggi di diversi autori.

⁶ Sul punto, V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Diritto e processo amministrativo*, fasc.4, 2010, 1326.

⁷ Per un approfondimento, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1979; ID., «Codice di settore»: compimento della «decodificazione», in *Diritto delle società*, 2005,131; F.D. BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli 1984; P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, I, 403.

rapporto tra diritto generale e diritti speciali, la cui soluzione risente del grado di autonomia del plesso normativo di diritto speciale, ossia dall'attitudine ad esprimere principi propri ed a configurarsi, così, come un sottosistema; poi a presentarsi come un ganglio a sé stante, perché slegato dalle categorie impiegate dal diritto comune e, così, come un micro-sistema compiuto; e, infine, a spiegarsi in norme suscettibili di applicazione analogica non solo all'interno dei rapporti riguardati dai precetti di cui si componga lo specifico micro-cosmo normativo, bensì capaci di espandersi all'esterno qualora la *ratio* ad essi sottesa non sia collegata in via esclusiva alle peculiarità delle fattispecie disciplinate, ossia essi non trovino unicamente giustificazione nelle particolarità specializzanti di quei rapporti⁸.

La diffusione di tali tendenze, pertanto, implica l'affrancamento del contratto dalla dogmatica tradizionale inclusa nella teoria classica, il cui presupposto consisteva nel fatto che l'istituto fosse caratterizzato dalla parità formale delle parti del rapporto. Ciò prevedeva che il contenuto del regolamento contrattuale si basasse sull'incontro di volontà liberamente manifestate da soggetti contraenti in posizione di uguaglianza⁹, secondo l'antico principio che la libertà contrattuale reclama la parità formale contrattuale, legate in un binomio inscindibile, tal che al contratto non si confanno privilegi, bensì in relazione ad esso le parti sono parimenti libere e responsabili. Tale principio è stato eroso nella società industriale dal principio di solidarietà, proprio dello

⁸ Sul punto, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali* a cura di A. PLAIA, Milano 2008.

⁹ G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, 743.

stato sociale, che tende alla parità sostanziale, anche attraverso correttivi e rimedi, che limitano la libertà contrattuale del contraente forte¹⁰.

Infine, si assiste oggi all'accentuazione dell'ingerenza delle fonti autoritative nella formazione del regolamento contrattuale, attraverso interventi conformativi dei rapporti contrattuali e limitativi dell'autonomia negoziale delle parti. Si ritiene dunque che, se da un lato tali interventi condizionano l'autonomia contrattuale e impediscono di ritenere che il contratto ed il suo contenuto siano pura e semplice espressione della libera volontà delle parti, tuttavia essi non consentono di accreditare la cosiddetta «morte del contratto» intesa come radicale eclissi della fattispecie bilaterale e consensuale produttiva di effetti negoziali.

Seguendo questa traiettoria, quindi, la sistemazione del materiale normativo che conferisce giuridica rilevanza all'asimmetria del potere contrattuale non solo richiede l'elaborazione di categorie e concetti deliberatamente nuovi, ma autorizza l'interprete e, poi, il giudice a superare i limiti di rilevanza delle fattispecie invalidatorie e risarcitorie positivamente previste dal codice civile, in modo tale da spiegare come e perché sia possibile imporre il contenuto di un contratto anche in radice diverso da quello originariamente voluto¹¹.

Si presentano come corollari di questa prospettiva - rinviando ai paragrafi seguenti una dettagliata analisi degli stessi - il controllo sul contenuto economico e normativo del contratto e l'utilizzo della buona fede oggettiva,

¹⁰ G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione: dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 335.

¹¹ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 5, 515.

quale parametro per valutare nel merito il regolamento contrattuale in quanto tale e giustificare, conseguentemente, la correzione o l'invalidità di una regola del contratto espressamente voluta dalle parti ovvero imporre un obbligo a concludere il contratto.

1.2. I contratti di impresa

Con riferimento all'impresa, è noto come il contratto rappresenti un indispensabile strumento per lo svolgimento dell'attività di impresa¹². L'evidente eterogeneità di situazioni in cui si intersecano il contratto e l'impresa ha così determinato l'utilizzo di varie locuzioni per esprimere tale rapporto. Tra queste si annoverano: “contratti dell'impresa”, per intendere i contratti stipulati dall'imprenditore nell'esercizio della qualifica, “contratti di impresa”, con riferimento ai contratti riguardanti l'attività di impresa e “contratti tra imprese”, quando l'oggetto del contratto riguarda l'attività imprenditoriale di tutti i partecipanti¹³.

Il presente lavoro intende svolgere una breve disamina delle problematiche concernenti la categoria dei rapporti afferenti i “contratti tra imprese”, sia nell'ambito del diritto nazionale sia nel contesto europeo, con particolare riferimento all'esperienza inglese. A tal fine, appare necessario delineare preliminarmente i tratti caratteristici della diversa categoria dei “contratti di impresa”.

Nella tradizione del diritto civile e commerciale, infatti, tale categoria era la traduzione a livello manualistico di un orientamento classico, che elevava a raggruppamento autonomo una pluralità di contratti qualificati dal fatto di realizzare (o di concorrere a realizzare) l'esplicazione di quella attività umana

¹² Per un approfondimento sul nuovo statuto materiale delle imprese, A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Rivista delle società*, 4, 2008, 649.

¹³ Per tale tripartizione, cfr. P. FAVA, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, 232.

che è l'attività d'impresa (e, particolarmente, d'impresa commerciale). Venivano così esclusi i contratti attinenti alla costituzione ed alla organizzazione dell'impresa, i contratti attinenti al coordinamento dell'attività dell'impresa con quella di altre imprese e quelli attinenti alla crisi d'impresa, nonché i contratti di lavoro dipendente. Sulla scorta di tali esclusioni, quindi, l'attività dell'impresa interessata dai contratti di impresa finiva per riguardare soprattutto le fasi della produzione e della distribuzione dei beni e dei servizi. I tratti distintivi dei contratti di impresa venivano rinvenuti sia in relazione al contratto-atto, in seno alla disciplina di formazione dell'accordo, che al contratto-rapporto, ossia nel regolamento dell'esecuzione del programma vincolante concordato¹⁴.

In tale ottica, l'impresa veniva concepita come un'attività organizzata, tendenzialmente duratura, in cui il valore, rappresentato dall'organizzazione

¹⁴ Per un approfondimento, A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1, 2008, 140. Secondo l'Autore, i contratti civili sono quelli stipulati tra privati – non imprenditori – per regolare il godimento e la disposizione delle proprietà personali. In questo caso, quando non sia disposto diversamente per esigenze pubblicistiche, lo schema e il modello per la conclusione e l'esecuzione di tali contratti rimangono quelli forniti dal codice civile. I contratti di impresa, invece, sono quelli in cui una parte, almeno, è un imprenditore, che contratta nello svolgimento e per lo svolgimento della propria attività di impresa. Tuttavia lo statuto di tali contratti, inteso quale disciplina dell'atto e del rapporto contrattuale, è vario e differente a seconda dei settori di mercato in cui si colloca l'attività d'impresa o la fase dell'attività d'impresa, interessata dal contratto. Con riferimento al mercato delle forniture e dei servizi prestati dalle imprese più piccole, con attività limitata e specializzata, alle imprese più grandi, l'Autore sostiene che se il contratto di impresa si rivolge a questo mercato, i cui protagonisti si qualificano per lo squilibrio delle posizioni economiche, rispettivamente dominante e dipendente, che può tradursi in abuso di condizioni contrattuali, si applicherà ad esso la disciplina protettiva costruita attorno alla figura del cosiddetto terzo contratto. Ne consegue che la categoria del contratto di impresa, in relazione ed in funzione all'essenza di attività organizzata dell'impresa, variante, appunto, d'impresa, del contratto classico del codice civile, frutto di autonomia delle parti, accordo programmatico raggiunto da uguali, liberi e responsabili, e, proprio perché tale vincolante, sopravvive come ipotesi residuale, quando le imprese tra cui il contratto interviene sono di forza eguale ed operano in un mercato concorrenziale.

della produzione e dello scambio, doveva essere conservato e non risentire delle vicende personali dell'imprenditore.

Così anche il regolamento contrattuale delle diverse fasi di svolgimento dell'attività d'impresa non era frutto di deliberazioni, occasionali, episodiche e varie dell'imprenditore, ma rientrava nell'organizzazione d'impresa. La contrattazione d'impresa era frutto di un complesso e sofisticato tecnicismo, in cui confluivano gli apporti di esperti, di uffici-studi, di consulenti, non solo giuridici, ma anche socio-economici, psicologici, pubblicitari, etc..

Il contratto d'impresa, quindi, prodotto esso stesso di organizzazione, si standardizzava e dava vita al fenomeno delle condizioni generali (articolo 1341 del codice civile) e dei moduli e formulari (articolo 1342 del codice civile), che la legge considerava, pur senza farvi esplicito riferimento, come manifestazioni tipiche del contratto di impresa.

L'importanza e l'incidenza del momento organizzativo nei contratti d'impresa, inoltre, si manifestava anche quando si cercava la portata normativa vera del contratto, e cioè nella interpretazione dei contratti d'impresa.

In materia di contratti destinati a realizzare attività d'impresa, infine, veniva sottolineata la spiccata vivacità dell'autonomia contrattuale e la sua speciale attitudine a mutuare dall'esperienza del commercio internazionale nuove tipologie di contratti e di schemi negoziali, sempre più adatti alle cangianti esigenze dell'attività d'impresa e del commercio, come si avrà modo di approfondire nell'ambito della sezione dedicata al diritto contrattuale europeo.

La diversa locuzione “contratti tra imprese” permette, per converso, di porsi in una ottica differente, in cui il contratto non è un mero strumento dell’impresa quanto piuttosto un protagonista del mercato, che si atteggia quale mezzo per regolare i rapporti tra gli operatori economici. Va innanzitutto rilevato che, nelle raccolte di principi del diritto contrattuale europeo, non assume rilievo la nozione di imprenditore ma quella di professionista. Le peculiarità più significative non concernono deroghe alla disciplina generale, ma configurano l'estensione ai contratti fra imprese delle normative di riequilibrio pensate per i rapporti fra professionista e consumatore¹⁵.

Il diritto comunitario delle direttive, infatti, è una produzione abbondante che può assumere la funzione di base strutturale di un diritto comune europeo ma che non è, allo stato, immediatamente operativo, se non nella parte in cui con la tecnica del recepimento sia divenuto parte dei singoli ordinamenti nazionali. Tuttavia, non si individua affatto un *corpus* omogeneo di regole. Esso, piuttosto, si dirama attraverso significativi interventi diretti a regolamentare determinati settori o particolari problematiche. A tal fine si può fare riferimento, a titolo esemplificativo, alle norme sull'abuso di posizione dominante, alla legge sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali, alla normativa sull'abuso di dipendenza economica, come si avrà modo di apprezzare nel prosieguo della trattazione. Giova sin da ora considerare che

¹⁵ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Rivista trimestrale di diritto proc. civile*, fasc. 3, 2008, 751.

questi tre interventi individuano un particolare settore di contratti fra imprese, ove è necessario un riequilibrio a favore della parte più debole.

Secondo Gentili, è emerso che, nella prospettiva del diritto contrattuale europeo, i contratti tra imprese siano uno dei nomi per indicare ipotesi di contrattazione ineguale, senza che la locuzione segnali alcun aspetto comune che giustifichi una considerazione complessiva. Si è rilevato che, da una parte, ossia dal lato dell'imprenditore forte, vi sono le ragioni dell'utilità dell'impresa, della moltiplicazione della ricchezza globale, dell'efficienza dell'organizzazione della produzione e distribuzione, dall'altra si allocano le ragioni dell'effettiva soddisfazione dei bisogni, della proporzionata redistribuzione della ricchezza prodotta, della salvaguardia dei valori non solo economici¹⁶.

Si tratta, dunque, di un aspetto della diversa articolazione della disciplina del contratto che può atteggiarsi diversamente a seconda che le parti siano un professionista e un consumatore (*business to consumer*) o due professionisti dotati di eguale (*business to business*) o di diverso potere contrattuale (*Business to business*)¹⁷.

¹⁶ A. GENTILI, *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, 1, 110.

¹⁷ Al riguardo, P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2005, I, 489. L'Autore, dopo aver illustrato l'orizzonte contrattuale del consumatore, segnala il tema del contratto "*business to business*", che ben attiene, come transazione commerciale bilaterale, anche all'ambito del diritto europeo. Infatti, con riferimento ai contratti di distribuzione, il contratto B2b gioca un ruolo fondamentale in tutti quegli accordi che servono al funzionamento concreto della grande impresa al di fuori delle sue strutture interne. Proprio tale area, benché importante, deve essere ancora compiutamente rimeditata e ricostruita. Per il Professor Monateri "*e questo è, forse, uno dei maggiori problemi che, oggi, ci stanno di fronte nel campo del diritto dei contratti*", 506.

Occorre domandarsi, pertanto, quali siano gli elementi di qualificazione dei contratti tra imprese. A tal fine, se ne possono enucleare sostanzialmente due: la disciplina del mercato, ossia il luogo dove si collocano tali contratti, e il rapporto con la disciplina generale nel trattamento di fattispecie ineguali, che si presenta come il vero problema da affrontare e da risolvere.

Nell'intero settore dei contratti fra imprese, inoltre, serve una riflessione attenta e puntuale sul rapporto fra disciplina del contratto e regole di concorrenza, avendo maturato una precisa consapevolezza. Le asimmetrie di potere sono frutto spesso delle imperfezioni del mercato che non offre, alle imprese dipendenti, alternative per sottrarsi alla dominazione. Sicché le strade dell'*antitrust* e del diritto dei contratti possono intrecciarsi, posto che l'efficienza e la repressione degli abusi sono obiettivi condivisi da entrambi. Ciò non significa negare la rispettiva autonomia, ma valorizzare le connessioni laddove siano evidenti e utili. È noto, infatti, che la concorrenza non è un prodotto spontaneo del mercato e le sue origini non sono sottratte alla storia dell'intervento pubblico, giacché la tutela della libera gara e gli interventi correttivi sono entrambi espressione di un'autorità politica volta ad imporsi sulla libertà contrattuale¹⁸.

¹⁸ G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 4, 765.

1.3. Contratto e mercato

Il primo problema da affrontare è, dunque, comprendere le relazioni intercorrenti tra il contratto e il mercato¹⁹. Quest'ultimo è il luogo di elezione dell'agire imprenditoriale ed in particolare della contrattazione di impresa. Il mercato è la sede “*dove i contratti e la loro vincolatività sono valutati solamente per la loro efficacia ai fini del raggiungimento di un determinato scopo economico*”²⁰.

Lo studio del rapporto tra contratto e mercato²¹ permette al giurista di fornire all'attività economica gli strumenti più idonei al raggiungimento degli obiettivi prescelti nello spazio di libertà riservato a tali attività²². La

¹⁹ Sulle relazioni tra contratto e mercato, G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2006, I, 43. Per il Professor Oppo “*contratto e mercato interferiscono e si influenzano a vicenda. È difficile stabilire, sul piano logico, giuridico ed economico, una priorità o una prevalenza. Il mercato, lungi dal sostituire il contratto, è fatto di contratti, i contratti nascono dal e nel mercato. Non si possono disciplinare gli uni indipendentemente dall'altro e viceversa; gli interessi che presiedono ai primi dagli interessi che fondano l'ordine del mercato. Non considererei produttiva quindi la disputa sulla appartenenza di una misura protettiva (o repressiva) all'uno o all'altro settore, viepiù se la disputa dovesse portare a un isolamento della valutazione dal diritto dei contratti o dall'ordine del mercato e a una rigida applicazione o disapplicazione di standards valutativi. Ciò che investe i rapporti di mercato – come protezione o repressione – investe anche i contratti e ciò che investe i rapporti contrattuali investe anche il mercato*”. L'Autore, peraltro, precisa che non vi è contrasto tra la tutela del contraente debole e la tutela dell'iniziativa economica, qualificata come “socialmente responsabile”. Non si può sopravvalutare, infatti, la collocazione della previsione normativa in uno o in altro testo di legge (come si analizzerà a proposito della legge sulla subfornitura, con evidente riferimento al divieto di abuso di dipendenza economica), soprattutto se si considera il notevole grado di disordine sistematico che ha afflitto la nostra legislazione recente. Si tratta solo di confermare l'esistenza di categorie di contratti, come rami innestati su un tronco comune e di portarle a conseguenze rispettose dei valori economici e sociali attuali.

²⁰ Così G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Rivista delle Società*, 1998, 14.

²¹ Per uno studio ad ampio raggio sul rapporto tra contratto e mercato, G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, in *Saggi di diritto antitrust, Quaderni romani di Diritto Commerciale, Serie Saggi*, a cura di B. LIBONATI – P. FERRO-LUZZI, n. 18, Milano, Giuffrè, 2010.

²² Al riguardo, V.P. GOLDBERG, *Institutional change and the quasi-invisible hand*, in *The Journal of Law and Economics*, 17, 1974, 461.

regolazione dei contratti, infatti, è un momento decisivo della regolazione del mercato, specie quando parti dei contratti siano soggetti che rivestono un ruolo da protagonisti istituzionali del mercato stesso: le imprese, che sul mercato offrono beni e servizi, e i consumatori, che sul mercato domandano tali beni e servizi.

Va considerato, infatti, che il diritto contrattuale anteriore, legato alla tradizione romanistica, era essenzialmente pre-capitalistico, ossia disciplinava il contratto indipendentemente dalla regolazione del mercato. Il nuovo diritto contrattuale, al contrario, è progettato e realizzato proprio come strumento di regolazione e, talvolta, di instaurazione del mercato. Si spiega, così, la circostanza che esso disciplini il contratto non tanto in funzione del tipo di accordo voluto dalle parti, quanto del tipo di attività economica nell'esercizio della quale il contratto stesso è stipulato. La vera novità, pertanto, consiste nel fatto che il nesso di interdipendenza tra il diritto privato e il mercato si è compiutamente dispiegato nella sua costitutiva reciprocità, nel senso cioè che non soltanto il mercato è determinato dal diritto, ma, reciprocamente, quest'ultimo è determinato dal mercato e attinge dal mercato stesso la sua razionalità oggettiva²³.

L'importanza delle relazioni tra contratto e mercato trova la primaria fonte negli scritti di Gerardo Santini secondo il quale l'esaltazione del mercato è rappresentata dal commercio, che costituisce il momento del contatto

²³ In questo senso, P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 4, II, 415.

dell'impresa con la clientela e con l'esigenza di rendere tale contatto stabile nel tempo, giacché proprio il discorso sul commercio “*consente di rinnovare anche il discorso sull'impresa*”²⁴. Conseguentemente, altri Autori hanno sottolineato l'importanza del problema legato alla distribuzione, che trova nel mercato il suo ambito operativo naturale e richiede, altresì, anche la delibazione del problema dei ruoli dei soggetti che nel mercato operano e degli scambi, ossia degli atti che tali soggetti pongono in essere²⁵.

In epoca moderna, dunque, con lo sviluppo dei mercati, è divenuta sempre crescente l'esigenza degli imprenditori di decentralizzare ed esternare parte della propria attività, coinvolgendo nel processo di produzione, commercializzazione ed assistenza post-vendita soggetti terzi, dando vita al fenomeno economico del cosiddetto decentramento produttivo. Esso si realizza quando un'impresa trasferisce al di fuori dei propri stabilimenti alcune fasi del ciclo di produzione, precedentemente integrato al suo interno. Dal punto di vista tecnico, quindi, il decentramento rappresenta una modalità di combinazione delle diverse attività richieste per la realizzazione del prodotto finale, le quali potrebbero essere interamente effettuate nell'impresa

²⁴Per un approfondimento, G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979.

²⁵ V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 4, 2007, 383. L'Autore conclude il suo contributo con una notazione finale formulata nei termini seguenti: se è vero che il codice civile lasciò ampio spazio all'autonomia ispirata, però, più agli schemi civilistici che alle esigenze commercialistiche, è anche incontestabile che, in seguito al prodursi di sopravvenienze normative cospicue per quantità e per qualità e al naturale evolversi dell'impresa, l'autonomia ha assunto oggi caratterizzazioni più nette proprio per soddisfare le nuove esigenze del mondo imprenditoriale, in tale locuzione comprendendosi non solo gli interessi degli imprenditori, bensì gli interessi di tutte le componenti, che nell'attività d'impresa o dall'attività d'impresa sono coinvolte.

di origine. Dal punto di vista della struttura industriale, invece, il decentramento rappresenta un insieme di rapporti tra imprese. I rapporti di subfornitura, l'*outsourcing* e la delocalizzazione territoriale costituiscono, dunque, modalità particolari del decentramento produttivo.

Nell'ambito del dibattito più recente sulle problematiche concernenti il fenomeno del decentramento produttivo, gli economisti hanno focalizzato l'attenzione sulle tipologie di rapporti tra imprese che non possono essere ricondotti all'interno dello schema tradizionale delle relazioni di tipo collusivo in contesti non concorrenziali. Sono stati rilevati, in particolare, i rapporti mediante i quali le imprese attivano risorse complementari, di tipo tecnico e gestionale, le interazioni che mettono in moto peculiari processi di apprendimento e scambio di conoscenze, i rapporti che danno vita a strutture reticolari di impresa²⁶, nelle quali le varie lavorazioni possono avvenire in modo coerente sia lungo l'intera filiera produttiva, sia in serie parallela.

In particolare, nel dibattito italiano, il tema del decentramento produttivo è stato generalmente affrontato nel contesto della specificità dello sviluppo industriale del paese, nel quale hanno svolto e tuttora svolgono un ruolo importante le piccole e medie imprese²⁷.

²⁶ Sulle strutture reticolari di impresa, C. CREA, *Contratti tra imprese e sistemi reticolari fra cooperazione e concorrenza*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2009, 905.

²⁷ In particolare, sui distretti industriali, indispensabili per promuovere lo sviluppo economico dell'Italia: G. BECATTINI, *Mercato e forze locali – Il distretto industriale*, Il Mulino, Bologna, 1987; S. BRUSCO, *Piccole imprese e distretti industriali*, Rosenberg & Seller, Torino, 1989; M. BAGELLA – L. BECCHETTI (a cura di), *The competitive advantage of Italian districts: theoretical and empirical analysis*, Physica Verlag, Heidelberg, 2000; I. AZZARITI – I. CANDONI (a cura di), *Oltre il distretto. Interviste, modelli aziendali e teorie di un fenomeno italiano*, Franco Angeli, Milano, 2007; AA. VV., *Reti di impresa oltre i distretti*.

Al fine di analizzare gli snodi problematici dei contratti tra imprese, occorre soffermarsi sulle attività poste in essere da imprese soggette a diversi assetti proprietari, in quanto le relative transazioni hanno la natura di scambi di mercato. Si dà vita a fenomeni di integrazione verticale, ossia a strategie mediante le quali l'impresa tenta di eliminare i costi non necessari associati alle transazioni di mercato²⁸. In questo modo l'impresa assume il controllo di una determinata fase della produzione o della distribuzione strettamente collegata a quella in cui opera.

Tali fenomeni di integrazione verticale, così descritti dal punto di vista economico, quando si traducono in contratti di durata in senso tecnico-giuridico²⁹, configurano la categoria dei contratti di distribuzione³⁰.

Nuove forme di organizzazione produttiva, di coordinamento e di assetto giuridico, Il Sole 24 ore Libri, Milano, 2008.

²⁸ Per un approfondimento, R. H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988; ID., *Essays in the Institutional Structure of Production*, Chinese, Shanghai, 1990.

²⁹ Si pensi alle riflessioni di D. CAMPBELL e D. HARRIS, *Flexibility in Long-term Contractual Relationships. The Role of Co-operation*, in *Journal of Law and Society*, vol. 20, n. 2, 1993, 166-191. Gli Autori sostengono che le parti di un contratto di lunga durata accettano un generale e produttivo atteggiamento di *fairness* e per spiegare tale comportamento offrono un parallelismo con le società. Nel saggio vengono illustrate le caratteristiche di tale tipologia contrattuale, con riferimento al problema della cooperazione e, dunque, dell'attitudine delle parti a rimodulare il contenuto del regolamento contrattuale, differentemente rispetto al contratto di diritto classico. Al riguardo, infatti, "*the classical law, and its economic corollary in relatively unsophisticated forms of neo-classical economics, assume contractual promises to be the legal expression of the intentions of rational, utility-maximizing individuals making discrete exchanges in perfectly competitive markets. There is a strong implication bound up in this assumption that the parties to a contract would rapidly alter their allocative decisions should changed circumstances offer them the possibility of realizing profits in excess of those to be realised by performance of the existing contract. This implication is contradicted by the widely corroborated empirical finding in the case of long-term contracts that such shifts, even when of recognizable and quantifiable benefit to the potentially breaching party, typically are eschewed in order to realize what is assessed as the greater utility of the preservation of a long-term contract or wider long-term relationship. Indeed, short-term individual maximizing behaviour is rejected as opportunistic*".

³⁰ Per una disamina approfondita della categoria, v. R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979.

Nell'ambito di questa categoria si inseriscono figure differenti, allo stesso tempo confinanti, e talora sovrapponibili³¹. Si pensi alle figure del rivenditore

³¹ Nella letteratura nordamericana, si segnala la posizione assunta dai professori Goetz e Scott, i quali hanno analizzato le peculiarità dei “*relational contracts*”, applicando criteri economici. In particolare, con riferimento alla natura e alla funzione di tale tipologia contrattuale, gli Autori sostengono che “*In a complex society, however, many contractual arrangements diverge so markedly from the classical model that they require separate treatment. Parties frequently enter into continuing, highly interactive contractual arrangements. For these parties, a complete contingent contract may not be a feasible contracting mechanism. Where the future contingencies are peculiarly intricate or uncertain, practical difficulties arise that impede the contracting parties’ efforts to allocate optimally all risks at the time of contracting. Not surprisingly, parties who find it advantageous to enter into such cooperative exchange relationships seek especially adapted contractual devices. The resulting “relational contracts” encompass most generic agency relationships, including distributorships, franchisees, joint-ventures and employment contracts*”. Inoltre, gli Autori illustrano la differenza esistente tra i “*relational contracts*” e i “*long-term contractual relationships*” nei seguenti termini: “*A contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations. Such definitive obligations may be impractical because of inability to identify uncertain future conditions or because of inability to characterize complex adaptations adequately even when the contingencies themselves can be identified in advance. As the discussion below illustrates, long-term contracts are more likely than short-term agreements to fit this conceptualization, but temporal extension per se is not the defining characteristic. The contracts that we actually observe are, of course, neither perfectly contingent nor entirely relational. Legal theory has merely tended to concentrate on agreements that fall close to the one polar extreme, while our focus in this article is directed toward the other end of the continuum. Conventional doctrine has failed to explain adequately the nature and function of these relational contracts and how they differ from more standard contracts. The resulting incomplete understanding is a prime source of costly litigation over the meaning and enforceability of key provisions of such agreements. Much of the litigation has centered on two doctrinal linchpins of relational contracts: the obligation of one party (“the agent”) to use its “best efforts” to carry on an activity beneficial to the other (the “principal”), and the concomitant right of the principal to terminate the relationship*”. Per un approfondimento, v. C.J. GOETZ – R.E. SCOTT, *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, vol. 67, n. 6, 1981, 1089-1150.

Le riflessioni dei due Professori sono state utilizzate come sostrato delle considerazioni svolte dal professor Baird a proposito dei “*long-term contracts*”. Al riguardo, l’Autore ha precisato: “*Long-term contracts are usually heavily dickered contracts. They are not preprinted forms that no one ever reads. We now live under a back-ground rule that by and large does not embrace a norm of cooperation. If this rule is wrong and contrary to the interest of the parties, we should see them trying to bargain out of it. Yet long-term contracts do not have an explicit, legally enforceable duty to renegotiate in the event of a catastrophe. Charles Goetz and Robert Scott have argued that we need contract rules because parties themselves do not have sufficient incentives to create their own rules. Like all generalizations, this one works bettering some circumstances than in others. The case of the long-term contract is the one where we need least concern ourselves with the gaps that parties might have left. The stakes are large, and the parties are all professionals. They have an incentive to spell things out and to get it right. We can depend on them to expend considerable energy overcoming their cognitive biases*”. Per un approfondimento, D.G. BAIRD, *Self-interest and Cooperation in Long-term Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, 1990, 583-596.

In generale, nella letteratura americana, I.R. MACNEIL, *The many futures of contracts*, in *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, 691.

autorizzato, del concessionario, del *franchisee*. Carattere comune a queste fattispecie è la condizione di debolezza del distributore integrato, che si evidenzia, in particolare, con riferimento al profilo dello scioglimento del rapporto, così come sarà meglio approfondito nel prosieguo della trattazione.

Per comprendere le moderne catene di fornitura, appare utile indicare due qualità distintive, correlate alla teoria economica dei costi di transazione. La prima caratteristica problematica sorge dalla presenza di diversi partecipanti e dei legami che tra di loro si instaurano, la seconda riguarda le motivazioni dei partecipanti. La catena di fornitura, infatti, include un concetto elementare di microeconomia, in quanto essa descrive il percorso lungo il quale si muovono i prodotti e i servizi, dal produttore iniziale fino al consumatore, attraverso una serie o catena di passaggi di mercato³².

Infine, meritevole di attenzione, anche con riferimento all'ampia prospettiva comparatistica, la monografia di D. HARRIS – D. TALLON, *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Press, Oxford, 1989. Con riferimento ai *Long-Term Contracts*, gli Autori affermano che “*the principal method by which long-term relationships are regulated remains the economic and social pressures which can be brought to bear on the parties, and the terms of the contract between them. English contract law operates in two ways to supplement these. It regulates and facilitates the operation of terms agreed by the parties, e.g. by acting against strategic attempts to take undue advantage of changed circumstances. It also supplements contracts by providing reasonable terms either to fill gaps in contract planning or to make up for the shortcomings of economic and social pressures. By and large, the attitude of the courts reflects a tendency to view the issues as discrete problems, rather than as a stage in a continuing relationship. If what is being required of the courts is essentially an arbitral function which will lead to a resolution of a dispute without endangering the relationship between the parties, then it may be that changes in attitude, rather than changes in legal rules, are the priority in ensuring that such judicial revision as is currently carried out will respond to the needs of the situations in which they arise*”.

³² Per un approfondimento, M. FLICK, *Il contratto nelle “reti di imprese”: problemi e prospettive*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2008, 339. In particolare, sul contratto di rete, E. BRODI, *Coordinamento tra imprese e “contratto di rete”: primi passi del legislatore*, in *I contratti*, 7, 2009, 727. Il presente lavoro non costituisce la sede per poter approfondire il contratto di rete. Appare sufficiente ricordare che tale tipo di contratto è stato introdotto dal decreto legge del 10 febbraio 2009 n. 5, convertito in legge n. 33 del 9 aprile 2009, con l'obiettivo di fornire un nuovo strumento di natura privatistica che permetta la condivisione da parte di più imprese delle risorse economiche e delle competenze necessarie allo sviluppo e

Appare evidente che le situazioni di debolezza strutturale presenti nei contratti di impresa sono presidute da un profilo che le accomuna: la tutela del corretto funzionamento del mercato. Pertanto, gli interventi legislativi che hanno fatto riapparire la contrattazione d'impresa, in contrapposizione alla contrattazione tra privati, sono una risposta alla preoccupazione non solo della tutela del contraente debole in sé, ma anche della protezione del contraente debole nel mercato, quale elemento che possa portare a un'alterazione del suo corretto e regolare funzionamento in ottica concorrenziale.

Se tutto ciò ha un fondamento, allora, è possibile affermare che il momento unitario della contrattazione di impresa è nel mercato, con la conseguenza che i soggetti e le pattuizioni contenute in un contratto sono da rapportare ad esso e non solo ad esigenze di solidarietà ed uguaglianza³³.

Alla luce di quanto esposto, emerge uno scenario in cui il diritto privato e l'iniziativa dei singoli si contrappongono all'intervento pubblico nell'economia. Quest'ultimo, infatti, aveva determinato la crescita esponenziale del *welfare state* e trovava legittimazione nella concezione, su cui si basa tutta la costruzione europea, per la quale i fallimenti sociali dell'economia non sono ascrivibili al mercato ma ad un suo difettoso

alla gestione di un segmento comune della filiera produttivo-distributiva. Qualunque sia la fisionomia assunta non può che riconoscersi allo strumento negoziale della rete la capacità di incidere positivamente nel processo di crescita delle piccole e medie imprese, agevolandone lo sviluppo anche in assenza di significative risorse finanziarie. Il contratto di rete, dunque, si pone come valida alternativa alle varie forme di integrazione imprenditoriale sperimentate sino ad oggi, ma il suo successo applicativo, secondo l'Autrice, rappresenta forse una scommessa, il cui esito dipenderà dallo slancio con il quale gli operatori accetteranno di limitare parte della propria autonomia gestionale a vantaggio di una maggiore cooperazione.

³³ Sul punto, v. L. DE STEFANO, *L'uguaglianza sostanziale nella contrattazione di impresa*, in *I Contratti*, 4, 2011, 408.

funzionamento, sì che essi legittimano un'introduzione forzosa del mercato e della concorrenza attraverso forme di *public policy*. Nella opposta prospettiva di stampo neo liberale, la correzione delle distorsioni di mercato non può essere più solo appannaggio di una normativa esogena e settoriale (tipica dell'interventismo pubblico), ma viene attuata attraverso lo stesso meccanismo di mercato che, per questa via, viene a configurarsi sempre meno come prassi spontanea, governata da leggi pre-giuridiche, e sempre più come un modello al quale viene ricondotta, in ultima analisi, una valenza politica, in precedenza appannaggio dell'istituzione statale democratica. Pertanto, nel solco di un processo cominciato all'incirca negli anni novanta, nel segno del valore esponenziale attribuito all'efficienza, la *contract law*, tradizionalmente depositaria di una funzione meramente facilitatoria e *market friendly*, ha finito per assumere una funzione regolatoria in numerosi settori³⁴.

Questi settori, sebbene non incasellati a livello organico in un sistema coerente, segnano la tendenza verso lo sviluppo di una nuova conformazione tra *regulation* e *competition*, all'origine di un dibattito che ruota principalmente attorno all'alternativa tra autoregolamentazione privata ed etero regolamentazione pubblica³⁵. Il mercato e il contratto, dunque, appaiono

³⁴ Così, A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2010, 117.

³⁵ La disciplina del contratto europeo si muove su due piani: nell'uno, viene delineata la strategia normativa volta a perseguire determinati obiettivi di *policy* in uno specifico settore di mercato, affidandone il raggiungimento concreto alla fase successiva della sua articolazione; nell'altro, il consumatore ovvero l'impresa cosiddetta debole rappresentano gli attori in concreto della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario ed il rimedio la chiave di accensione dell'intero sistema. In questo senso l'autonomia contrattuale partecipa del fine perseguito dall'ordinamento e ciò rende la portata regolativa del diritto europeo dei contratti più ampia rispetto a quella dei diritti nazionali, poiché essa incide non solo sugli

intimamente connessi in quanto le decisioni degli attori del mercato sono armonizzate nel sistema attraverso la teoria dello scambio e il mercato risulta il luogo della contrattazione, oltre che di allocazione delle risorse economiche³⁶.

Prima di incedere nella traiettoria dell'approfondimento di tali fenomeni, con particolare riferimento al rapporto con la disciplina generale nel trattamento di fattispecie ineguali, occorre contestualizzare la problematica nello spazio più ampio della giustizia contrattuale.

interessi privati che animano la singola fattispecie, ma anche sulla regolamentazione dell'interesse pubblico al razionale svolgimento delle transazioni commerciali.

³⁶ Sul tema, R. COASE, *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 2006.

1.4. La giustizia contrattuale

Come noto, il concetto di giustizia si interfaccia con quello di libertà, cardine del sistema di diritto contrattuale delineato nel codice civile del 1942, allorquando entrino in tensione dialettica i concetti di equità e buona fede.

Le regole del diritto privato classico avevano la limitata funzione di ripristinare equilibri turbati da elementi esterni alla volontà delle parti. Tuttavia tale inquadramento è attualmente superato da una visione solidaristica del diritto privato sul cui terreno si staglia la giustizia commutativa (o correttiva), che interviene quando lo schema di allocazione delle risorse disposto dalla giustizia distributiva abbia a subire ingiustificate alterazioni, e vi pone così rimedio. Il contratto, dunque, può rivelarsi uno strumento per raggiungere obiettivi di giustizia distributiva³⁷.

³⁷ Secondo S.A. SMITH, *In Defence of Substantive Fairness*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, 138-158, occorre distinguere la “*substantive fairness*” dalla giustizia distributiva. La prima attiene, infatti, al rapporto fra due parti contrattuali mentre l'altra assume una prospettiva più ampia, in quanto “*a distributively just contract, on the standard interpretation, is a contract whose outcome maintains or helps to achieve a just distribution of resources (or whatever) between the members of a society*”, 141. In particolare, “*The most common, non-evidentiary, suggestion for why substantively unfair contracts should not be enforced is that they upset distributive justice. At first blush, this seems an unusual suggestion. Distributive justice is traditionally understood as requiring that common goods be distributed fairly amongst the members of a group or society. Contract law, which deals with two party interactions, appears unconcerned with the distribution of common goods. Contract law might, however, be instrumentally important in helping to preserve a just distribution of such goods. In particular, a requirement of substantive fairness might be important in maintaining a just distribution of purchasing power. If goods are traded at fair prices – understood again as normal prices – the trading parties end up with goods of roughly equivalent value to offer in the market. If they wish, the parties can, at least in theory, return to their original pre-contract position (minus transaction costs). Their purchasing power, as determined by the normal prices of all the goods that the parties own, is unchanged. Substantively unfair contracts upset the prior pattern of purchasing power and thus, it might be argued, conflict with distributive justice. This suggestion is largely immune to the objection that contracting parties will bargain around redistribution rules, leaving unchanged or worsened the prior distributional pattern.*

Il concetto è di origine francese ed è magistralmente scolpito nelle parole del giurista Christophe Jamin. Nel suo scritto «*Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*» l'Autore precisa che la visione solidaristica non si pone in contrasto con la libertà ma ne rappresenta un complemento: “*le droit demeure un instrument de gouvernement susceptible de remettre en cause la liberté de l'un des contractants (le plus fort) au nom de l'égale dignité de l'autre (le plus faible). Il ne s'agit donc, plus, à proprement parler, de faire coexister des libertés, mais plus exactement de pailler socialement un défaut de liberté*”³⁸.

Jamin paventa la restaurazione di un nuovo ordine feudale, riprendendo l'idea avanzata sin dal 1943 da Friedrich Kessler, a proposito dei contratti di adesione³⁹. Secondo gli Autori, la tendenza a un capitalismo monopolistico

Substantive fairness, on a distributive justice interpretation, does not require or support redistributions or purchasing power. It calls instead for preventing redistributions”, 146-147.

Secondo il Professor Collins, la giustizia distributiva che si realizza attraverso il contratto attiene all'ambito degli effetti contrattuali. Invero, “*the law of contract purports to rest upon a platform of neutrality with respect to distributive outcomes. Of course, that is not to say that the law of contract does not have distributive consequences. Since it comprises the main rules of law which facilitate market transactions, it must have the distributive consequence of a market system under which some people become better off than others as a result of successful trading. But, it is argued, we can distinguish between the aim of the law and its effects. Its aim is limited to the establishment and protection of a market economy. The distributive effect of this market economy, however, depends upon other factors, such as choices by individuals to devote effort and skills towards improving their material position. Responsibility for these outcomes, it is said, cannot be attributed to the state or its laws*”. Per tali riflessioni, H. COLLINS, *Distributive justice through contracts*, in *Current Legal Problems*, 1992, 45 (2), 49. Le tematiche brevemente delineate sono state successivamente approfondite nell'ambito della monografia, H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 1999. Nella letteratura americana, sono considerate illuminanti sul tema, seppur risalenti, le riflessioni dei seguenti autori: J. GORDLEY, *Equality in Exchange*, in *California Law Review*, 1981, 69, 1587 e A.T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, in *Yale Law Journal*, 1980, 89, 472.

³⁸ C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Gilles Goubeaux, *Le contrat au début du XX siècle – Etudes offertes a Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, 456.

³⁹ F. KESSLER, *Contracts of Adhesion, Some thoughts about Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943. Secondo l'Autore, nel caso del contratto classico “*every*

che si espande, in nome della libertà contrattuale, attraverso l'assenza di qualsiasi intervento nella sfera del potere contrattuale, ha consentito alle imprese di decidere le sorti del rapporto contrattuale attraverso dei contratti imposti più o meno autoritativamente e tuttavia senza l'apparenza del potere impositivo. Da ciò si desume che « *les contracts d'adhésion (standards contracts) étaient devenus entre le mains des puissants suzerains commerciaux et industriels le moyen d'imposer un nouvel ordre féodal à une foule de vassaux* »⁴⁰.

In questo scenario, alla ricerca del contratto "juste"⁴¹, la tendenza si risolve nel sindacato sull'equilibrio economico del contratto. Tale sindacato, non si

one has complete freedom of choice with regard to his partner in contract, and the privity-of-contract principle respects the exclusiveness of this choice. Since a contract is the result of the free bargaining of parties who are brought together by the play of the market and who meet each other on a footing of social and approximate economic equality, there is no danger that freedom of contract will be a threat to the social order as a whole. Influenced by this optimistic creed, courts are extremely hesitant to declare contracts void as against public policy because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Court of Justice". Diverso l'approccio con i "standardized mass contracts", i quali riflettono a livello giuridico lo sviluppo dell'economia di scala, la produzione e la distribuzione di massa. Le caratteristiche di tali contratti, dunque, rispecchiano la spersonalizzazione dell'individuo nel mercato e l'uniformità di clausole contenute nei detti regolamenti contrattuali rappresentano il portato dell'esatto calcolo del rischio per l'impresa. Secondo il professor Kessler, infatti, "*standardized contracts have thus become an important means of excluding or controlling the "irrational factor" in litigation. In this respect they are a true reflection of the spirit of our time with its hostility to irrational factors in the judicial process, and they belong in the same category as codifications and restatements*".

In ordine al concetto di *Freedom of Contract* e alla sua evoluzione nel tempo, P.S. ATIYAH, *Essays on contract*, Oxford University Press, 1986.

⁴⁰ C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Gilles Goubeaux, *Le contrat au début du XX siècle – Etudes offertes a Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, 468.

⁴¹ L'approccio ispirato ai principi dell'economia liberale considerava giusto il contratto voluto dalle parti poiché queste sarebbero state i migliori giudici dei propri affari. La visione liberista classica presupponeva un mercato perfetto dominato dalla concorrenza e dove tutti avevano eguali possibilità di accesso alle risorse pienamente liberi e compiutamente informati. Per un approfondimento, v. A. FOUILLE', *Qui dit contractuel, dit juste*, in *La science sociale contemporaine*, Paris, Librairie Hachette, 1880. Il principio è stato accolto dal codice civile italiano che sancisce la regola dell'autonomia contrattuale: il legislatore codicistico, infatti,

circoscrive più, come una volta, alle situazioni patologiche delle relazioni sociali o di mercato (tra le quali esemplificativamente si annoverano i vizi della volontà, l'incapacità di intendere e di volere, la pressione del pericolo o del bisogno) ma si espande fino a coprire situazioni che appartengono alla fisiologia di quelle relazioni⁴².

Si esplicita qui quella operazione che consiste nella coincidenza fra la qualificazione "contrattuale" e la qualificazione "giusto", nei termini di un'equazione fra la genuina libertà contrattuale e la giustizia, oltre che nei termini di una coincidenza fra la genuina libertà contrattuale e l'efficienza; prospettiva dalla quale diviene fondamentale portare l'attenzione soprattutto sul rispetto delle condizioni per un effettivo e paritario esercizio della libertà poiché, è solo in condizioni di reciproca pienezza informativa e di *equal bargaining power*⁴³ che contratto, giustizia ed efficienza non entrano in conflitto.

affida all'autonomia delle parti la configurazione del contenuto del contratto, evitando controlli sulla congruità dello scambio, salvo laddove esso presenti squilibri determinati da anomalie nel processo di formazione dell'accordo.

⁴² Come sottolineato da V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del Duemila*, Giappichelli, 2005. In particolare, si evidenzia che nel contratto con asimmetria di potere contrattuale la "forza di legge" (di cui all'articolo 1372 del codice civile) risulta notevolmente attenuata a causa dei frequenti recessi di pentimento e per il dilagare delle invalidità discendenti dai vari vincoli di forma, contenuto, trasparenza, completezza. Ci si trova, dunque, di fronte ad un contratto in cui, da un lato si estende l'impugnabilità, dall'altro si bilanciano, con un contenimento forzoso, le conseguenze distruttive a cui può portare l'impugnazione; un contratto sempre più assoggettato a controlli sull'equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche economico; un contratto il cui regime subisce la crescente commistione tra ordini di regole che sono generalmente separati.

⁴³ La dottrina dell'"*inequality of bargaining power*" fu elaborata dal noto giurista Lord Denning. Per un approfondimento sui concetti di "*unconscionability*" e di "*inequality of bargaining power*", nel dibattito successivo, vedi M. J. TREBILCOCK, *An Economic Approach to the Doctrine of Unconscionability*, in B.J. REITER and J. SWAN, *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 379-421. Secondo il professor Trebilcock, la

dottrina dell'“*unconscionability*” può trovare fondamento nelle situazioni di monopolio (ossia quando via sia l'assenza, anche solo di fatto, di alternative sul mercato) o di asimmetrie informative (in soggetti deboli per natura o per posizione di mercato), ma non può in alcun modo essere utilizzata per raggiungere un obiettivo di giustizia redistributiva. L'Autore conclude il suo saggio con queste parole “*it has been suggested that distributive consideration per se are likely to prove an extremely elusive basis for judicial intervention and, more importantly, are often likely to yield counter-productive results. Even in some cases where economic analysis would suggest market imperfections, it has been argued that the courts should be extremely cautious about intervention. In particular, cases of alleged market-wide monopolies and cases of alleged information break-downs in the case of standard form contracts are cases where only extensive investigation and analysis of conditions prevailing throughout an entire market are likely to yield consistent and logically defensible results. Accordingly, extreme caution has been suggested on the part of the courts in these and related areas. The suggested constraints on the scope of the doctrine derive, first, from the high probability of error on the part of the courts in making judgments on the fairness of transactions predicated upon determinations of general conditions in a market and, second, from an inability to fashion remedial instruments that are capable of circumscribing second-order incentive and substitution effects. However, in areas where these considerations are not important, the doctrine of unconscionability appears to have a useful role to play, particularly in redressing transactional inequities flowing from situational monopolies, from impaired ability to process information, and from some forms of material non-disclosure*”. Interessante il contributo del medesimo Autore, redatto unitamente a D.N. DEWEES, *Judicial control of standard form contracts*, in *The Economic Approach to Law*, edited by P. BURROWS – C.G. VELJANOVSKI, Butterworths, London, 1981.

Per una disamina della dottrina dell'“*inequality of bargaining power*” con riferimento agli “*standard form contracts*”, H. BEALE, *Inequality of bargaining power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, n. 1, 1986, 123-136. In particolare, l'Autore sottolinea che “*Unfairness in standard form contracts may also stem from the absence of choice. It is often pointed out that all the suppliers of the particular goods or service may use similar terms; the terms may not have been negotiated; and if the customer is aware of the terms on offer and seeks to negotiate the better ones, he may be met with a “take it or leave it” attitude. In the light of the analysis of why harsh terms are prevalent, none of these things suggests sinister exploitation. If the market is competitive in terms of price, it is not surprising to find most businesses offering roughly similar terms. A business which tried to offer better terms would have to charge more and if buyers did not understand the advantages of what they were being offered, it would lose sales. If the contract is on the same terms as are used by other businesses, and the price is also similar, that strongly suggests that the buyer is not being exploited. The odd buyer who demands better terms is likely to be told to “take it or leave it” because, unless the buyer is prepared to pay a considerable extra amount for his special treatment, the administrative cost to the business of altering the standard form in his favour is likely to exceed the cost of forgoing the sale. The individual customer lacks the bargaining power to influence the supplier, and this may be true not just of a consumer but also of a large business making the occasional contract of the relevant type; the cost of getting a special deal is too high to be worthwhile*”.

Un ulteriore importante contributo al riguardo è offerto da S.N. THAL, *The inequality of bargaining power doctrine: the Problem of defining Contractual Unfairness*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, n. 1, 1988, 17-33. L'Autore segnala che “*The middle road which I wish to examine in more detail is a position which accepts that the definition of unfairness will ultimately be structured by the courts through case-by-case adjudication, but at the same time regards the development of an analytical framework to guide judicial reasoning as essential to the ordered continuation of this process. The goal is to find some way in which at least part of the definition of unfairness can be structured so as to give contracting parties some guidance as to when a court will set aside a contract on the ground of unfairness*”, 25. Inoltre, si precisa che “*The importance of the distinction between inequality caused by*

Del resto, in questo nuovo scenario risultano inevitabilmente trasformati i rapporti fra il contratto e il principio della giustizia commutativa. Appare evidente, infatti, che il difetto di giustizia del contratto è un problema che spesso non si esaurisce nel rapporto interno tra le parti, ma produce esternalità negative, che si propagano dannosamente in un contesto più ampio, pregiudicando una platea di interessi più ampia. Colpire il contratto “ingiusto”, quindi, significa non solo proteggere la vittima dell’ingiustizia, ma anche salvaguardare un bene più generale che, nel caso dei rapporti tra imprese, non può che essere il bene pubblico della concorrenza⁴⁴.

Una testimonianza del permeare della giustizia contrattuale nel nostro ordinamento emerge con grande vitalità nell’opera di ridefinizione dell’articolato precettivo in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, di recente attuata attraverso la direttiva n. 2011/7/UE, e che si avrà modo di descrivere diffusamente nel prosieguo del lavoro. Si è affermata, infatti, la consapevolezza nuova, secondo cui, negli scambi tra operatori economici, ovvero tra questi ultimi e le pubbliche amministrazioni, l’abituale procrastinarsi dell’iniziativa solutoria influisce negativamente sulla liquidità e penalizza la gestione finanziaria delle imprese, con conseguenze pregiudizievoli, sotto il profilo della competitività e della redditività, tendenti

bargaining weakness and inequality caused by bargaining strength is that a party can not call the inequality of bargaining power doctrine into aid merely because he or she is in an inferior bargaining position. For the doctrine to be relevant, it is essential that the inequality arise because of unusual weakness of bargaining power on one side of the transaction. The crucial question which follows from this understanding of the doctrine is what sort of bargaining weaknesses the law will protect”, 30.

⁴⁴ Sul punto, V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2007, 602.

ad un deciso aggravamento in periodi di involuzione del quadro economico, allorquando si accentuano gli ostacoli nell'accesso al credito⁴⁵.

In tale delicata materia, il legislatore comunitario si prefigge di colpire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore, con ciò assecondando una vocazione repressiva, già emersa in sede di emanazione della direttiva n. 93/13/CEE in materia consumeristica, nei confronti dei contegni implicanti una lesione degli interessi in capo ai soggetti che il mercato relega in una condizione di labilità di potere negoziale.

Si conferma, dunque, la tendenza del legislatore comunitario a salvaguardare le ragioni del contraente debole, disancorando la sua tutela dal concetto di *status*.

Si segnala, peraltro, l'affermarsi del ruolo della clausola generale di buona fede nella ricostruzione della figura dell'abuso, atteso che il criterio deontologico, oltre ad assurgere a referente primario nella valutazione della condotta osservata *in executivis*, vede la propria potenzialità applicativa trascorrere sul piano del formarsi del contenuto dispositivo della privata convenzione, ove si incarica di orientare la disamina in merito all'equità sostanziale dello statuto pattizio⁴⁶.

Avuto riguardo, pertanto, ai rinnovati lineamenti della buona fede, si ha l'impressione che, nella prospettiva sovranazionale, con le inevitabili proiezioni nelle singole realtà statuali, venga profilandosi in maniera

⁴⁵ Confronta, al riguardo, il *considerando* n. 3 della direttiva n. 2011/7/UE.

⁴⁶ Così A. SPADAFORA, *Abuso della libertà negoziale tra acquisizioni normative e riletture giurisprudenziali*, in *Giustizia civile*, fasc. 2, 2012, 53.

inequivoca una coordinata sistematica che, benché già palesatasi in campo consumeristico, era stata colta non senza difficoltà ed incertezze in sede di speculazione dottrina, considerati i plurimi e non univoci approdi ricostruttivi raggiunti con riferimento al nesso normativamente stabilito tra contrarietà a buona fede e significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi negoziali in danno del consumatore.

Vi è, pertanto, un'assimilazione tra l'iniquità del regolamento contrattuale, o dei comportamenti deputati a darvi attuazione, e devianza dal canone etico espresso dalla buona fede.

Infine, sul versante del diritto della concorrenza, nel corso del 2010, si è assistito alla riforma del diritto europeo degli accordi di distribuzione. Alcuni tipi di accordi verticali, infatti, possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti. In particolare, essi possono contribuire a ridurre i costi delle transazioni commerciali ed i costi di distribuzione delle parti e possono altresì consentire un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite. Così, in seguito all'esperienza generalmente positiva dell'applicazione del regolamento n. 2790/1999, la Commissione europea ha adottato il Regolamento (UE) n. 330 del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul

funzionamento dell'Unione Europea a categorie di accordi e pratiche concordate⁴⁷.

⁴⁷ Più specificatamente, l'articolo 101, paragrafo 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) - *ex* articolo 81, paragrafo 1 del trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) - vieta gli accordi che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che impediscono, restringono o falsano il gioco della concorrenza. Il paragrafo 3 dell'articolo 101 del TFUE (*ex* articolo 81, paragrafo 3 del TCE) esenta gli accordi che producono sufficienti vantaggi, tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali.

Gli accordi verticali, infatti, sono accordi per la vendita e l'acquisto di beni e servizi conclusi tra imprese operanti ciascuna ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione. Esempi classici di accordi verticali sono gli accordi di distribuzione tra produttori e commercianti all'ingrosso o dettaglianti. Gli accordi verticali che determinano solamente il prezzo e la quantità per una transazione specifica di vendita e acquisto di norma non restringono la concorrenza. Tuttavia, una restrizione della concorrenza può verificarsi se l'accordo contiene restrizioni per il fornitore o il compratore, ad esempio se obbliga l'acquirente a non acquistare marchi concorrenti. Tali restrizioni verticali possono avere effetti negativi ma anche positivi. Ad esempio, possono aiutare un produttore ad entrare in un nuovo mercato o ad evitare che si crei una situazione in cui un distributore si avvantaggia degli sforzi promozionali di un altro distributore o consente a un fornitore di ammortizzare un investimento fatto per uno specifico cliente. Spesso è la struttura del mercato a determinare se un accordo verticale attui una reale restrizione della concorrenza e se, in tal caso, i vantaggi compensino gli effetti anticoncorrenziali. In linea di principio è necessaria una valutazione individuale. Ciò nonostante, la Commissione ha adottato il regolamento (UE) n. 330/2010, il regolamento di esenzione per categoria, che offre una zona di sicurezza per la maggior parte degli accordi verticali. Attraverso l'esenzione per categoria il presente regolamento rende inapplicabile il divieto dell'articolo 101, paragrafo 1 del TFUE agli accordi verticali che soddisfano una serie di requisiti. La Commissione ha pubblicato anche gli orientamenti sulle restrizioni verticali che descrivono l'approccio adottato nel caso di accordi verticali non coperti dal regolamento di esenzione per categoria. Al riguardo consulta il sito http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0007_it.htm.

Con riferimento ai requisiti per l'applicazione del regolamento di esenzione per categoria, giova precisare che il detto regolamento contiene alcuni requisiti da soddisfare prima che un accordo verticale specifico sia esentato dal divieto dell'articolo 101, paragrafo 1 del TFUE. Il primo requisito prevede che l'accordo non contenga nessuna delle restrizioni fondamentali stabilite nel regolamento, il secondo prevede una soglia della quota di mercato del 30 % sia per i fornitori che per gli acquirenti. Infine, il regolamento di esenzione per categoria prevede alcune condizioni collegate a tre restrizioni specifiche.

Per quanto concerne le restrizioni fondamentali, tale regolamento ne contiene cinque tipologie che portano all'esclusione dell'intero accordo dai benefici del regolamento di esenzione per categoria, anche se le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente sono inferiori al 30 %. Le restrizioni fondamentali sono considerate restrizioni gravi alla concorrenza a causa del probabile danno che provocano ai consumatori. Nella maggior parte dei casi saranno vietate e si ritiene improbabile che gli accordi verticali che contengono tali restrizioni fondamentali soddisfino le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3 del TFUE.

Nel dettaglio, la prima restrizione fondamentale riguarda l'imposizione dei prezzi di rivendita: ai fornitori non è consentito fissare il prezzo (minimo) al quale i distributori possono rivendere i loro prodotti.

La seconda restrizione fondamentale concerne restrizioni relative al territorio in cui o ai clienti ai quali l'acquirente può vendere. Questa restrizione riguarda la suddivisione del mercato in base al territorio o al cliente. I distributori possono continuare ad essere liberi di decidere dove e a chi vendere. Il regolamento di esenzione per categoria prevede alcune eccezioni a tale

1.5. I contratti dei consumatori

Occorre, a questo punto, fornire dei brevi cenni sui contratti dei consumatori, la cui legislazione speciale, dettando una disciplina differenziata rispetto a quella generale contenuta nel codice civile, ha indubbiamente fatto riemergere la rilevanza dello *status* delle parti contraenti⁴⁸.

norma che permettono, ad esempio alle imprese di attuare un sistema di distribuzione esclusiva o distribuzione selettiva.

La terza e la quarta restrizione fondamentale riguardano la distribuzione selettiva. In primo luogo, ai distributori selezionati è vietato vendere a distributori non autorizzati, ma non sono sottoposti a limitazioni relative agli utenti finali a cui possono vendere. In secondo luogo, i distributori autorizzati devono essere liberi di vendere o acquistare i beni contrattuali a o da altri distributori autorizzati all'interno della rete.

La quinta restrizione fondamentale riguarda la fornitura di pezzi di ricambio. Un accordo tra un produttore di pezzi di ricambio e un acquirente che incorpora questi nei suoi prodotti non può impedire o limitare le vendite da parte del produttore di questi pezzi di ricambio agli utenti finali, a riparatori indipendenti o a prestatori di servizi.

Inoltre, va rilevato che un accordo verticale è coperto da questo regolamento di esenzione per categoria se sia il fornitore che l'acquirente dei beni o servizi non hanno una quota di mercato superiore al 30 %. Per il fornitore, si tratta della sua quota di mercato sul mercato di fornitura rilevante, cioè il mercato sul quale vende i beni o servizi ad essere decisivo per l'applicazione dell'esenzione per categoria. Per l'acquirente, è la sua quota di mercato sul mercato di vendita rilevante, cioè il mercato sul quale vende i beni o servizi, ad essere decisivo per l'applicazione del regolamento di esenzione per categoria.

Quanto alle restrizioni escluse, si segnala che il presente regolamento si applica a tutte le restrizioni verticali diverse dalle restrizioni fondamentali di cui sopra. Impone comunque, condizioni specifiche a tre restrizioni verticali:

- obblighi di non concorrenza durante il contratto;
- obblighi di non concorrenza dopo la scadenza del contratto;
- l'esclusione di marchi specifici in un sistema di distribuzione selettiva.

Quando le condizioni non sono soddisfatte, queste restrizioni verticali sono escluse dall'esenzione del regolamento di esenzione per categoria. Tuttavia tale regolamento continua ad essere applicato alla parte rimanente dell'accordo verticale se tale parte è separabile (cioè può operare in modo indipendente) dalle restrizioni verticali non esentate.

Per un approfondimento dell'argomento e per leggere direttamente il testo dei regolamenti (UE), consulta il sito http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0006_it.htm. In dottrina, R. SUBIOTTO QC - C. DAUTRICOURT, *The Reform of European Distribution Law*, in *World Competition*, 34, 1, 2011, 11-50.

⁴⁸ Tuttavia, nell'ambito descritto, è preferibile rinunciare a parlare di *status*, in quanto le qualità delle parti deboli attengono più alle condizioni legate a circostanze concrete ed effettive in cui si svolge la contrattazione d'impresa. Si è, quindi, in presenza di posizioni contrattuali da individuare volta per volta e così la staticità propria del concetto di *status* mal si concilia con la posizione momentanea, relativa e a volte occasionale del contraente debole. Sul punto, L. DE STEFANO, *L'uguaglianza sostanziale nella contrattazione di impresa*, in *I Contratti*, 4, 2011, 408.

La qualità di consumatore, dunque, comporta l'applicazione di una disciplina aliena a quella generale contenuta nel codice civile⁴⁹.

Si è detto che il cambio di direzione, spinto dalle direttive comunitarie, nasce con l'esigenza di tutelare il contraente debole, in via immediata, per tutelare, in via mediata, il corretto sviluppo della concorrenza. In tal modo, nessun operatore del mercato può approfittare delle condizioni di inferiorità del consumatore, garantendosi vantaggi anticoncorrenziali.

La tutela del consumatore, quindi, può trovare realizzazione nella sfera della giuridicità. Nel settore strettamente economico, infatti, si assiste al depotenziamento della posizione dei consumatori rispetto a quella delle

⁴⁹ Al riguardo, appare utile illustrare una breve ricostruzione dell'iter storico che ha condotto all'emanazione del Codice del Consumo. I contratti del consumatore, infatti, furono nominati come tali con la introduzione della disciplina delle clausole vessatorie ed abusive degli artt. da 1469**bis** a 1469**sexies** del codice civile, disciplina che viene significativamente inserita, nel 1996, sotto tale denominazione, nell'apposito capo XIV**bis**, alla fine del titolo I del libro IV del codice civile (dedicato ai contratti ingenerale). Successivamente, la distribuzione di prodotti e di servizi di massa destinati al consumo avrebbe formato oggetto di molte leggi speciali, che regolavano sia il contratto-atto, in ragione delle condizioni e modalità in cui avveniva la contrattazione, che il contratto-rapporto, in ragione delle caratteristiche oggettive del prodotto o servizio venduto e delle qualità soggettive delle parti del contratto. Si annoverano, in proposito, la legge n. 50 del 1992 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la legge n. 111 del 1995 sulla vendita di pacchetti di viaggi, vacanze, circuiti tutto compreso, la legge n. 185 del 1999 sui contratti a distanza, il decreto legislativo n. 70 del 2003 sul commercio elettronico, la disciplina della garanzia dei beni di consumo, inserita agli articoli 1519**bis** e seguenti del codice civile, il decreto legislativo n. 427 de 1998 sulla multiproprietà. Tutta questa legislazione, quindi, si presentava come legislazione speciale, come espressione di particolarismo giuridico, di fronte al carattere generale del titolo II del libro IV del codice civile, per la disciplina del contratto-atto e del contratto-rapporto. Tuttavia la crisi del concetto unitario di contratto, avviata con la detta legislazione speciale, è stata quasi ratificata legislativamente dal varo del Codice del Consumo (decreto legislativo n. 206 del 2005), in cui sono confluite le leggi speciali di protezione del consumatore e da cui emerge che il contratto del consumatore è uno schema normativo generale della conclusione e della esecuzione dei contratti, che negoziano prodotti di consumo tra operatori economici professionali e privati-consumatori. Si tratta, dunque, di uno schema normativo profondamente diverso da quello del codice civile per momenti fondamentali della conclusione e dell'esecuzione. Tali profonde differenze non solo hanno giustificato la scissione del contratto del consumatore dall'unitaria categoria del contratto del codice civile, ma hanno sollecitato la riflessione sul ruolo e sulla portata attuali del contratto comune di diritto civile. Per un approfondimento sul tema, A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2008, I, 140.

imprese produttrici, ossia ad un *deficit* di potere economico dei consumatori rispetto al potere economico delle imprese, a cui può porsi rimedio solo con l'ausilio delle regole giuridiche⁵⁰.

Pertanto, il movente della normativa sulle clausole vessatorie risiede, non solo nella promozione della libera concorrenza, ma anche nell'istanza solidaristica rivolta a soggetti privi di competenza professionale, spesso vittime di asimmetrie informative⁵¹ e non supportati da una struttura imprenditoriale.

⁵⁰ Così A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2005, I, 1. L'Autore si domanda, altresì se è necessario, al fine di costruire una categoria dogmatica dei contratti di impresa, spiegare e dimostrare come l'interesse della parte imprenditrice si traduce in una componente della causa del contratto di impresa, così come sarebbe necessario, per configurare una categoria dei contratti dei consumatori, verificare come l'interesse di questi soggetti valga a integrare una specifica componente della causa della relativa fattispecie negoziale.

⁵¹ "A common justification for recent judicial and legislative interventions in consumer markets to set contract terms or to require firms to disclose price or other product-related information is that consumers are imperfectly informed with respect to the transactions they make": tale è l'*incipit* di un interessante articolo, seppur risalente, apparso nel 1979 sulla *University of Pennsylvania Law Review*. I due Autori, i Professori Alan Schwartz e Louis L. Wilde, analizzano in una prospettiva giuridica ed economica l'intervento della legislazione sul mercato al fine di rimuovere le asimmetrie informative di cui è affetto il contraente-consumatore. Attraverso l'utilizzo dell'analisi economica del diritto, supportata dal modello matematico, i due Autori giungono alle seguenti conclusioni: "the existence of imperfect information is commonly thought to justify market intervention by courts and legislatures because of the predominant belief that an imperfectly informed buyer cannot make utility-maximizing purchase choices. This focus on the conditions under which particular individuals can make optimal decisions is unwise. Not only does it fail to give guidance to decision-makers respecting when and how they should intervene in markets, but it is a misplaced concern: when markets are competitive, individuals are protected from the adverse consequences of making decisions in the face of imperfect information. Therefore, decision-makers should attempt to ascertain whether noncompetitive behavior is occurring in the relevant market before intervening. Such a determination would be complex, expensive, and somewhat inexact, but criteria exist that should enable it to be made with an acceptable (although not fully satisfactory) degree of accuracy. Further, once it has been decided that a market is behaving non-competitively, the preferable state response is not to regulate prices or to prohibit the use of specific contract terms; the better response is to attempt to increase competition in the market. Finally, courts can do little to increase competition; thus state responses to the existence of imperfect information should be primarily legislative and administrative". Per un approfondimento, A. SCHWARTZ – L.L. WILDE, *Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1970 (127), 630.

La dottrina appare restia ad applicare la logica impiegata a tutela del consumatore all'imprenditore debole, in quanto vi è una differenza strutturale tra le due figure in punto di asimmetria del potere contrattuale⁵². Il consumatore, infatti, riveste una posizione di debolezza all'interno del contratto, poiché, risultando sprovvisto delle necessarie informazioni, è incapace di negoziazione. I contratti dei consumatori, del resto, si costruiscono sulla circostanza che la predisposizione unilaterale da parte dell'imprenditore-professionista comporta una presunta asimmetria tra le parti e a tal fine trova spazio la normativa sulle clausole vessatorie e sulla nullità di protezione⁵³.

La tutela del consumatore non può, quindi, assurgere a paradigma della protezione di qualsiasi soggetto debole e, anche attraverso l'effetto trainante della buona fede oggettiva, può essere estesa solo sino al limite di abbracciare chiunque, anche non persona fisica, non svolgendo un'attività d'impresa e privo di una competenza professionale nella conclusione del contratto, non abbia avuto il potere di negoziare il contenuto delle clausole⁵⁴. In sostanza, può ammettersi un'interpretazione estensiva della disciplina a favore del

⁵² C'è chi evidenzia il contenuto del *considerando* 20 della direttiva sui servizi di pagamento (2007/64 CE), secondo la quale "gli Stati membri dovrebbero poter stabilire che le microimprese... debbano essere trattate al pari dei consumatori". Tuttavia, pur offrendo una traccia per una possibile tassonomia contrattuale europea, non si perviene ad una costruzione convincente del contratto con asimmetria del potere contrattuale. Per tali riflessioni, S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2, 2010, I, 409.

⁵³ Per un approfondimento, F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 5, I, 681.

⁵⁴ Recentemente, in tema di contratto virtuale, E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 6, 1264.

consumatore ampliata sino a comprendere gli enti collettivi e chi, pur acquistando beni strumentali alla sua attività, non espliciti nel contratto la propria competenza professionale, mentre non si può condividere una pura generalizzazione della tutela del consumatore che finirebbe per non rispettare la *ratio* della normativa⁵⁵.

Ciò premesso, la disciplina da invocare quando il contraente debole sia un'impresa, deve essere necessariamente diversa da quella che si applica al consumatore. Del resto, la debolezza dell'imprenditore consiste nell'assenza di reali alternative sul mercato e non si arresta al solo momento genetico del rapporto, ma si riflette anche sullo svolgimento dello stesso⁵⁶.

Tuttavia, pur nella diversità delle regolamentazioni, collegata alla differente prospettiva delle asimmetrie, è possibile evidenziare un *fil rouge* che lega i contratti dei consumatori e quelli degli imprenditori: le loro rispettive discipline giuridiche, infatti, realizzano interventi di regolazione del mercato che sono indispensabili per prevenire i cosiddetti *market failures* o per porvi rimedio. Tali due ambiti disciplinari, infine, si raccordano strettamente con la disciplina della concorrenza, attraverso l'elemento trainante della buona fede. Ed è proprio alla rinnovata centralità della buona fede oggettiva che volge lo sguardo il prossimo paragrafo.

⁵⁵ Sul punto, E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 5, I, 516/517.

⁵⁶ In letteratura inglese, sul punto, H. BEALE – T. DUGDALE, *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, in *British Journal of Law and Society*, vol. 2, n. 1, 1975, 45-60.

1.6. La buona fede oggettiva

Accanto alle novità normative per i consumatori, attori nuovi dello scenario contrattuale, compare, con rinnovata vitalità, uno dei cardini del diritto tradizionale dei contratti: la buona fede oggettiva⁵⁷. La clausola di buona fede, infatti, domina con spiccata *vis* espansiva, oggi come ieri, l'intera materia.

⁵⁷ La sconfinata letteratura sul tema impone, in questa sede, di operare una selezione con riguardo alle opere che paiono più significative. Quanto alla buona fede nella sua dimensione oggettiva il richiamo è, tra gli altri, per la dottrina tradizionale, a: A. LEVI, *Sul concetto di buona fede*, Genova, 1912; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948; P. BONFANTE, *Essenza della «buona fede» e suo rapporto con la teoria dell'errore*, ora in *Scritti giuridici vari*, II, Torino 1926, 717; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948; L. CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1949, 782; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (Parte generale)*, I, Milano, 1951; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1955; A. MONTEL, "Buona fede", in *Nuovissimo Digesto Italiano*, II, Torino, 1957, 599; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1958, 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio* (Appunti delle lezioni), III, Milano, 1963; S. ROMANO, voce "Buona fede (diritto privato)", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 677; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1960, 1324; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; ID., voce "Diligenza (diritto civile)", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, 539; ID., *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro Padano*, 1964, I, 1283; ID., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1965, I, 149; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1964, I, 163; D. CORRADINI, *Certezza e giustizia nel problema della buona fede*, in *Giustizia e società*, 1965; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, 205; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1969, 108; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova*, 1971, 232; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1971, 613; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 205; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Rivista di diritto civile*, 1984, I, 709; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, 21; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, 5. Una disamina delle origine romanistiche del principio è offerta da V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1946 e P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino (s.d., ma 1957). Per la rilevanza e correttezza nella fase delle trattative F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, 1051; L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza*

Va rilevato che, sul terreno sostanziale, appare superata la drastica contrapposizione fra la buona fede oggettiva, sinonimo di un intervento solidaristico nel contratto, e la logica del mercato, dominata dal principio liberista. Tale inattesa conciliazione, tuttavia, non è priva di ombre, che si compendiano nell'alternativa fra l'attitudine della buona fede ad operare un controllo sul contenuto dell'accordo, solo nei limiti in cui ciò sia strumentale all'efficienza e alla libera concorrenza del mercato, e la sua vocazione, viceversa, a regolare il mercato.

Nel campo europeo dei contratti, peraltro, la buona fede è capace di far transitare nel contratto istanze non derivate e non imposte dai singoli ordinamenti, il che le conferisce un'importanza primaria in una realtà in cui si affievoliscono la centralità dello Stato e il suo ruolo di intervento nell'economia⁵⁸, imponendosi quale principio generale del diritto europeo dei contratti⁵⁹.

dell'art. 1337 c.c., in *Scritti Barillaro*, Milano, 1982, 131. Per una panoramica sulla latitudine del principio negli ordinamenti tedesco e francese si vedano: F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928; G. LYON CAEN, *De l'évolution de la bonne foi*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1946, 76; O. A. GERMANN, *Die bona fides als Grundlage des Wettbewerbsrechts*, in *Aequitas und bona fides, Festgabe für Simonius*, Basel, 1955; K. SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960.

⁵⁸ Il dogma dell'intangibilità dell'autonomia privata, comunemente inteso come un riconoscimento di un vero e proprio potere soggettivo, appare ormai profondamente minato alle basi. L'intelligibilità dell'assunto risulta pressoché immediata ove si consideri, ad esempio, che i privati, autodeterminandosi alla contrattazione, possono vedere tutelati i propri interessi solo attraverso i *dicta* che l'ordinamento statuisce in tema di forma e contenuto dell'accordo negoziale. Il codice del 1942 e la Carta Costituzionale pochi anni dopo recepiscono le coordinate del mutato assetto sociale ed elevano il contratto a strumento di collaborazione economica e cooperazione delle attività individuali per il raggiungimento di fini non esclusivamente egoistici, ma anche sociali. L'ordinamento si insinua con forza in un terreno ritenuto impermeabile nel pensiero ottocentesco, affiancando al concetto di libertà contrattuale quello dell'utilità e solidarietà sociale. L'idea, dunque, è che la matrice individualistica, fulcro della concezione e della struttura del contratto nel sistema previgente, si arricchisca di una matrice pubblicistica che viene imposta *ab externo* dall'ordinamento

Due le funzioni della buona fede oggettiva: la prima, di orientamento e ricostruzione dell'accordo tra le parti, la seconda, quale criterio ermeneutico tramite cui giudicare la giustizia normativa dell'accordo e colpire con l'inefficacia le clausole inique⁶⁰.

giuridico; quest'ultimo diventa momento di sintesi tra contratto e mercato, tra individuo e società. Una più incisiva conferma nel senso appena indicato è fornita dall'esistenza di norme tutt'altro che eccezionali, che vincolano il contraente finanche nella prerogativa di attuazione di un contratto, ovvero nella scelta della controparte. Di crescente e significativa importanza appare, inoltre, l'incidenza delle c.d. fonti "eteronome" nell'ambito del rapporto contrattuale ed anche nello specifico, la significativa espansione interpretativa e applicativa della clausola generale di buona fede. Se si aderisce all'impostazione in ultimo indicata, si valorizza a pieno la funzione del principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, all'interno del nostro ordinamento, nonché la possibilità di affermare che il predetto principio, di cui la buona fede è una chiara espressione, ha da sempre avuto un ruolo centrale nel nostro sistema legislativo, posto che la buona fede non può essere più, o non solo, considerata strumento per misurare il comportamento, bensì anche parametro per valutare se il diritto sia stato esercitato con modalità conformi alle esigenze che l'ordinamento intende perseguire. Se ne ricava che sono esempi, del tutto esemplificativi e non esaustivi, di un generale principio di correttezza e buona fede: la rescissione per lesione, la risoluzione per eccessiva onerosità e la riduzione officiosa dell'entità della clausola penale. Si denota un ampliamento del concetto di buona fede, o meglio del suo contenuto normativo, in forza di una lettura conforme a Costituzione, in funzione della quale il principio in parola si trova ad assumere il ruolo di limite di ogni situazione giuridica negoziale, attiva o passiva, in vista dell'attuazione del principio di giustizia contrattuale. In questo senso la pattuizione (regola formale) cede alle esigenze superiori di giustizia (regola sostanziale). Ne consegue che la buona fede non deve essere ricondotta *stricto sensu* nell'alveo degli articoli 1337, 1366 o 1375 del codice civile, poiché piuttosto che buona fede contrattuale, che presuppone un rapporto di parità tra le parti, qui viene ad operare un più ampio concetto di buona fede inteso come principio collegato a istanze solidaristiche e di meritevolezza, cui fare riferimento nel giudizio circa la modalità di esercizio di un diritto. L'abuso dell'autonomia privata, inteso quale violazione del principio di buona fede, è riscontrabile ogniqualvolta i soggetti oltrepassino il limite al di là del quale viene meno la meritevolezza di tutela. L'intervento correttivo, pertanto, è volto a soddisfare il principio di giustizia contrattuale da tempo affermato, la cui rappresentazione emblematica è data dall'introduzione in via pretoria della riduzione d'ufficio della clausola penale, a significare come l'autonomia delle parti debba conciliarsi con un interesse di ordine generale. In definitiva viene ribadito il ruolo centrale del principio di proporzionalità, rafforzato dalla buona fede al fine di attribuire, seppur entro certi limiti, rilevanza allo squilibrio, sia economico che normativo, tra le prestazioni contrattuali indipendentemente dalla qualifica soggettiva della parte debole. Non si tratta di un depotenziamento, quanto piuttosto di un rimodellamento dell'autonomia privata sulle forme del principio solidaristico, nella consapevolezza, da parte dei consociati, di una piena libertà di impulso alle vicende giuridiche, sulle quali il controllo esterno è esercitato per la tutela della proporzionalità. Per l'approfondimento di tali riflessioni: G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 4-5, 917.

⁵⁹ Sul punto, H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n. 2, 1994, 229.

⁶⁰ Per un approfondimento sul tema: E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 5, I, 507.

Ne consegue che, alla luce di quanto esposto, l'essenza della buona fede viene individuata nella logica del mercato, in quanto limite specifico dell'autonomia contrattuale dell'imprenditore. In altri termini, la buona fede non è costituita né dalla deontologia professionale, né dalla prassi sociale, né, ancora, dalla valutazione etica dei comportamenti imprenditoriali che si rinviene nella coscienza sociale, bensì dai principi generali inderogabili dell'ordinamento giuridico in materia di attività economiche e di buon funzionamento del mercato e della libera concorrenza⁶¹.

Nel contesto europeo, dunque, si prospettano due diversi modelli: quello della legislazione comunitaria, che identifica il contraente debole nella figura del consumatore che non è riuscito a negoziare il contenuto contrattuale, e quello delle proposte di armonizzazione europea della disciplina del contratto⁶². Si fa

⁶¹ Così, P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 4, II, 420.

⁶² Secondo il Professor Collins, con riferimento al rapporto tra gli UCTA (Unfair Contract Terms Act 1977) e il processo di armonizzazione dei contratti a livello europeo, "*the long-term issue provoked by these differences between the two instruments is whether, under the influence of the EC harmonization programme, UK contract law will eventually be pushed towards a fundamental division between consumer contracts and business contracts, with radically different regimes applicable to each. Although English contract law has so far preserved a degree of unity by treating the legislative protection of consumers as a special derogation from the general principles of the law, the pressure towards harmonization of consumer contract law throughout the single market will place this doctrinal unity under considerable strain. Whereas some regard this threat to the unity of contract law as a betrayal of the liberal commitment to equality of the law and a dangerous style of socialist thought, I am more concerned that a division between commercial and consumer contract law might suggest that similar principles and values should not be applicable to both kinds of contract*". Per tali riflessioni, H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n. 2, 1994, 229.

Molti Autori hanno approfondito la legislazione su Unfair Contract Terms Act (UCTA) del 1977. *Ex multis*, si segnalano: N. PALMER – D. YATES, *The future of the Unfair Contract terms Act 1977*, in *Cambridge Law Journal*, 40, 1, 1981, 108; J.N. ADAMS – R. BROWNSWORD, *The Unfair Contract Terms Act: a decade of discretion*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 104, 1988, 94; H. BEALE, *Unfair Contracts in Britain and Europe*, in *Current Legal Problems*, 42, 1989, 197; S. BRIGHT, *Winning the battle against unfair*

contract terms, in *Legal Studies*, vol. 20, 3, 2000, 331; S. WHITTAKER, *Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges*, in *The Modern Law Review*, 74, 1, 2011, 106.

Dall'1 luglio 1995 i contratti dei consumatori sono soggetti alla normativa di derivazione comunitaria sulle clausole vessatorie. Il primo gruppo di regole fu emanato nel 1994, ma fu ben presto rimodulato nel 1999 con "The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations" (UTCCR). Con riferimento al rapporto tra gli UCTA e gli UTCCR ed in particolare all'ambito di applicazione di tali normative, interessanti appaiono gli spunti di riflessione di E. MACDONALD, *Unfair Contract Terms Act – Thirty Years On*, in *Contract Terms*, edited by A. Burrows and E. Peel, Oxford University Press, 2007. Secondo l'Autrice "*the current approach taken to the definition of 'deals as consumer' is inappropriate, and could be improved upon, but it is difficult to see how it could be reinterpreted by the courts to allow for appropriate businesses to be regarded as 'dealing as consumers', or how any appropriate new definition could be set out in the current structure of UCTA. However, that should not be seen as a significant problem when much of the protection provided to consumers is also provided to a business which deals on the proferens' written standard terms of business. Further, the scope of protection provided for businesses under UCTA may be seen as mitigating the impact of a strict limitation to consumers of the protection provided by the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, which was a major element in the Law Commissions' consideration of a unified unfair terms regime. That mitigation would be all the more effective if the broadest provisions of UCTA, such as s 3(2)(b)(i) were used to their full potential. UCTA must continue to operate in the business-to-business context because there is no simple cut-off point in relation to the need for protection*".

Senza alcun dubbio vi è un grado significativo di sovrapposizione tra la disciplina degli UCTA 1977 e quella degli UTCCR 1999, ma l'utilizzo di un linguaggio diverso e di concetti differenti contenuti nelle due normative conducono a risultati diversi. Per tali motivi, la Law Commission (Unfair Terms in Contracts, 2005, Law Commission No 292, Scottish Law Commission, No199) ha descritto gli UCTA 1977 nei seguenti termini: "*UCTA is a complex statute. As we know from our own experience, it is difficult to understand fully without very careful reading. Given the complexity of its subject matter, UCTA is structured in a way that is very economical, but that structure is not easy to grasp. Frequently, a single provision will apply to a number of different types of contract and to a variety of different situations: this makes it difficult to see the effect of the statute, particularly for a reader without legal training*". L'opinione della Law Commission sugli UTCCR 1999 era leggermente più positiva, ma non era aliena da critiche, soprattutto con riferimento alla terminologia utilizzata nel corpo della normativa "*that is alien to English and Scots readers, lawyers and non-lawyers alike*" e alla scarsa protezione accordata alle piccole imprese. Nel 2001, pertanto, il Department of Trade and Industry (DTI) ha chiesto alla Law Commission e alla Scottish Law Commission di rielaborare un testo di legge su "unfair contract terms" tenendo ben presente i detti rilievi.

Nel febbraio 2005 è stato pubblicato un rapporto finale ove si legge "*our recommendations were in four parts: (1) for contracts between a business and a business with 10 or more employees, the draft Bill merely restated the current law in a more accessible form; (2) for contracts between a business and a micro-business, the law Commissions recommended an extension of protection; (3) for contracts between a business and a consumer, the draft bill combined UCTA and the UTCCR into a single unified regime to cover the whole of the UK; (4) for other contracts, the draft Bill preserved the existing law. At present, UCTA has some limited effect on employment contracts and private sales between two consumers. The draft Bill restated these provisions*". In particolare, con riferimento ai *business to business contracts* (cui è dedicata l'intera parte quinta del rapporto: *Extending the Protection against Unfair Terms to Small Businesses*), si dispone "*1.10 Our business to business proposals were that protections similar to those afforded to consumers by the UTCCR should be extended to all business contracts. The Consultation Paper concluded that, although there were situations where consumer and business contracts justified different treatment, in general terms it is not desirable for the two sets of rules to differ without good reason. 1.11 Although there was some justification for offering small businesses greater protection than larger businesses,*

riferimento, in particolare, ai *Principles of European Contract Law* (in seguito indicati come PECL) e ai Principi *Unidroit*.

Tali proposte di armonizzazione condividono l'idea che l'accertamento sulla giustizia normativa sia legato alla mancata negoziazione delle clausole e prevedono un sindacato sull'equilibrio economico dell'atto connesso con un'ampia descrizione di debolezza contrattuale di una parte⁶³.

Tale debolezza deriva secondo i PECL dalla circostanza che *“it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of contract, took advantage of this first party’s situation in a way which was grossly unfair and took an excessive benefit”* (articolo 4.109).

nevertheless we considered that it was preferable to treat all businesses alike. We therefore proposed that the provisions of the UTCCR should be extended to cover all businesses. 1.12 These proposals received a mixed response. What was evident, however, was resistance to interference with contracts between businesses in general but widespread support for greater protection for small businesses. 1.13 We have been persuaded that the regime governing contracts between larger businesses should be left substantially as it stands, preserving the existing position under UCTA. In light of the support for small business protection, we raised several options for a small business regime, culminating in a seminar held in conjunction with the Society for Advanced Legal Studies in July 2003. These discussions confirmed that there is widespread (though not universal) support for a specific regime for small businesses; and that the preferred route is to open to review all contract terms with the exception of those that are core terms or which were individually negotiated. We therefore recommend a separate scheme to protect small businesses which will apply to non-negotiated, non-core terms”.

Infine, nel mese di maggio 2012, il Department for Business, Innovation and Skills (BIS) ha chiesto alla Law Commission e alla Scottish Law Commission di rielaborare il rapporto del 2005, nelle sezioni in cui si occupa della disciplina dei *consumer contracts*. I risultati di questo osservatorio sono stati pubblicati nel 2013 in un nuovo rapporto dal titolo *“Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper”*, consultabile sul sito della Law Commission e della Scottish Law Commission, agli indirizzi: <http://www.lawcom.gov.uk> e <http://www.scotlawcom.gov.uk>.

⁶³ Sul punto, F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, 40.

Secondo i Principi *Unidroit*, la debolezza di cui si discorre dipende dai seguenti fattori: “*the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party’s dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and the nature and purpose of contract*” (articolo 3.10).

Appare evidente che l’intervento della buona fede oggettiva, come correttivo allo squilibrio dell’esercizio dell’autonomia privata, si può tradurre in un controllo sul contenuto contrattuale, solo a fronte di una ricostruzione ponderata degli indici normativi e degli elementi di fatto, che di volta in volta si collocano all’interno della specifica contrattazione.

Nella stessa scia si colloca la scelta della Commissione Europea, nel 2005, di assegnare ad un gruppo di esperti la redazione di un *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), con il precipuo compito di costituire la base per l’adozione di un *Common Frame of Reference*, da parte della Commissione stessa, al fine di conferire veste politica ad un progetto in origine esclusivamente di matrice accademica⁶⁴. Si segnala altresì che, nel contesto dei programmi di Stoccolma 2010-2014 “Per un’Europa aperta e sicura che sostenga e protegga i cittadini” ed Europa 2020 su “Una strategia per una crescita intelligente, duratura ed inclusiva”, nell’aprile 2010 la Commissione ha istituito un *Expert Group* composto da esponenti del mondo accademico e

⁶⁴ Due furono i gruppi di esperti coinvolti: il primo denominato “*Study Group on a European Civil Code*”, presieduto dal Professor Christian von Bar, con il compito di approfondire quanto già formulato dalla Commissione Lando, il secondo, “*Research Group on Existing EC Private Law*”, deputato a includere nei lavori anche le otto direttive sui contratti dei consumatori. Per un approfondimento, S. WHITTAKER, *A Framework of Principle for European Contract Law*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, 616- 647.

delle professioni legali rappresentativi dei diversi Stati dell'Unione con il compito di svolgere uno studio sull'applicabilità pratica (*Feasibility Study*) delle norme del *Draft* di maggiore rilevanza in materia di disciplina generale del contratto e di contratti del consumatore. A distanza di tre mesi, inoltre, la Commissione ha pubblicato un *Green Paper* con il quale ha dato l'avvio ad una consultazione pubblica circa il futuro possibile impiego del redigendo *Feasibility Text*⁶⁵.

Le finalità perseguite dall'uso della buona fede oggettiva sono, ancora una volta, duplici, attenendo alla protezione sia della libera concorrenza sia delle posizioni contrattuali deboli⁶⁶. Tuttavia occorre operare una netta distinzione

⁶⁵ Per un approfondimento, L. FALLETTI, *Dal Draft of Common Frame of Reference al Feasibility Text: verso un regolamento opzionale sul diritto europeo dei contratti?*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1, 2012, I, 187.

⁶⁶ Appare molto interessante la riflessione svolta da S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe, 1,19)*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 2010, 601, sul contratto e sui rimedi all'ombra della crisi economica, che deve necessariamente estendersi al ruolo svolto dalla buona fede quale strumento teso ad introitare nel regolamento pattizio i valori europei. Secondo l'Autore, la crisi degli stati nazionali e la dimensione *extrastatuale* del diritto privato europeo potrebbero indurre, innanzitutto, a sfogare sul contratto le istanze di giustizia sociale, attribuendo al giudice il ruolo di supplente dello Stato con il compito di praticare forme di socializzazione nelle relazioni contrattuali. Da qui i primi vagiti di un progetto *sui generis* e se vogliamo un po' ingenuo di promozione della giustizia sociale in Europa: un progetto che muove dalla constatazione di un diffuso difetto di solidarismo nel diritto di marca comunitaria rispetto alle tradizioni nazionali ed anche rispetto ai progetti di codificazione, ossia al diritto *culto* dei PDEC e del Codice Gandolfi; ma si alimenta della convinzione che sia possibile inaugurare una rinnovata strategia di perseguimento della giustizia distributiva proprio a partire dalle relazioni contrattuali, valorizzando taluni materiali normativi di origine comunitaria dotati di contenuto assai ampio perché per lo più strutturati secondo la tecnica della clausola generale. Il Professor Mazzamuto rileva che il tema della giustizia sociale fa capolino anche nel dibattito sul *Draft Common Frame of Reference* ma qui si è subito chiarito che "*The DCFR is less concerned with issues of "distributive justice", but sometimes distributive or "welfarist" concerns may also be reflected in the DCFR*". Lo spiraglio è tuttavia un po' azzardato e serve soltanto ad alimentare gli entusiasmi di quanti vorrebbero funzionalizzare il contratto ad obiettivi di *welfare*. In altri termini, l'accentuazione dei poteri di intervento del giudice sul regolamento contrattuale viene letta come espressione della necessità di ricondurre i contratti ad una misura di giustizia in ossequio al precetto fondamentale di solidarietà e, una volta affermato un tale principio, il passo verso l'obiettivo della giustizia sociale è apparso breve poiché è sempre alla solidarietà che ci si rivolge, ma non più in una prospettiva tutta interna al

tra l'ambito di intervento della legislazione *antitrust*, che vieta le intese restrittive, gli accordi di concentrazione e gli abusi di posizione dominante e la legislazione che persegue direttamente una politica contrattuale a favore di soggetti, il consumatore e l'impresa vittima di un abuso di dominanza economica, che possono anche non essere vittime di un fallimento del mercato. Solo in tale ultimo ambito opera la buona fede oggettiva con i connotati brevemente delineati poc'anzi.

singolo contratto, bensì nell'ottica allargata dell'incidenza sui rapporti sociali. Si tratta di un obiettivo più ampio ma pur sempre perseguito mediante il governo del rapporto contrattuale: mentre la giustizia contrattuale attua il riequilibrio delle posizioni delle parti in seno al rapporto negoziale e scongiura gli approfittamenti dovuti alla predominanza dell'una sull'altra, la giustizia sociale persegue finalità di *welfare* e di sostegno al soggetto più debole, il cui orizzonte operativo supera la singola relazione contrattuale per invadere il campo lungo della posizione socio-economica di tale soggetto, affidando per esempio al contratto il compito di fornire servizi o forti agevolazioni economiche. Ne consegue, secondo l'analisi svolta dal Professor Mazzamuto, che si è con ogni evidenza al cospetto di una *policy* più ambiziosa che presuppone un processo di eterointegrazione del contratto ben più corposo rispetto a quello richiesto per dare luogo alla cosiddetta giustizia contrattuale, ma il rischio di ideologismo e di artificialità è assai forte, anche perché lo scarto in avanti rispetto alle indicazioni fornite dal diritto privato europeo è duplice. Se è già fondato il sospetto di una forzatura riguardo alla pretesa di rintracciare nelle disposizioni normative sull'intervento giudiziale nel contratto una comune vocazione alla giustizia contrattuale, è ancora più fondato il sospetto che il perseguimento della giustizia sociale per il tramite dell'arricchimento del contenuto del contratto si collochi nell'area dell'utopia piuttosto che in quella della realtà effettuale.

1.7. Dal contratto asimmetrico al “terzo contratto”

Dopo aver delineato brevemente il panorama del diritto nuovo dei contratti, con riferimento ai contratti dei consumatori e ai contratti di impresa, e dopo aver lambito la questione della giustizia contrattuale, occorre domandarsi se ha senso enucleare la categoria dei contratti asimmetrici.

Si è acclarato che con la locuzione “contratto asimmetrico” si suole definire un nuovo paradigma contrattuale governato da regole che divergono in modo significativo da quelle dettate dal “contratto di diritto comune”, disciplinato dagli articoli 1321 e seguenti del codice civile. Caratteristica fondamentale del contratto asimmetrico è, dunque, la contrapposizione tra due soggetti di mercato dotati di diversa forza contrattuale. Esempio paradigmatico, al riguardo, risulta la posizione del consumatore che si pone in posizione di fisiologica, strutturale debolezza rispetto al professionista. In tali rapporti, infatti, come si è avuto modo di constatare nei paragrafi precedenti, vi è una presunta ignoranza dei termini dello scambio e l'asimmetria fonda lo squilibrio sulla mancanza di adeguata informazione: non è un caso che nell'ampia e articolata normativa in materia di consumi si preveda una procedimentalizzazione dell'informazione precontrattuale tesa a garantire al consumatore dati informativi adeguati sia per qualità che per quantità⁶⁷.

⁶⁷ Peraltro, sul presupposto che nei contratti tra soggetti geneticamente diseguali l'asimmetria è prevalentemente di tipo informativo, si è evidenziato il limite di una tutela del contraente debole basata sulla sola implementazione dell'informazione: oggi più che mai, soprattutto nei settori connotati da elevato tecnicismo, l'esigenza fondamentale è quella di garantire un passaggio da una trasparenza “formale” ad una trasparenza “sostanziale” e quindi da un dovere

Il nostro legislatore, dopo alcuni tentativi di integrazione delle disposizioni di matrice comunitaria in materia di tutela del consumatore all'interno del codice civile (si pensi agli articoli 1469 *bis* e seguenti e 1519 *bis* e seguenti del codice civile), ha operato una scelta di campo profondamente diversa. L'entrata in vigore del codice del consumo, infatti, ha allontanato dall'ambito codicistico ogni riferimento alla materia consumeristica.

Il codice civile, e dunque la disciplina del “contratto di diritto comune”, continua ad operare solo con riferimento ai quei rapporti dove le parti si muovono su un piano di tendenziale parità (contratti C2C, *consumer to consumer*, e contratti B2B, *Business to Business*), mentre è affidata al codice del consumo la regolamentazione dei contratti asimmetrici tra professionista e consumatore (contratti B2C, *Business to consumer*).

Ciò premesso, occorre evidenziare che il contratto asimmetrico non rappresenta un paradigma unitario ed omogeneo, potendosene parlare anche con riferimento ai contratti fra imprenditori, e in particolare fra imprenditore più forte e imprenditore meno forte: in questi casi, tuttavia, si parla di asimmetria di tipo economico, che va riferita alla posizione dell'imprenditore sul mercato e ai suoi rapporti con la controparte. Essa, infatti, è strettamente legata al tipo di mercato nel quale l'imprenditore svolge la sua attività ed alla

di far conoscere ad un dovere di far comprendere. Ne è una testimonianza il richiamo alla trasparenza inserito tra le linee guida del codice delle assicurazioni private (decreto legislativo n. 209 del 7 settembre 2005). Tale riferimento alla trasparenza appare molto importante atteso che il codice delle assicurazioni private, riunendo in un *corpus* organico ciò che era un insieme complesso ed articolato di leggi, rappresenta oggi il fulcro dell'intero settore assicurativo. Non a caso, la Relazione illustrativa sottolinea come attraverso lo strumento del “codice” si sia realizzato, con l'eccezione non irrilevante delle disposizioni in tema di contratti di assicurazione e di riassicurazione che sono state conservate nel codice civile, un riassetto di tutta la materia.

particolare tipologia di relazione negoziale che, per poter operare in quell'ambito, egli è obbligato a far sorgere.

Emerge, pertanto, una realtà articolata e complessa. Anche un imprenditore, nel rapporto che instaura con un soggetto “geneticamente uguale”, può venirsi a trovare in posizione di debolezza. Al riguardo, si è avuto modo di precisare che la debolezza dell'imprenditore caratterizza non soltanto il momento genetico, ma, anche e soprattutto, lo svolgimento del rapporto e, a differenza della “debolezza consumeristica”, la debolezza dell'imprenditore deve essere accertata a *posteriori* e in concreto.

Occorre, pertanto, prendere atto che quella del contratto asimmetrico non è una categoria dogmatica unificante, atteso che va ribadita l'inadeguatezza dell'equazione contraente debole - consumatore. Quella del contraente debole, infatti, è una categoria composita al cui interno rientrano anche molteplici imprenditori che nel rapporto instaurato con la controparte geneticamente uguale possono trovarsi congiunturalmente in una condizione di diseguaglianza. Come visto, nei contratti asimmetrici tra imprenditori operano criteri di controllo della situazione di asimmetria in concreto rilevando anche elementi esterni al contratto, quali la situazione di mercato nel quale l'accordo si colloca e il rapporto si svolge: si pensi, ad esempio, all'impossibilità per l'imprenditore debole di reperire alternative sul mercato⁶⁸. La categoria dei contratti asimmetrici, dunque, non assurge a paradigma unitario di tipo

⁶⁸ Per tali considerazioni, F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 6, 440.

normativo, ma si tratterebbe esclusivamente di una categoria descrittiva di taluni fenomeni che, in realtà, sono diversi tra di loro, sia sotto il profilo delle fattispecie rilevanti, sia per quanto concerne i rimedi⁶⁹.

Muovendosi in questa sorta di “area grigia” rispetto ai poli contrapposti del “contratto di diritto comune” e del “contratto asimmetrico”, parte della dottrina ricostruisce un nuovo paradigma, un nuovo modello di contratto: ci si riferisce al “terzo contratto”, che si connota per la presenza, in qualità di contraente, di un imprenditore debole, non sofisticato, che necessita di tutela rispetto ad un altro imprenditore dotato di maggiore potere e, soprattutto, della forza di abusarne.

La figura del terzo contratto, dunque, per alcuni rappresenta una categoria dogmatica capace di aggregare un complesso organico e omogeneo di regole ispirate ad una logica propria, per altri appare una formula utile a stimolare l'interprete nella delicata opera di ricostruzione del diritto dei contratti che – a ben vedere – appare oggi sempre più destrutturato rispetto alla polarità

⁶⁹ Sul punto, soprattutto sulla portata descrittiva della categoria dei contratti asimmetrici, C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005, 549 e EAD., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 831. Inoltre, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina generale della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 5, 515. L'Autore non condivide la proposta interpretativa in ordine alla possibilità di ravvisare nell'asimmetria di potere contrattuale una categoria interpretativa unitaria e/o il presupposto del controllo sul contenuto del contratto affidato al giudice. In particolare, si rileva che il tipo di intervento che l'ordinamento legittima nella disciplina del contratto dei consumatori è ancorato a presupposti che si esauriscono nella valutazione del singolo atto o della singola operazione economica, contestualizzata in un ambito di “normalità socialmente accettata”. Nel caso dei contratti stipulati fra imprenditori, invece, l'indagine ha ad oggetto il trattamento giuridico da riservare a un regolamento contrattuale negoziato tra parti informate e rispetto alle quali acquista rilievo la collocazione del contratto nel quadro delle reciproche relazioni economiche e delle dinamiche di un mercato concorrenziale.

contrapposta tra contratti “di diritto comune” e “contratti asimmetrici” regolati dal codice del consumo.

Occorre, ora, focalizzare l’attenzione su questa nuova figura contrattuale e sui referenti normativi, così come elaborati nel dibattito tra gli studiosi.

CAPITOLO SECONDO

IL TERZO CONTRATTO

SOMMARIO: 2.1. Un'ipotesi di studio che diventa formula problematica: il terzo contratto - 2.2. I referenti normativi - 2.2.1. La legge sulla subfornitura - 2.2.1.1. L'abuso di dipendenza economica - 2.2.1.2. Gli orientamenti giurisprudenziali - A) La prima ordinanza in materia: Tribunale di Bari, 6 maggio 2002 - B) Il caso del Tribunale di Torino: l'ordinanza dell'11 marzo 2010 - C) Il caso del Tribunale di Catanzaro: l'ordinanza del 18 aprile 2012 - D) La recente sentenza della Corte di Cassazione, sez. III civile, n. 18186 del 25 agosto 2014 - 2.2.2. I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - 2.2.3. La legge sul *franchising* - 2.3. La posizione della dottrina: esiste il "terzo contratto"?

2.1. Un'ipotesi di studio che diventa formula problematica: il terzo contratto.

Il "terzo contratto" dovrebbe contrassegnare l'ipotesi di un fenomeno prospetticamente residuale, che va definito per sottrazione degli ambiti occupati dal primo e dal secondo, rispettivamente il contratto di diritto comune, creato intorno alla disciplina generale consegnataci in origine dal Titolo II del Libro IV del Codice ed il contratto del consumatore, modello costruito progressivamente attraverso una serie di interventi e culminati nella disciplina oggi binaria, dettata dall'art. 1469-*bis* del codice civile, attraverso il richiamo alle disposizioni generali, in quanto non derogate dalle norme del

Codice del consumo. In questa “terra di mezzo”, apparentemente orfana di caratterizzazioni rilevanti, attecchisce l'ipotesi del terzo contratto⁷⁰.

Esso rivendica una specifica genesi normativa, che si identifica nell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura, e la figura dell'abuso di dipendenza economica. Il tema è, dunque, quello dei nuovi soggetti deboli, nell'ottica di una rilettura nuova e diversa dell'abuso di potere contrattuale rispetto a quella tradizionale, incentrata sul rapporto impresa/consumatore. La *ratio* sottesa a tale categoria di contratti appare essere quella dei contratti dei consumatori: asimmetria contrattuale e, in un'ottica di *law and economics*, conseguenti fallimenti del mercato, nella prospettiva, tuttavia, dei contratti tra imprese, posto che colui che subisce l'altrui imposizione è un altro imprenditore. Si registra dunque un passaggio dai contratti “*business to consumer*” (B2C), ai contratti “*Business to business*” (B2b)⁷¹.

⁷⁰ Per approfondimenti: G. GITTI - G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica-Profilo ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; A. GIANOLA, *Terzo contratto* [agg.-2009], in *Digesto civile*, Torino, 570; G. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 493; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Rivista di diritto privato*, 2007, 669; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica e «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 2009.

Si segnala, inoltre, il contributo di S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2, 2010, I, 409. Secondo l'Autore, non si può ipotizzare una terra di mezzo: piuttosto deve farsi questione di un complesso, peraltro incompleto, di norme che fanno eccezione alla disciplina generale ma estensibili analogicamente, in quanto pure le norme eccezionali, essendo provviste di una loro personale razionalità, s'informano ad un principio e si applicano fino a dove quel principio si estende. Per l'Autore, si tratta in questo caso di *analogia legis* e non di *analogia iuris*. L'alternativa, infatti, è immaginare che queste norme, per il fatto di comporsi in un sottosistema, abbiano smarrito la caratteristica d'eccezione, tuttavia senza che il risultato interpretativo davvero muti considerevolmente.

⁷¹ Sul punto L. DELLI PRISCOLI, *Consumatore, imprenditore debole e principio di uguaglianza*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, 755; S. D'ANDREA, *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata*

Appare evidente che in questi casi di abuso contrattuale, si verifica la frustrazione degli interessi della parte soccombente, la mortificazione dell'autonomia contrattuale e l'esplicazione del contratto non esprime la condivisione di intenti che mirava a realizzare⁷².

Ne consegue che, per parte della dottrina⁷³, in presenza di contratti sbilanciati tra imprenditori, in cui la dipendenza economica tra le parti si interfaccia con la struttura economica di riferimento, sarebbe preferibile riferirsi al concetto di abuso di dipendenza economica allargando le rigide maglie del contratto di subfornitura, con l'ausilio di parametri economici più specifici in luogo del principio generale di buona fede, posto tradizionalmente a base del concetto di abuso del diritto.

Va segnalato che con la disciplina dei contratti del consumatore è emersa sul piano normativo la distinzione, riferita al contenuto contrattuale, tra squilibrio economico e squilibrio normativo: il primo, diversamente dal secondo, insindacabile ai fini della vessatorietà (articolo 34 del Codice del Consumo)⁷⁴.

individuale e collettiva, nella collana «50 anni della Corte Costituzionale», curata da P. PERLINGIERI, Napoli, 2006, 63.

⁷² C.E. BRUNO, *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2013, 202.

⁷³ A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 347, nota a Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, nonché R. TASSONE, *Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto"*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 717.

⁷⁴ Sul tema dello squilibrio contrattuale sussiste ampia letteratura, sia che si tratti di squilibri che intercorrono nell'area dei rapporti fra imprenditori, non in posizione di parità, sia che si tratti dello squilibrio di posizioni contrattuali in cui versa il consumatore nei confronti del professionista. Si segnalano in particolare: F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, 303; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, 1, 21; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1997, 423.

Oltre questa disciplina, il problema delle tutele contro l'ingiustizia coeva al contratto, cioè del contratto volto a realizzare un assetto di interessi apparentemente ingiusto, riguarda le circostanze che, a causa di qualche disparità di fatto tra le parti, generano un assetto di interessi iniquo. La questione è evocata, in astratto, secondo la definizione già proposta nel capitolo precedente, con l'espressione "contratto asimmetrico", alludendo alle varie e disomogenee ipotesi di disparità di forza contrattuale tra le parti: informativa, esistenziale, culturale, economica, mentre quando l'asimmetria si riscontra tra imprenditori è stata appunto coniata l'espressione "terzo contratto".

A tal proposito, occorre chiedersi se vi sia qualche rimedio là dove quelli tipici lasciano senza presidio. Il problema è, spesso, risolto da specifiche norme inderogabili, che menomano l'autonomia privata per prevenire od eliminare gli effetti della disparità di forza contrattuale, ma dove le norme inderogabili mancano, l'asimmetria tra contraenti cade in una terra di nessuno, presidiata soltanto dal regime della responsabilità precontrattuale (articolo 1337 del codice civile). Poiché vengono in rilievo abusi dell'autonomia, è diffuso il richiamo all'abuso del diritto, così come evocato nella sentenze di legittimità, cui si farà cenno nel capitolo sugli orientamenti giurisprudenziali. Giova, pertanto, domandarsi cosa accade contro gli abusi della libertà negoziale indipendenti dall'esercizio di un potere verso l'altro contraente o verso terzi. Qui la protezione contro gli abusi rimane affidata alle norme inderogabili, essenzialmente in tema di abuso di posizione dominante e di

abuso di dipendenza economica (articolo 9 della legge n. 192/98): le quali, tuttavia, dettando prescrizioni di responsabilità senza stabilire gli effetti sul piano degli atti di autonomia, lasciano aperto il problema dei riflessi della loro violazione sull'assetto di interessi contrattuale. Il punto si risolve nel rilevare che gli atti in violazione di tali disposizioni sono affetti da nullità (è il problema della c.d. nullità virtuale: articolo 1418, comma 1, del codice civile), e va accordato alla vittima della violazione un rimedio risarcitorio in forma specifica per garantirle la realizzazione dell'interesse che avrebbe conseguito se l'assetto di interessi non fosse stato alterato dall'abuso dell'altro contraente⁷⁵.

Il terzo contratto, dunque, rappresenta le incertezze ed al contempo il pluralismo nascente dall'evoluzione del diritto dei contratti, nella consapevolezza dell'interdipendenza tra concorrenza, mercato e contratto, ormai non più da studiarsi come fenomeni inconciliabili. In questo scenario gli interpreti giocano un ruolo fondamentale in quanto reputano di conferire giuridica rilevanza a tali fenomeni. La figura in esame, infatti, nasce come ipotesi di studio, ma si è presentata sin da subito quale strumento valido agli interpreti, al fine di compensare un vuoto normativo, ascrivibile alla tutela dell'imprenditore debole e garantire in tal modo il raggiungimento delle finalità solidaristiche e di uguaglianza valorizzate dal nostro ordinamento,

⁷⁵ Sul punto, E. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, fasc. 2, 2012, 403.

volte alla tutela dei soggetti deboli, in una visione costituzionalmente orientata.

2.2. I referenti normativi

Il terzo contratto designa, come poc'anzi sottolineato, il contratto tra imprenditori con disparità di potere contrattuale collegata per lo più alla situazione di dipendenza economica di una parte rispetto all'altra, il che pertanto ne accentua i tratti distintivi rispetto a qualsiasi altro modello. La concettualizzazione di questo schema generale muove in Italia da uno sparuto numero di blocchi di disciplina di taluni rapporti contrattuali *Business to business*: la subfornitura (legge n. 192/1998), i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (decreto legislativo n. 231/2002), il *franchising* (legge n. 129/2004).

La scarsità degli appigli normativi e la loro non particolare significatività rendono anche la figura di contratto in discorso prevalentemente un prodotto della riflessione scientifica, la quale ravvisa elementi di disparità tra la figura del consumatore e quella dell'imprenditore in condizione di dipendenza economica. Va rilevato che, contrariamente alla teoria del contratto con asimmetria di potere contrattuale, le differenze indicate rendono sconsigliabile l'esportazione di regole e di *rationes* proprie del contratto del consumatore nei contratti tra imprenditori, segnati dalla predominanza economico-contrattuale di una parte sull'altra, senza per questo essere costretti a ricorrere alla disciplina di diritto comune, di per sé inadatta alle specificità

dei rapporti tra imprese caratterizzati dal dato dell'integrazione economica effettiva delle parti ed alla finalità ultima di regolazione del mercato⁷⁶.

Orbene, giova analizzare separatamente i vari referenti normativi su cui si basa la teorica del “terzo contratto”.

⁷⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 2010, 601.

2.2.1. La legge sulla subfornitura

In primo luogo, occorre fare riferimento alla legge n. 192 del 18 giugno 1998, recante norme che disciplinano il fenomeno della subfornitura nelle attività produttive⁷⁷. L'intento della normativa è quello di tutelare la figura dell'imprenditore subfornitore quale parte contraente debole, migliorando la qualità nelle transazioni commerciali, sostenendo lo sviluppo della piccola e media impresa, introducendo un meccanismo di riequilibrio tra le parti volto ad eliminare le posizioni di predominio economico o tecnologico e l'abuso della committenza⁷⁸.

⁷⁷ Per una trattazione completa dell'istituto: AA. VV. (a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA), *La subfornitura*, Milano, 1999; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; G. COTTINO – O. CAGNASSO, *La subfornitura*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, I, Padova, 2000; U. DRAETTA – C. VACCA' (a cura di), *Contratti di subfornitura – Qualità e responsabilità*, Milano, 1993; G. GITTI, *Gli accordi interprofessionali "in deroga" alla disciplina legale del contratto di subfornitura*, in *I Contratti*, 1999, 300; R. LECCESE, *Subfornitura (contratto di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XV, Torino, 1997; A. LUMINOSO, *La nuova disciplina dei contratti di subfornitura*, in *Rivista giuridica sarda*, 1999, 599; L. PRATI, *La sanzione di nullità nel contratto di subfornitura*, in *I Contratti*, 1999, 293; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998 n. 192: "Correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole?*, in *Responsabilità comunicazione imprese*, 1998, 403; A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giustizia civile*, 1999, 671.

⁷⁸ La normativa italiana sulla subfornitura trae in parte ispirazione dalla Raccomandazione della Commissione europea del 12 maggio 1995 con cui gli Stati membri erano stati invitati ad adottare i provvedimenti necessari per far rispettare i termini di pagamento contrattuali nelle transazioni commerciali e negli appalti pubblici. In particolare, gli Stati membri erano stati invitati ad adottare i provvedimenti più adeguati per: a) rafforzare la trasparenza nei rapporti contrattuali; b) migliorare la formazione e l'informazione delle imprese ed attenuare gli effetti fiscali dei ritardi di pagamento; c) assicurare un risarcimento adeguato in caso di ritardo dei pagamenti; d) garantire appropriate procedure di tutela del creditore; e) eliminare le difficoltà peculiari agli scambi transfrontalieri; f) migliorare i termini di pagamento della Pubblica Amministrazione. La raccomandazione rilevava la debolezza sul mercato delle piccole/medie industrie (PMI) che operavano nella subfornitura e richiedeva agli Stati una legislazione di sostegno per evitare un eccessivo indebolimento della loro forza concorrenziale. In precedenza la Commissione europea, nella sua Comunicazione del 18 dicembre 1978 (tutt'ora in vigore), aveva dichiarato di volersi occupare dei contratti "conclusi o non in seguito

La Commissione Europea definisce come contratti di subfornitura quelli “conclusi o no in seguito ad un ordine di un terzo, in base ai quali un’impresa, detta committente, incarica, impartendo proprie direttive, un’altra impresa, il subfornitore, di fabbricare prodotti, fornire servizi o eseguire lavori destinati al committente o eseguiti per conto di questi”⁷⁹. Tale formulazione evidenzia alcune delle caratteristiche ricorrenti della subfornitura: essa ha per oggetto un obbligo di *facere*, che può essere la produzione di beni o servizi; il subfornitore deve attenersi alle direttive del committente; non ha rilievo il fatto che il contratto sia concluso in seguito ad un ordine di un terzo; infine, il

ad un ordine di un terzo, in base ai quali un’impresa detta “committente” incarica, impartendo proprie direttive, un’altra impresa, il “subfornitore”, di fabbricare prodotti, fornire servizi o eseguire lavori destinati al committente o eseguiti per conto di questi”. Tale comunicazione si inseriva nell’ottica che la regolamentazione della subfornitura potesse contribuire allo sviluppo della piccola e media impresa, nella prospettiva di incentivarne la diffusione, sulla base dell’opinione per cui gli accordi di subfornitura potevano rappresentare una forma di cooperazione tra imprese grandi, medie e piccole con possibilità per quelle piccole e medie di maggiore sviluppo ed autonomia. Da qui si è giunti alla conclusione che i contratti di subfornitura possono contenere alcune limitazioni alla concorrenza senza ricadere nel divieto del paragrafo 1 dell’articolo 85 TCE (ora 101 TFUE), tra esse: l’impegno del subfornitore di comunicare al committente, su una base di non esclusività, i perfezionamenti tecnici da lui realizzati nel corso della durata del contratto ovvero, nell’ipotesi di invenzioni brevettabili realizzate dal subfornitore, di rilasciare al committente, per la durata del brevetto da lui detenuto, licenze non esclusive di brevetti di perfezionamento o di applicazione; l’impegno del subfornitore a rifornire solo il committente. Va precisato che questo contratto, sotto il profilo della concorrenza, è esaminato sia come relazione verticale (tra imprese che operano a diversi stadi della concorrenza, integrate verticalmente fra loro) che orizzontale (tra imprese allo stesso stadio, cioè tra concorrenti). In effetti, la subfornitura (industriale) si presenta in diverse conformazioni, a seconda che il committente trasferisca o non al fornitore anche il proprio *know how* segreto.

La normativa domestica sulla subfornitura di cui alla legge n. 192/1998 vuole proteggere realtà regionali ove era frequente un fenomeno di *outsourcing* industriale attraverso il quale i produttori delocalizzavano le lavorazioni, trasferendo *know how* e mezzi di produzione (stampi, materiali, specifiche tecniche, DPI, ecc.); fenomeno che, essendo privo di regolamentazione, aveva creato un’inefficienza di mercato in relazione alle spesso gravose condizioni contrattuali generalmente imposte dal committente al subfornitore; condizioni che rendevano il subfornitore “ostaggio” del committente, specie se operava in regime di monocommittenza. La normativa fornisce al subfornitore strumenti contrattuali (obbligo di forma scritta dell’accordo, limitati termini di pagamento) e tutele inibitorie utili per evitare abusi da parte del committente.

⁷⁹ V. Comunicazione della Commissione Europea del 18 dicembre 1978 relativa alla valutazione dei contratti di subfornitura alla luce dell’art. 85, par. 1, del TCE, in *Gazzetta Ufficiale CE*, 1979, C1/2.

committente sovente si rivolge al subfornitore affinché questi gli fornisca beni o servizi di cui il committente stesso ha bisogno per la sua attività economica. La dottrina prevalente ritiene che la legge n. 192/1998 non abbia creato un nuovo tipo contrattuale, in quanto tale legge non detta una regolamentazione esaustiva e completa del contratto di subfornitura, ma ne regola solo alcuni aspetti, mirando soprattutto a porre fine agli abusi perpetrati dai committenti nei confronti dei subfornitori, spesso in posizione di debolezza contrattuale⁸⁰. Al riguardo, quindi, prima di addentrarsi nell'approfondimento degli aspetti più pregnanti della legge in discorso, occorre chiarire cosa si intenda esattamente per subfornitura industriale e come questa nozione si ponga in relazione a quella più generale di subfornitura. Ci si riferisce a tale ultima espressione, infatti, quando il committente conclude un contratto con il subfornitore per adempiere ad un obbligo contrattuale nei confronti di un terzo, con la conseguenza che la subfornitura risulta indirizzata alla attuazione del contratto stipulato tra il committente e il terzo. Con il termine subfornitura industriale, invece, si indica la mera esternalizzazione di una fase del ciclo produttivo, per cui un imprenditore affida ad un altro imprenditore la realizzazione di una parte dei lavori e degli elementi necessari alla loro realizzazione⁸¹. In tale contesto, dunque, non vi è la dipendenza da un altro

⁸⁰ Per tali considerazioni fai riferimento a P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, in *I contratti di somministrazione e distribuzione*, a cura di R. BOCCHINO e A.M. GAMBINO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Utet Giuridica, 2011, 731 ss..

⁸¹ Secondo quanto statuito in una sentenza del Tribunale di Civitavecchia, del 5 aprile 2006 (giudice Di Tullio, Acqua Kit di Isaia Guido c. Isam s.r.l.) si ha subfornitura ai sensi dell'articolo 1 della legge 18 giugno 1998 n. 192 qualora un imprenditore (committente) isoli

contratto ma una natura ancillare della prestazione del subfornitore al ciclo produttivo del committente⁸².

Passando all'esame degli aspetti singolari della legge, va segnalato in primo luogo il contenuto dell'articolo 2, con il quale vengono introdotte delle prescrizioni cogenti di forma che costituiscono deroghe ai principi generali, poiché prevedono la nullità dei contratti di subfornitura che non siano conclusi in forma scritta⁸³.

L'articolo 2 della legge merita attenzione non solo per la singolarità della formulazione della norma e per gli interrogativi suscitati da una prescrizione di forma scritta, sotto pena di nullità, per la stipulazione di un contratto tra imprenditori, ma anche per la centralità sistematica che la medesima previsione riveste nel tentativo di costruzione della categoria del terzo contratto, in uno con gli altri interventi legislativi a protezione dell'impresa

una o più fasi in cui si articola il processo produttivo – fasi che, comunque, potrebbe esso stesso svolgere direttamente con una diversa organizzazione della produzione, impiegando risorse (materie prime, macchinari e personale) proprie – per affidarla all'esterno, ad altro imprenditore, il quale, nell'eseguire la prestazione, dovrà attenersi alle indispensabili direttive di carattere tecnico impartite dal committente. La sentenza, inoltre, affronta anche il problema delle controversie relative ai contratti di subfornitura, ove non sia stato esperito il tentativo di conciliazione nei modi e nei termini di cui all'articolo 10 della legge sulla subfornitura. Si è deciso al riguardo che la domanda giudiziaria con cui la parte attrice introduce un giudizio di cognizione ordinaria deve essere dichiarata improcedibile.

⁸² Sulla definizione di contratto di subfornitura, con particolare riferimento al presupposto della conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente: R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mancato esperimento del tentativo di conciliazione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 2007, II, 1291. Il contributo trae spunto da un caso giurisprudenziale, ossia la sentenza del Tribunale di Civitavecchia, citata nella nota precedente.

⁸³ Per un approfondimento del tema, cfr. D. ZUCCARO, *La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2012, 409. Secondo l'Autore, il concetto di forma, in uno con quello della sanzione comminata per la sua inosservanza, è da annoverare fra i concetti che hanno subito il maggior processo di rivisitazione da parte della dottrina, a seguito dei numerosi interventi normativi degli ultimi anni, i quali, seppure per esigenze non sempre omogenee, hanno imposto tutti il requisito formale, ad onta del generale principio della libertà di forma che permeava l'intero panorama dei contratti di diritto commerciale.

cosiddetta debole, che di qui a poco si affronteranno. E' piuttosto agevole notare che la regola formale di cui all'articolo 2 della legge sulla subfornitura tutela la posizione della parte debole del rapporto, in quanto si presta ad assicurare chiarezza, trasparenza, comprensibilità e soprattutto certezza circa i diritti e gli obblighi nascenti dal contratto. Potrebbe, pertanto, ritenersi che la legge abbia inteso prevenire possibili comportamenti opportunistici della parte forte del rapporto contrattuale, volti a sfruttare le possibilità di abuso lasciate aperte dall'incompletezza e dalla vaghezza del contratto.

In secondo luogo, uno dei profili più originali concerne la regolamentazione specifica dei termini di pagamento, in quanto viene imposta al committente la corresponsione del corrispettivo, in favore del subfornitore, entro scadenze predeterminate dalla legge. Il termine di pagamento assume così la connotazione di termine massimo di natura imperativa, cui alle parti non è dato in alcun modo derogare⁸⁴. Ciò determina un divario rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni contenuta nel codice civile, nella quale manca il riferimento a termini massimi entro cui il debitore deve adempiere

⁸⁴ L'articolo 3 della legge sulla subfornitura impone alle parti di fissare i termini di pagamento a decorrere dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione e di precisare, altresì, gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna. Tali termini non possono eccedere i sessanta giorni ed ogni deroga convenzionale *in pejus* per il subfornitore è invalida. Può tuttavia essere fissato convenzionalmente un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, solo in caso di accordi nazionali e per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'Industria da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel CNEL in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti, esclusivamente all'unanimità.

alle proprie obbligazioni e dove l'intera materia è rimessa alla più ampia autonomia delle parti⁸⁵.

L'articolo 3 della legge sulla subfornitura viene definito da Frignani “*il vero cuore di tutta la legge (...) che da solo avrebbe costituito adempimento degli obblighi e raccomandazioni comunitarie*”⁸⁶. Nell'ambito della subfornitura, infatti, attraverso tale articolo, si introduce una regolamentazione puntuale dei termini di pagamento, offrendo per la prima volta uno strumento giuridico di tutela in favore delle piccole e medie imprese subfornitrici. La *ratio* della norma consiste, infatti, nello scoraggiare le imprese committenti dall'utilizzare i ritardi nei pagamenti delle forniture come un mezzo di abusivo ricorso al credito, sfruttando la propria posizione dominante e determinando così notevoli difficoltà per le aziende subfornitrici.

Infine, va sottolineato che lo strumento sanzionatorio della nullità ricorre con frequenza nella disciplina della subfornitura; essa, infatti, non colpisce soltanto i contratti affetti da vizio di forma ai sensi del citato articolo 2, ma anche quelli che violino il divieto di interposizione di cui all'articolo 4 della legge, i patti limitativi della responsabilità contrattuale, la cui nullità è prevista all'articolo 5 della legge, nonché i casi di abuso di dipendenza economica di cui ci si appresta ad un approfondimento nel paragrafo seguente.

⁸⁵ Sulla disciplina dell'adempimento delle obbligazioni in generale, v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990.

⁸⁶ A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192 del 1998: problemi di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 1999, 193.

2.2.1.1. L'abuso di dipendenza economica

La legge n. 192 del 18 giugno 1998 contiene disposizioni favorevoli all'impresa subfornitrice sia con riferimento alla disciplina dei termini di pagamento, come cennato poc'anzi, sia nella parte in cui sanziona con la nullità qualsiasi patto mediante il quale una o più imprese cerchino di approfittare della situazione di dipendenza economica in cui si trova la controparte contrattuale.

Occorre domandarsi in cosa si sostanzia l'abuso di dipendenza economica⁸⁷ indicato all'articolo 9 della legge sulla subfornitura.

⁸⁷ La bibliografia sull'abuso di dipendenza economica è sterminata. A tal proposito si segnalano: B. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1179; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in V. CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, 297 ss.; S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*, in *Corriere giuridico*, 2002, 1066; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 217; R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, 833; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009; P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2002, II, 326; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, 2002, 230; A. GEMMA, *Abuse of economic dependance between competition and contract law*, in *Europa e diritto privato*, 2000, 357; M. GRILLO, *L'abuso di dipendenza economica. L'opinione dell'economista*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 1999, 59; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2000, II, 345; M. R. MAUGERI, *Le recenti modifiche della disciplina dell'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 455; G. MERUZZI, *Il c.d. «collegato mercati» e le innovazioni normative in materia di abuso di dipendenza economica e società artigiane*, in *Studium iuris*, 2001, 1406; A. MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, in *I Contratti*, 1999, 95; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 2010, 524; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 1999, 9; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, 455; A. PALMIERI, *L'abuso di dipendenza economica nella prassi: sanzioni e rimedi*, in *Studi Senesi*, 2012; V.

Come noto, il divieto di abuso di dipendenza economica è stato introdotto per evitare alla parte dotata di maggior forza contrattuale di imporre all'altra un regolamento contrattuale iniquo. Tale istituto è espressione di principi fondamentali dell'ordinamento quali quelli della solidarietà ed uguaglianza, disciplinati dagli articoli 2 e 3, comma 2, della Costituzione italiana, nonché di quello di proporzionalità, di matrice comunitaria. Per alcuni, tuttavia, l'obiettivo perseguito con tali previsioni normative, non è tanto quello di apprestare una tutela alla parte debole del rapporto contrattuale, in risposta ad esigenze di carattere sociale o ad istanze equitative, quanto quello di evitare che le susesposte problematiche di opportunismo si traducano in un disincentivo per le imprese ad effettuare investimenti produttivi⁸⁸.

Il legislatore non ha precisato esattamente in cosa consista l'abuso richiesto. Si è limitato ad indicare alcune condotte che possono essere abusive: il rifiuto di vendere o di comprare, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, l'interruzione arbitraria di

PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 389; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1999, 639; A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta «pie in the sky»?*, in *Rivista del diritto dell'impresa*, 2000, 243; R. RINALDI – F. R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in P. SPOSATO – M. COCCIA (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, Torino, 1999, 121; M. S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Rivista del diritto dell'impresa*, 1999, 191.; B. TASSONE, «Unconscionability» e abuso di dipendenza economica, in *Rivista di diritto privato*, 2001, 527. Nella letteratura francese, si segnala: R. CACCINI-McLEAN, *Abus de position dominante et abus de dépendance économique en France: autonomie contractuelle et sauvegarde de la concurrence*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 141.

⁸⁸ Sul punto, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, Jovene, 2004.

relazioni commerciali in atto⁸⁹. Da ciò si evince che l'abuso di dipendenza economica non opera esclusivamente in ambito contrattuale, quale strumento di riequilibrio delle prestazioni delle parti, ma anche al di fuori del contratto. L'abuso, quindi, può consistere sia nell'imposizione di clausole contrattuali da parte dell'impresa dominante, sia in meri comportamenti, quali la riferita arbitraria interruzione delle relazioni commerciali o il cennato rifiuto di vendere o di comprare⁹⁰.

L'interpretazione più convincente dell'articolo 9 è quella che coordina la norma al duplice fine di orientare gli accordi verticali, in un senso coerente con la correttezza e compatibile con la libera concorrenza, e di proteggere imprese rese particolarmente deboli dall'assetto contrattuale tipico di tali accordi, problematiche già evidenziate nel primo capitolo.

⁸⁹ L'esistenza di una situazione di dipendenza economica non fa, tuttavia, scattare il divieto di cui all'articolo 9. Perché si possa, infatti, fare applicazione della disposizione in esame occorre che di detta situazione si faccia abuso. Il trovarsi in uno stato di superiorità economica non è considerato di per sé illecito (come non è vietato trovarsi in una situazione di posizione dominante); quello che è vietato è l'abuso che di tale superiorità si fa. Una cosa è trovarsi nella condizione di dipendere totalmente o quasi dalle richieste di fornitura da parte di un'altra impresa, altra cosa è, invece, vedersi imposte condizioni contrattuali inique, come ad esempio, l'imposizione di sconti o, peggio ancora, subire il recesso improvviso dal contratto, magari senza avere il tempo sufficiente per ristrutturarsi o riconvertirsi in modo soddisfacente. Il legislatore non fornisce una definizione di abuso limitandosi, al secondo comma dell'articolo 9, ad individuare alcune specifiche fattispecie. Da un punto di vista dell'analisi economica del diritto, l'abuso si concreta in quello che viene definito un *hold up* (un ricatto, un'estorsione) alla parte che ha effettuato gli investimenti specifici con conseguente appropriazione delle c.d. *quasi rendite* (*quasi-rents*). Il valore delle quasi rendite viene individuato nella differenza tra il valore del bene e il suo valore di recupero (*salvage value*), cioè il valore del suo miglior uso alternativo. L'appropriazione abusiva di una quasi rendita può essere conseguenza di cattivo funzionamento del mercato di riferimento, perché, ad esempio, vi sono barriere all'entrata (per i più svariati motivi), ma può essere conseguenza anche di condotta estorsiva che l'impresa in posizione di supremazia attua dopo la conclusione del contratto, quindi anche in un mercato che sia fortemente competitivo (ed è, forse, questa la situazione che maggiormente si verifica. Per un approfondimento, v. L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 2, 370.

⁹⁰ Così, V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 393.

Va segnalato che gli accordi verticali sono incoraggiati dalla politica comunitaria, in quanto idonei a rendere più efficienti le imprese europee a livello globale. Al contempo, però, gli stessi possono prestarsi ad abusi, in occasione di condizioni di forza diseguale tra imprenditori, che a loro volta possono incidere negativamente sullo stesso corso del mercato concorrenziale, come già in precedenza sottolineato⁹¹.

L'ambito di applicazione dell'articolo 9, quindi, può riguardare solo i contratti che contengono accordi verticali, nei quali si riscontri una situazione di dipendenza economica di un'impresa da un'altra, tale per cui lo stesso

⁹¹ Giova precisare che con la disposizione dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura il legislatore non ha inteso vietare lo stato di dipendenza economica in quanto tale. Essa, infatti, come situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, secondo la definizione contenuta nel comma 1 dello stesso articolo 9, non è di per sé stessa illecita, ma può ben derivare dalla frequente e fisiologica disparità di potere negoziale riscontrabile sul mercato. Il legislatore ha, invece, inteso sanzionare l'illegittimo abuso, cioè l'effettiva fissazione di condizioni eccessivamente sbilanciate, che, una volta verificatasi, lede il bene giuridico protetto, il quale va identificato nella correttezza e dell'equità dei rapporti contrattuali. In definitiva, il contraente cosiddetto forte non commette alcun comportamento illecito se, malgrado la sua posizione di preminenza, non abusa di questa sua posizione di mercato, ma adotta *standards* contrattuali equi nel settore di riferimento oppure riesce a spuntare clausole contrattuali a lui favorevoli, ma in misura non eccessiva, secondo uno spettro ragionevole di libera contrattazione del contenuto contrattuale che la norma di legge in esame non potrebbe mai mettere in discussione, poiché ciò ne determinerebbe la sicura illegittimità costituzionale per contrasto con l'articolo 41 della Costituzione. Per tali riflessioni, G. TUCCI e C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 99. In particolare, gli Autori offrono un bilancio complessivo dei primi sette anni di applicazione della legge in materia di subfornitura industriale, evidenziando che il numero delle decisioni giurisprudenziali appare relativamente esiguo rispetto alla mole dei contributi dedicati dalla dottrina sull'argomento. Secondo gli Autori, le cause di questo fenomeno possono essere diverse ed infatti sono state addotte dalla dottrina varie ragioni al riguardo, ricordando la stessa posizione subalterna del subfornitore rispetto al proprio committente oppure l'effetto deterrente della legge, che avrebbe avuto proprio l'effetto di scoraggiare preventivamente le probabili illegalità. Tuttavia, si rileva che l'incidenza di una legge non si misura solo sulla base dell'esperienza giurisprudenziale, ma anche sull'influenza da essa esercitata sulla tecnica di redazione dei contratti e v'è da dire che, al riguardo, la nuova legge ha certamente favorito il ricorso all'accordo quadro tra committente e subfornitore. Un ulteriore bilancio della legge sulla subfornitura è fornito da G. CATALANO, *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contratti è deceduto o sta solo dormendo?*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 177.

svolgimento dell'attività imprenditoriale della prima discenda dall'instaurazione o dal mantenimento di un rapporto contrattuale con l'impresa dominante. L'impresa debole, pertanto, ha interesse a instaurare o a conservare il rapporto contrattuale con l'impresa forte per svariate ragioni: mancanza di alternative sul mercato, dipendenza tecnologica o progettuale, natura standardizzata della prestazione contrattuale, durata della relazione commerciale⁹².

Richiamando quanto detto in precedenza riguardo alla buona fede oggettiva, occorre approfondire la tematica con riferimento ai contratti di subfornitura. La disciplina dell'abuso di dipendenza economica, infatti, implica non solo un vaglio sulla giustizia normativa dell'accordo, ma comporta anche un'indagine sul profilo dell'iniustizia economica, contrariamente a quanto avviene per i contratti del consumatore, i quali reagiscono esclusivamente allo squilibrio giuridico delle clausole.

Al riguardo, si è sollevata la questione se la protezione a favore dell'impresa che subisce gli approfittamenti ad opera della controparte in posizione di predominanza economica si giustifica in ragione di una superiore istanza di giustizia o di solidarietà sociale oppure in ragione della qualità attribuita

⁹² Sul punto, con riferimento ai contratti di subfornitura, G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Rivista di diritto privato*, 1998, 449, il quale osserva che «*il legislatore ha inteso dettare una disciplina che riequilibri la posizione deteriore del subfornitore, visto come un imprenditore medio/piccolo, che opera per poche imprese di grandi dimensioni (quando non per una sola), da cui dipende sul piano della tecnologia, spesso della fornitura della materia prima, e di cui subisce la politica commerciale: legato da un rapporto di lunga durata, dal quale difficilmente può affrancarsi, anche per la difficoltà di riconvertire la sua struttura produttiva*». È facile cogliere, in questa descrizione, alcuni tratti caratterizzanti l'istituto dell'abuso di dipendenza economica e, in particolare, la dipendenza tecnologica e l'assenza di alternative di mercato che derivi dalla difficoltà di riconvertire la propria struttura produttiva.

all'impresa debole di portatrice di un interesse anche alla preservazione di quell'ordine giuridico-economico, disegnato dalla scelta politica operata a monte dal legislatore comunitario. La prima opzione, secondo alcuni⁹³, si rivelerebbe conferma della forzatura cui si dà luogo pretendendo di rileggere le norme di origine comunitaria alla luce dell'obiettivo della giustizia contrattuale, se non addirittura della giustizia sociale. L'abuso di dipendenza economica, infatti, è oggetto delle attenzioni interessate di quegli studiosi che vi hanno voluto intravedere una regola generale di protezione del soggetto debole nei rapporti interimprenditoriali. Tuttavia, una tale pretesa è frutto in realtà di un travisamento che ignora la strumentalità dell'istituto al raggiungimento di più generali obiettivi macroeconomici espressi dalla costituzione economica europea, con particolare riferimento alle norme a tutela della concorrenza. Pertanto, sembrerebbe essere più aderente alla visione europea la seconda opzione, secondo la quale, l'obiettivo dell'abuso di dipendenza economica è sempre quello di instradare le relazioni contrattuali lungo la via del libero mercato a base concorrenziale, sia pure con l'annunciata prospettiva di nuove finalità sociali. In tali casi, quindi, il controllo a monte delle private pattuizioni non può che essere a maglie più

⁹³ Sul punto, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe 1, 19)*, in *Europa e diritto privato*, fasc.3, 2010, 601. Secondo l'Autore, la figura dell'abuso di dipendenza economica va letta come fonte di un rimedio contro la degenerazione a valle di rapporti già instaurati rappresentata dalle estorsioni nel corso dello svolgimento del rapporto anche nella prospettiva del rinnovo del contratto, a prescindere dalla correttezza o meno della trattativa primigenia: la nullità non consegue alla violazione di un modello prestabilito di condotta negoziale giusta ma è la reazione all'accertamento in concreto di una dinamica effettuale che sconfessa il libero mercato.

larghe così da inibire soltanto le pratiche macroscopicamente contrarie al buon costume economico o indiscutibilmente distorsive.

Quanto al profilo dello squilibrio economico, preme evidenziare la matrice storica dell'abuso di dipendenza economica, cioè la sua originaria attinenza alla disciplina *antitrust*⁹⁴. Va rilevato, infatti, che la norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, secondo le originarie intenzioni del legislatore, era destinata a integrare la legge n. 287/1990, concernente "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", nota come normativa *antitrust*⁹⁵. L'articolo 3 *bis* avrebbe dovuto prevedere, accanto ai rimedi esperibili contro l'abuso di posizione dominante⁹⁶ idonea a creare turbative sul

⁹⁴ Al riguardo, si è avviato un dibattito, che è rimasto aperto, fra chi afferma che il divieto di abuso di dipendenza economica si inquadra nelle stesse finalità (ossia sostegno dell'efficienza economica del sistema e dello sviluppo economico) che sono proprie della legislazione *antitrust* e chi sostiene, al contrario, che i cosiddetti abusi di dipendenza economica sarebbero neutri per il funzionamento complessivo del mercato (in quanto ciò che conta è che vi sia libertà di accesso e concorrenza effettiva nell'offerta finale), ma porrebbero esclusivamente problemi di equità contrattuale, che il legislatore potrebbe sì affrontare con norme di tutela, che però non avrebbero a che fare con i divieti *antitrust*. Rilevante è la posizione del Professor Libertini il quale dichiara di essere personalmente incline a preferire il primo orientamento. Sostiene, infatti, che "a qualsiasi livello della catena produttiva e distributiva, se un soggetto economico rimane vincolato a scelte contrattuali che non avrebbe adottato se avesse avuto piena libertà di scelta, questo fatto è già – mi sembra – una distorsione di un processo concorrenziale efficiente e dinamico. Da qui la rilevanza degli abusi di dipendenza economica anche ai fini generali del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati". Sul punto, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 1,1.

⁹⁵ Sui rapporti tra l'abuso di posizione dominante, figura disciplinata all'interno della normativa *antitrust*, e la legge sulla subfornitura, v. M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2000, I, 494.

⁹⁶ Con riferimento alle recenti applicazioni giurisprudenziali in tema di abuso di posizione dominante, si segnala Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 1673 dell'8 aprile 2014 (Pres. G. Severini, Est. S. De Felice – Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, Esselunga s.p.a. c. Coop Estense Società Cooperativa a r.l.). Al riguardo si premette che l'abuso di posizione dominante, disciplinato dall'art. 102 T.F.U.E., è un illecito mediante il quale un soggetto, attraverso condotte abusive e in virtù della sua posizione dominante, falsa il livello di concorrenza sul mercato. Dato il carattere atipico della fattispecie, le condotte possono essere costituite anche da comportamenti autorizzati da una normativa di settore, realizzando comunque finalità illecite. L'indagine è svolta su diversi piani: la verifica della sussistenza di

mercato e sulla concorrenza, i rimedi esperibili contro il comportamento abusivo da parte dell'imprenditore in posizione contrattuale dominante, come emerge dai progetti di legge S. 637 Wilde e altri e S. 644 Tapparo e altri, della X Commissione del Senato, nell'anno 1996⁹⁷.

E' noto che a seguito di motivata obiezione dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato il legislatore ha deciso di non operare la progettata modifica della legge *antitrust*. Invero, l'Autorità Garante aveva fatto osservare che, in sostanza, non vi era correlazione necessaria tra l'esistenza di una

una posizione dominante sul mercato; l'analisi dell'abusività delle condotte alla luce anche del regime di speciale responsabilità che grava sull'impresa dominante e la verifica degli effetti lesivi per la concorrenza anche solo potenziali. Non è invece necessaria la presenza del nesso di causalità fra condotta abusiva ed evento dannoso, nonostante non ci sia giurisprudenza unanime in merito. Se il giudice ravvisa la violazione come grave, può ritenere legittimo il potere sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di infliggere una diffida conformativa in forza del principio dell'effetto utile. Nel caso specifico, il Consiglio di Stato, nel confermare la decisione dell'Agcm, che aveva sanzionato una impresa per abuso di posizione dominante, ha censurato l'esercizio da parte dell'impresa di alcune facoltà concesse dalla disciplina urbanistica, ritenendo che quella condotta, in sé lecita, fosse finalizzata ad impedire ai concorrenti l'ingresso nel mercato. La sentenza, pur ponendosi in linea con la pregressa giurisprudenza nazionale e comunitaria, enuclea una nuova forma di manifestazione dell'illecito *antitrust*, realizzata attraverso l'abuso di diritti derivanti dalle norme urbanistiche. Per un commento alla citata sentenza, v. M. FILICE, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2015, 87 ss..

Sul punto si segnalano come precedenti conformi: Consiglio di Stato, sez. IV, sent. n. 693 del 12.2.2014; Consiglio di Stato, sez. IV, sent. n. 4873 del 13.9.2012; Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 2925 del 13.5.2011.

Al riguardo, si consideri anche la giurisprudenza comunitaria: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6.12.2012, causa C-457/10 (Astrazeneca c. Commissione); Tribunale dell'Unione Europea, 29.3.2012, causa T-336/07 (Telefonica c. Commissione); Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 21.2.1973, causa C-6/72 (Continental Can c. Commissione).

⁹⁷ In particolare, quanto alla definizione di dipendenza economica, giova ricordare il riferimento testuale nei lavori preparatori della legge, precisando che l'articolo 9, comma 1, del testo unificato delle proposte di legge S. 367 e S. 644, approvato dal Senato in data 2 aprile 1997, prevedeva ancora l'inserimento nel tessuto della legge *antitrust* un comma *3bis* e che l'abuso di dipendenza economica si riferiva al solo fornitore e non anche al cliente. La definizione risultava la seguente: "si ha dipendenza economica quando il committente, tenuto conto delle alternative disponibili per il fornitore, nell'ambito di un mercato determinato in relazione alle caratteristiche del prodotto e alle dimensioni geografiche rilevanti, disponga nei confronti di quest'ultimo di una posizione dominante dal lato della domanda". Il testo attuale dell'articolo 9, riferendosi al potere dell'impresa di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, non ha fatto altro che esprimere in termini sintetici e bilaterali (rapportabili così sia al cliente sia al fornitore) la definizione di dipendenza economica che, in termini analitici e sostanzialmente unilaterali, era fornita dalla suddetta proposta di legge.

posizione dominante di mercato, che imponeva l'attivazione dei poteri pubblicistici di controllo e riequilibrio assegnati alla detta Autorità, e l'esistenza di una posizione di dominio "contrattuale". Quest'ultima, ove rilevata, avrebbe potuto anche non avere riflessi sul mercato e avrebbe dovuto in tal caso essere riequilibrata solo con l'attivazione dei rimedi privatistici contenuti nella norma che avrebbe dovuto essere l'art. 3 *bis* della legge *antitrust*, per i quali non era ipotizzabile un intervento dell'Autorità Garante⁹⁸.

⁹⁸ Appare necessario, al riguardo, fornire una breve ricostruzione delle vicende salienti di un *iter* legislativo particolarmente complesso, che è possibile scandire in tre momenti, sostanzialmente coincidenti con tre pareri imputabili all'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato: i primi due resi in conformità all'articolo 22 della legge *antitrust*, e precedenti l'approvazione della legge n. 192/1998, l'ultimo espresso oralmente dal Presidente della stessa in un'audizione presso la X Commissione permanente del Senato in sede di verifica dell'efficacia delle disposizioni di cui alla medesima legge. Si tratta di tre pareri dal contenuto diverso, ma tutti convergenti verso il fine di escludere non la natura concorrenziale dell'abuso di dipendenza economica, ma la competenza dell'Autorità garante a conoscere e sanzionare le relative ipotesi.

Ai sensi dell'articolo 22 della legge *antitrust*, *“l'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazione ed enti pubblici interessati”*.

Orbene, nel primo parere (del 20 giugno 1995, relativo al testo unificato in materia di subfornitura risultante dai disegni di legge A.S. 932 e A.S. 113 della XII legislatura (art. 10), in *Bollettino Agcm*, n. 23/1995), l'Autorità era stata chiara nell'osservare che *“l'obiettivo di garantire, attraverso la disciplina del contratto di subfornitura, una maggiore trasparenza e certezza nelle transazioni commerciali tra imprese appare meritevole di una valutazione positiva dal punto di vista della tutela del funzionamento del mercato”*, ma al riguardo, ha espresso parere negativo circa la congruità, dal punto di vista operativo, della riconduzione di tale obiettivo tra le proprie funzioni per molteplici ragioni.

In primo luogo, si segnala che la necessità di prevedere dei rapporti contrattuali di subfornitura improntati a correttezza ed efficienza produce certamente effetti positivi per la concorrenzialità dei mercati, ma non può essere risolta dilatando in modo innaturale la nozione di abuso di posizione dominante. Del resto, l'articolo 3 della legge *antitrust* già contemplava la possibilità di intervenire nei confronti di un'impresa la quale, benché non dotata di una posizione dominante nella vendita dei propri prodotti, tuttavia deteneva una posizione dominante dal lato della domanda nei confronti dei propri fornitori, in assenza di alternative economicamente significative per questi ultimi. Da ciò conseguiva che rapporti di subfornitura non equi, laddove imposti a soggetti che non godevano di possibilità economiche di scelta alternativa, potevano ricadere, attraverso un'appropriata e contestualizzata definizione del mercato rilevante, nella fattispecie dell'abuso di posizione dominante.

Tale affermazione è stata ribadita anche nel secondo parere dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, reso in data 11 febbraio 1998 (v. in *Bollettino Agcm*, n. 5/1998), di cui appare opportuno riportarne il testo integrale, al fine di comprendere meglio il ragionamento seguito dall'Autorità Garante: *“Questa Autorità ritiene opportuno esprimere il*

L'abbandono del progetto di modifica della legge *antitrust* non è stato, però, accompagnato anche dalla decisione di non introdurre questa disposizione nell'ordinamento che, infatti, è stata inserita senza alcuna modifica rispetto

proprio parere, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito all'articolo 9 della proposta di legge n. 3509 recante la "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive", che introduce nell'ordinamento la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica. Quest'ultimo viene definito come l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una imprese cliente o fornitrice. A sua volta, la dipendenza economica è individuata nella situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un significativo squilibrio di diritti e di obblighi. La norma indica a titolo esemplificativo alcuni comportamenti (il rifiuto di vendere o di comprare, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, e l'interruzione arbitraria di relazioni commerciali in atto) che potrebbero configurare un abuso di dipendenza economica. Viene quindi disposto che il patto attraverso il quale si realizzi un abuso di dipendenza economica è nullo. L'articolo 9 della proposta di legge prevede la collocazione della norma relativa all'abuso di dipendenza economica all'interno della legge n. 287/90. Questa Autorità reputa impropria tale collocazione. Infatti le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato. Inoltre, le norme nazionali sulla concorrenza hanno un preciso riferimento nell'ordinamento dell'Unione Europea. La stessa formulazione delle disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 riflette quasi letteralmente le corrispondenti norme comunitarie; per di più l'articolo 1, comma 4, della legge n. 287/90 vincola l'interpretazione delle disposizioni sostanziali della medesima legge ai principi elaborati in sede comunitaria. Viceversa, la norma dell'articolo 9 contenuta nella proposta di legge costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali. Inoltre, essa non ha alcun riscontro nell'ordinamento comunitario e affonda invece le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti. Le patologie di questo rapporto trovano rimedio nel divieto, e conseguente invalidità, di clausole vessatorie (come previsto dalle norme della proposta di legge) e nelle garanzie stabilite a favore della parte più debole. La loro disciplina pertanto va inquadrata nell'ambito delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti. Al riguardo l'Autorità segnala che le commissioni arbitrali presso le Camere di Commercio previste dall'articolo 10 della proposta di legge in esame (nei limiti in cui non integrino gli estremi di un arbitrato obbligatorio vietato dalla prevalente giurisprudenza della Corte Costituzionale), e il giudice ordinario appaiono adeguati a garantire, anche per la loro diffusione sul territorio, una efficace tutela del corretto equilibrio dei rapporti contrattuali tra le parti per quanto attiene alle fattispecie di esclusiva rilevanza civilistica. Infatti, qualora i comportamenti d'impresa che integrano l'abuso di dipendenza economica fossero posti in essere da un'impresa in posizione dominante sul mercato, l'articolo 3 della legge n. 287/90, unitamente all'articolo 86 del Trattato di Roma, già consente all'Autorità di intervenire efficacemente a salvaguardia delle imprese più deboli e dell'intero processo concorrenziale. Al riguardo è disponibile un'ampia casistica di decisioni dell'Autorità dalla quale si ricava che il rifiuto di contrarre, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie già rientrano nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90. Ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, l'Autorità auspica che la figura dell'abuso di dipendenza economica, prevista dall'articolo 9 della proposta di legge n. 3509, non venga collocata all'interno della legge n. 287/90".

alla sua originaria formulazione nella legge n. 192/1998. La nozione di dipendenza economica, prevista all'articolo 9 della legge sulla subfornitura, quindi, affonda chiaramente le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti, di impronta marcatamente civilistica, riferendosi non già alla posizione di dominanza assoluta di un'impresa sul mercato, bensì alla posizione di dominanza relativa che si esplica nell'ambito di un rapporto bilaterale (impresa forte – impresa debole)⁹⁹.

Come cennato nel paragrafo precedente, la legge sulla subfornitura risulta costellata di nullità e anche l'articolo 9 si inserisce a pieno titolo in questo scenario. Nel terzo comma, infatti, si sancisce la nullità del patto con si realizza l'abuso di dipendenza economica¹⁰⁰.

Va, peraltro, segnalato, per completezza dell'esposizione sul punto, che con legge n. 57, del 5 marzo 2001, all'articolo 9 della legge sulla subfornitura è

⁹⁹ Sulla posizione dominante plurima non collettiva o disgiunta, con riferimento alla distribuzione farmaceutica: P. 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*, in *Rivista di diritto commerciale*, 10-11-12, 2005, II, 338. In ambito giurisprudenziale, v. ordinanze della Corte d'Appello di Milano, 20/26 aprile 2005 e 12/23 luglio 2005 (Farmacie Petrone s.r.l. c. Pfizer Italia s.r.l. e Pharmacia Italia s.p.a.), entrambe pubblicate in *Rivista di diritto commerciale*, 10-11-12, 2005, II, 311.

Nella letteratura europea, in ordine al tema della proprietà intellettuale nel campo della industria farmaceutica, N. TUOMINEN, *Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry: Regular Business Practice or Abuse of Dominance*, in *World Competition*, 35, 1, 2012, 27.

¹⁰⁰ Per un approfondimento sul tema, M.M. PARINI, *Abuso di dipendenza economica: predisposizione di clausole inique o discriminatorie e potere integrativo del giudice*, in *Vita notarile*, 2011, 1151. Tuttavia, vi è chi sostiene che la sanzione si sposta dal piano delle nullità al piano delle responsabilità per danni quando l'abuso di dipendenza economica, oltre ad essere un vizio di nullità del contratto, si configura anche quale ipotesi di illecito. Per tale ricostruzione, anche con una prospettiva di tipo comparatistico, v. V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 389.

stato introdotto il comma *3bis* che recupera la correlazione tra posizione dominante "privatistica" e quella "pubblicistica", precisando che se la posizione dominante "contrattuale" assume anche rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità Garante può attivare i propri poteri di indagine, ispezione, diffida e applicazione delle sanzioni previste dalla legge *antitrust*¹⁰¹. In questo modo, si è inteso duplicare la censura sull'abuso di

¹⁰¹ Si allude a quell'inciso, contenuto nel nuovo comma *3 bis*, secondo cui «*ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3*» della legge *antitrust*, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato può «*qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato... procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15*» della legge *antitrust*.

Ad una mera interpretazione testuale, quest'inciso sembrerebbe deporre nel senso che, al di là dell'articolo 3 legge *antitrust*, esiste un abuso di dipendenza economica conoscibile dall'Autorità garante in quanto rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato: la legge n. 57/2001 avrebbe dunque introdotto una nuova fattispecie *antitrust*. Questa soluzione, però, non trova un conforto nel sistema del diritto italiano della concorrenza, che depone invece per un'interpretazione antiletterale dell'inciso in discorso.

Invero, l'interprete italiano, vincolato al rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, può sanzionare gli abusi di dipendenza economica che rilevano su una parte rilevante del mercato nazionale alla stregua dell'articolo 3 della legge *antitrust*, senza alcuna necessità di creare una nuova fattispecie *antitrust*. Nel nostro ordinamento, quindi, non v'è spazio per un abuso di dipendenza economica che non integri gli estremi dell'articolo 3 della legge *antitrust* ma che, tuttavia, abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. Ne consegue che, rispettando il sistema ed attribuendo il giusto peso al vincolo interpretativo posto dall'articolo 1 della legge *antitrust*, è possibile leggere congiuntamente la prima e la seconda parte dell'articolo 9, comma *3 bis*, della legge sulla subfornitura per trarne una norma secondo cui l'articolo 3 della legge *antitrust* si applica laddove l'abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, ossia laddove, secondo i principi dell'ordinamento comunitario, esso incida sull'assetto concorrenziale di un mercato rilevante.

Volgendo lo sguardo ad ipotesi concrete e al fine di formulare una ragionevole ipotesi interpretativa, appare opportuno segnalare le sette diverse situazioni proposte dal Professore Libertini, nelle quali può configurarsi un rapporto di potere/soggezione fra imprese giuridicamente indipendenti. Si tratta delle seguenti situazioni: A) la situazione di egemonia rispetto ai concorrenti (ossia dominio orizzontale del mercato), derivante dalla preponderante posizione finanziaria, organizzativa, tecnica, dell'impresa dominante, a causa della quale le imprese minori si adattano a regole di comportamento rispettose della *leadership* dell'impresa dominante; B) la situazione di potere "orizzontale" rispetto ai concorrenti, che deriva da una posizione di dominio in un mercato contiguo (merceologico o geografico) e dal correlativo timore reverenziale degli operatori del mercato più debole; C) la situazione di potere "orizzontale" rispetto ai concorrenti, che deriva dalla disponibilità esclusiva di una risorsa non duplicabile, collocata dall'impresa dominante mediante strumenti di integrazione verticale (controllo da parte dell'impresa dominante di una *essential facility*); D) la situazione di dominio "verticale" di mercato nei confronti di imprese che operano ad altri livelli di mercato, come fornitori o distributori o comunque acquirenti di prodotti, e che devono considerare l'impresa dominante come *partner* necessario (anche qui si parla di controllo da parte

dipendenza economica sia sul piano contrattuale sia sul piano della condotta anticoncorrenziale, pur restando nell'alveo di una normativa essenzialmente di diritto civile¹⁰². La norma, dunque, si ripropone come sintesi tra la

dell'impresa dominante di una *essential facility* e tale situazione si differenzia da quella di cui al punto C, in quanto l'impresa dominante non opera anche direttamente nel mercato rilevante); E) la situazione di potere "verticale" inerente ai mercati derivati dei propri prodotti (cosiddetti *aftermarkets*) che può esercitarsi essenzialmente nei confronti di imprese (distributori o manutentori, ad esempio) operanti in mercati a valle; F) la situazione di potere "verticale" derivante dall'essere titolare unico o quasi della domanda rivolta a mercati minori (assistenza tecnica, manutenzione, riparazione, ad esempio) e che richiede la formazione di piccole imprese specializzate; G) la situazione di potere che un'impresa più grande può acquisire nei confronti di una più piccola (subfornitore, distributore o fornitore di servizi vincolato da esclusive di diritto o di fatto) quando questa, per un certo tempo, abbia operato come impresa "monocliente" (o quasi), e sia divenuta perciò "dipendente", disposta quindi ad accettare anche modificazioni *in pejus* del rapporto, pur di non affrontare i costi di una difficile riconversione. Se si utilizza la classificazione proposta dal Professore Libertini, al fine di impostare una soluzione alla questione dei rapporti fra disciplina della posizione dominante e disciplina della dipendenza economica, si giunge a fornire le seguenti risposte:

- nelle ipotesi A) e B) si ha posizione dominante ma non dipendenza economica;
- nelle ipotesi C) e D) si ha una piena interferenza fra le due discipline e ciò fonda, oltre che la potestà di intervento dell'AGCM, la facoltà delle eventuali parti lese di rivolgersi al giudice civile ricorrendo, alternativamente, all'una o all'altra disciplina;
- nelle ipotesi E) ed F) si ha interferenza solo eventuale fra le due discipline; in altri termini, dovrebbe essere proprio questa l'ipotesi della dipendenza economica che non supera, in linea di principio, la soglia di rilevanza *antitrust* a meno che, per la dimensione notevole discrezionalmente apprezzata degli *aftermarkets*, l'AGCM ritenga che i relativi comportamenti abbiano rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato;
- nell'ipotesi G) si ha dipendenza economica ma non posizione dominante.

Infine si sottolinea come la problematica descritta ha rilevanza non solo per delimitare l'ambito di competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ma anche per delimitare la competenza del Tribunale delle Imprese. Al riguardo, infatti, l'articolo 3 del d.lgs. n. 168/2003 (così come modificato con l'articolo 2 del d.l. n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012) attribuisce alla competenza del Tribunale delle Imprese le controversie fondate su violazioni di norme *antitrust* nazionali ed europee, e non anche le controversie fondate su violazioni della norma di divieto di abuso di dipendenza economica. Ne consegue che domande prospettate dall'attore esclusivamente come fondate sul divieto di abuso di dipendenza economica rimangono fuori dalla competenza del Tribunale delle Imprese. Viceversa, nel caso in cui vi sia interferenza fra disciplina *antitrust* e disciplina dell'abuso di dipendenza economica, l'attore può prospettare la sua domanda come fondata sul divieto di abuso di posizione dominante, così rendendola di competenza del Tribunale delle Imprese (con onere per l'attore di provare tutti i requisiti dell'abuso di posizione dominante).

Per tutto quanto sinteticamente illustrato, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 1,1.

¹⁰² Così A. MAJELLARO, *La subfornitura nella prassi industriale e commerciale*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 165. Al riguardo, va considerato che gli accordi di subfornitura, pur assolvendo ad una esigenza di divisione del lavoro, sono nella loro essenza una forma di cooperazione fra grandi, piccole e medie imprese, aprendo a queste due ultime categorie prospettive vantaggiose di crescita economica e professionale, che consentono a queste aziende

prospettiva microeconomica del contratto e quella macroeconomica del mercato e della concorrenza.

Delineata la matrice storica del divieto di abuso di dipendenza economica, appare chiara la correlazione con il sindacato del giudice sull'iniquità economica del contratto.

Essa assume autonoma rilevanza e l'interprete può accedere a due soluzioni: o applicare tale controllo solo ai casi di accertato fallimento della concorrenza, oppure ritenere che l'abuso di dipendenza economica abbia voluto colpire, solo a livello del contratto, comportamenti che, ove pure non si traducano in vere e proprie posizioni di dominio assoluto sul mercato, interferiscono comunque in modo negativo sulla concorrenza. Tale ultima soluzione appare preferibile in quanto implica una operatività più ampia dell'articolo 9, conferendogli un'autonomia e una dignità sua propria.

Questo assunto consente di sciogliere il quesito relativo alle ragioni per cui un ordinamento giuridico dovrebbe dettare una disciplina *ad hoc* per tutelare, tra le varie relazioni tra imprenditori, solo quelle caratterizzate dalla circostanza che un'impresa abbia effettuato investimenti specifici rispetto alle esigenze della controparte. La mancata tutela dell'impresa, che effettua investimenti specifici rispetto ad una data operazione contrattuale e conseguentemente si

di conquistare una propria autonomia nei loro programmi futuri di espansione nel mercato globale. Per l'impresa produttrice del bene finito, la scelta strategica è sempre tra il *make* ed il *buy*. La prima opzione porta ad una più forte concentrazione, la seconda ad un decentramento produttivo (*outsourcing*) e tra le due, anche in un'ottica di benefica concorrenza, va privilegiata senza alcun dubbio la seconda. In questo senso i rapporti di subfornitura non devono essere frenati dal mondo giuridico, politico ed economico, ma incentivati, seppur nel quadro di una corretta applicazione della normativa *antitrust* e della legge sulla subfornitura.

consegna nelle mani del *partner* commerciale, genera infatti una ricaduta negativa in termini di sviluppo del sistema economico complessivo nella misura in cui scoraggia quel flusso di innovazione che scaturisce da rapporti interimprenditoriali molto cooperativi.

L'abuso di dipendenza economica, pertanto, si iscrive in modo lineare in questa logica di sistema, in quanto consente di rafforzare la valenza precettiva della buona fede *in executivis* nei rapporti interimprenditoriali, salvaguardando ora il valore dell'investimento specifico rispetto ad una data relazione contrattuale, ora la possibilità di trovare alternative soddisfacenti di mercato venuta meno la stessa relazione contrattuale¹⁰³.

Infine, prima di illustrare i più rilevanti orientamenti giurisprudenziali formati, dal 2002 in poi, sulla portata applicativa dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica, occorre svolgere alcune brevi riflessioni sul dibattito sorto in seno alla dottrina circa l'ambito applicativo della disposizione, ovvero una tesi restrittiva e una estensiva.

Secondo i fautori della tesi restrittiva¹⁰⁴, la disposizione dell'articolo 9 assume una portata limitata ai soli rapporti di subfornitura, fornendo strumenti di tutela finalizzati a rispondere alle specifiche esigenze dei subfornitori. A sostegno di tale impostazione, si annoverano sia la collocazione della norma nell'ambito di una legge speciale, sia il fatto che la stessa, introducendo forme

¹⁰³ Sul punto, R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Digesto civile*, 2003.

¹⁰⁴ Tra i sostenitori della tesi restrittiva: A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario al codice civile* Scialoja-Branca a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2003 e R. RINALDI-F. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in P. SPOSATO-M. COCCIA (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999.

di controllo sul contenuto del contratto che limitano in modo pregnante l'autonomia privata, deve essere considerata una norma eccezionale, non applicabile analogicamente a favore di altri imprenditori deboli.

I sostenitori della tesi estensiva¹⁰⁵, invece, valorizzano sia l'iniziale intenzione di inserire la detta disposizione all'interno della legge antitrust (testimonianza inequivocabile della volontà del legislatore di attribuirvi portata generale) sia il tenore letterale della norma che, a differenza delle altre contenute nella legge sulla subfornitura, omette qualsiasi riferimento al committente e al subfornitore, riferendosi genericamente all'impresa cliente, all'impresa fornitrice e alle relazioni commerciali¹⁰⁶.

Del resto, anche a voler evitare di aderire ad una o all'altra tesi, si evidenzia comunque la possibilità di ricorrere alla norma sul divieto di abuso di dipendenza economica attraverso l'applicazione in via analogica, non potendo la disposizione in parola essere considerata norma eccezionale. L'articolo 9, infatti, consente al giudice un sindacato sul regolamento contrattuale, limitando di fatto l'autonomia contrattuale. Tuttavia, non può non rilevarsi

¹⁰⁵ *Ex multis*, E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 619 ss.. L'Autore propende per la portata generale della norma in questione, anche alla luce delle metodologie proprie della analisi economica del diritto.

¹⁰⁶ Cfr. anche V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 389. Secondo l'Autore, dal punto di vista oggettivo, i rapporti da cui può trarre origine la dipendenza economica si caratterizzano per il fatto che il soggetto dipendente può essere sia l'impresa cliente sia l'impresa fornitrice: si potrà avere dipendenza dal lato della domanda, come nei rapporti di subfornitura, oppure dal lato dell'offerta, come nel *franchising*. La dipendenza economica è, dunque, una situazione che opera in senso bilaterale e che può trovare la propria fonte in ogni tipo di rapporto contrattuale tra imprese, purchè diretto ad instaurare una relazione verticale tra di esse. L'articolo 9 è, quindi, una norma generale, che comprende ma, nello stesso tempo, supera l'ambito dei rapporti di subfornitura. Al riguardo, v. anche N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 4.

come attualmente l'ordinamento e, dunque, il nuovo diritto dei contratti siano costellati di numerose norme che consentono tale forma di controllo, da ritenersi non più eccezionale e suscettibile, così, di applicazioni in via analogica¹⁰⁷.

Si proceda ora ad analizzare le principali pronunce giurisprudenziali in tema di abuso di dipendenza economica.

¹⁰⁷ Così M.M. PARINI, *Abuso di dipendenza economica: predisposizione di clausole inique o discriminatorie e potere integrativo del giudice*, in *Vita notarile*, 2011, 1135.

2.2.1.2. Gli orientamenti giurisprudenziali

A) La prima ordinanza in materia: Tribunale di Bari, 6 maggio 2002

Con ordinanza del 6 maggio 2002, la seconda sezione civile del Tribunale di Bari accoglieva un ricorso proposto *ex art.* 700 del codice di procedura civile, applicando, in via cautelare, l'articolo 9 della legge n. 192/1998, con il quale la nostra giurisprudenza non aveva ancora avuto modo di confrontarsi, nonostante fossero trascorsi quattro anni dall'emanazione della legge sulla subfornitura. La decisione in epigrafe pertanto, merita attenzione non solo perché è la prima in materia, ma anche perché presenta molteplici profili di interesse legati, sostanzialmente, alla intrinseca problematicità dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sulla stessa scia si collocano altre due ordinanze del Tribunale di Bari: l'ordinanza dell'11 ottobre 2004, Giudice Magaletti (Società Italfusti s.r.l. c. Società Natuzzi s.p.a.) e l'ordinanza del 17 gennaio 2005, Presidente Di Lalla, Giudice relatore Simone, sempre tra le medesime parti contrattuali. A distanza di quasi tre anni dalla prima controversia pronuncia sul tema, la figura dell'abuso di dipendenza economica viene nuovamente analizzata dalla giurisprudenza barese, soprattutto in ordine alla precisa individuazione del suo ambito applicativo, nonché alla scelta dei rimedi spettanti all'impresa dipendente a fronte del comportamento abusivo dell'impresa dominante. L'occasione per rimeditare l'istituto viene fornita da una controversia che traeva la propria scaturigine dal rapporto contrattuale intercorso tra la Società Italfusti s.r.l. e la società Natuzzi s.p.a.. In particolare, si evidenziava che da circa venti anni la Società Italfusti s.r.l. produceva intelaiature in legno utilizzate per la produzione di divani, avendo come committente pressoché unico la società Natuzzi s.p.a., le cui commesse rappresentavano circa il 100% del fatturato della Italfusti sino al 1994, e circa l'85% dopo tale data. Il 20 giugno 2003 la Natuzzi comunicava alla Italfusti la propria volontà di interrompere il rapporto economico esistente, di talché quest'ultima adiva il Tribunale in via cautelare, lamentando che il comportamento della committente costituiva abuso di dipendenza economica e richiedendo, in via principale, di ordinare alla Natuzzi la conclusione di un contratto di subfornitura di durata quinquennale, secondo le condizioni indicate dalla stessa Italfusti, individuate anche in sede di conciliazione tra le parti o, in alternativa, alle diverse condizioni ritenute eque dal magistrato.

Orbene, l'organo giudicante, dopo aver inquadrato il rapporto tra le due società nello schema della subfornitura, ritenendo sussistente il requisito della dipendenza tecnologica ed economica

Volendo riassumere il caso concreto, giova segnalare che la controversia traeva la propria scaturigine dal ricorso della titolare di due esercizi commerciali, in cui si effettuava la vendita al dettaglio di capi di abbigliamento e da oltre dieci anni acquistava articoli di marca da una nota casa produttrice (titolare del relativo marchio). Le condizioni generali di

tra le parti contraenti, si interroga sulla definizione dell'ambito di applicazione della norma dell'articolo 9 in tema di abuso di dipendenza economica e, in particolare, se questa attenga esclusivamente ai rapporti di subfornitura o, piuttosto, alla generalità dei rapporti giuridici. Il primo giudice cautelare non prende posizione sul punto, mentre il giudice del riesame afferma che, anche in mancanza di un contratto scritto di subfornitura, se si ravvisa una posizione di dipendenza economica della subfornitrice, la stessa non risulterebbe sfornita di tutela nell'attuale quadro normativo, in quanto l'articolo 9 della legge sulla subfornitura sanzionerebbe l'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali. La norma dell'articolo 9, d'altra parte, colpisce uno specifico comportamento dell'impresa che costituisca abuso della situazione di dipendenza economica: l'intervento giudiziale negli ampi termini previsti dalla norma va ravvisato nella condotta abusiva messa in atto dall'impresa che ha una dominanza relativa. Invero, nel caso di specie, di fronte alla tesi della ricorrente, secondo cui l'interruzione del rapporto in essere tra le imprese, attuata mediante la comunicazione del recesso, costituisce abuso, e al parallelo tentativo di dipingere di abusività anche le modalità e i termini della decennale collaborazione con la Natuzzi, la posizione del giudice, constatata l'assenza di un contratto di subfornitura assistito dalle necessarie formalità di cui all'articolo 2, si focalizza intorno alla questione se l'interruzione dei rapporti economici in corso possa definirsi arbitraria, ai sensi dell'ipotesi di condotta abusiva tipizzata nel comma 2 dell'articolo 9. Al riguardo, i giudici osservano che nella corrispondenza intercorsa tra le due imprese la Natuzzi aveva più volte contestato ritardi e inadempimenti di vario genere nella fornitura dei fusti, aderendo a quell'orientamento secondo cui si esclude la natura abusiva del comportamento tenuto dall'impresa dominante che interrompa i propri rapporti commerciali con l'impresa dipendente ogniquale volta esso sia sorretto da una concreta giustificazione. Tuttavia, nel contesto della dipendenza economica, come nel caso di specie, va valutato anche l'accertamento dello stato di dipendenza così che potrebbero assumere rilievo ai fini dell'applicazione della norma anche elementi ulteriori quali le modalità temporali del rifiuto e soprattutto l'assenza di alternative percorribili nel breve periodo nonché i costi legati al loro reperimento (i cosiddetti *switching costs*). A ben vedere, secondo un commento a tale indirizzo giurisprudenziale, chi si muove lungo questa direttiva dovrà tendenzialmente riconoscere alla norma una finalità più ampia rispetto alla mera repressione della condotta abusiva, in direzione di una protezione assai più incisiva dell'impresa debole; ma, quale che sia la valutazione di una simile conclusione, la contraria interpretazione, focalizzata sull'arbitrarietà dell'interruzione o del rifiuto, finirebbe probabilmente per far coincidere la tutela prevista dalla norma con quella già garantita da una applicazione coerente del principio di buona fede, svuotando così la norma della sua concreta specificità. Quanto, poi, alla domanda proposta in via principale dalla Italfusti, in relazione alla conclusione di un contratto di subfornitura di durata quinquennale, l'organo giudicante precisa che l'articolo 9 non prevede affatto alcun obbligo specifico di contrattare che, una volta costituito per ordine del Giudice, possa a sua volta essere eseguito coattivamente, né tanto meno che possa essere addirittura anticipato coattivamente negli effetti mediante la richiesta cautelata.

Il testo delle due ordinanze del Tribunale di Bari è presente in *Rivista di diritto privato*, 3, 2005, 691. Segue una nota di commento a pag. 704.

vendita prevedevano che l'acquirente non potesse modificare o revocare la propria proposta se non facendo pervenire lettera raccomandata A.R. entro 10 giorni dall'ordine e per un periodo di 180 giorni, entro i quali, correlativamente, la casa produttrice poteva decidere di accettare, o non, la proposta. Nonostante l'ampio margine offerto al produttore, in relazione alla stipulazione del singolo contratto, gli ordini venivano puntualmente accettati nell'ambito di una relazione commerciale che si svolgeva sempre in modo corretto e su un arco temporale di dieci anni; tuttavia improvvisamente la casa produttrice non accettò una commessa, motivando con l'esigenza di privilegiare solo gli esercizi commerciali ubicati nel centro dei centri cittadini e ritenendo che quello della ricorrente fosse invece troppo periferico. La ricorrente, pertanto, lamentando violazione dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura, invocava la tutela cautelare dei propri diritti, sottolineando che l'esercizio in cui prevalentemente avveniva la rivendita risultava invece ubicato in una delle strade più centrali ed eleganti della città. Il Tribunale di Bari, rilevata la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ingiungeva alla casa produttrice di consegnare la merce di cui alla proposta contrattuale al prezzo indicato e con le forme di pagamento previste nelle suddette condizioni generali di contratto.

La decisione evocava una serie di interrogativi, anche di carattere processuale: in tale sede, però, si deve concentrare l'attenzione sulle questioni sostanziali attinenti la figura dell'abuso di dipendenza economica.

In primo luogo, il Tribunale chiariva che l'abuso di dipendenza economica era un istituto di portata generale che, quindi, non si applicava ai soli contratti di subfornitura di cui alla legge n. 192/1998, bensì a tutti quelli stipulati fra imprenditori¹⁰⁹. Tale soluzione non si giustificava tanto o solo in base alla

¹⁰⁹ Sulla stessa scia, v. anche Tribunale di Trieste, ordinanza del 20 settembre 2006. Con tale pronuncia, l'organo giudicante ha sottoposto al divieto di abuso di dipendenza economica l'accordo con cui un noto gestore di telefonia aveva imposto ad un'impresa di *call-center* l'accettazione di prezzi unilateralmente fissati senza nessuna possibilità di negoziare gli stessi o di sindacarne la congruità qualora per esigenze commerciali si fosse dovuto operare un nuovo allacciamento delle linee. In altri termini, l'abuso di dipendenza economica veniva ravvisato in uno squilibrio presente nella fase genetica del vincolo contrattuale che, nel caso di specie, imponeva un ulteriore aggravio per l'impresa cliente. Tale aggravio consisteva in primo luogo nell'inserzione di una clausola *solve et repete*, attraverso la quale si condizionava l'allacciamento delle linee all'accettazione preventiva delle condizioni di fornitura; in secondo luogo mediante una clausola di esclusiva volta ad impedire all'impresa *call center* di rivolgersi ad altri gestori. Al riguardo, nel corpo della sentenza si legge testualmente “*l'abuso può anche consistere, come nel caso di specie, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie; ed il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo*”. Significativo, peraltro, appare l'oggetto della sanzione, in quanto ad essere colpito nello specifico non era un qualsiasi accordo iniquo, bensì quello relativo all'imposizione del prezzo. Si è assistito, così, al riconoscimento dell'idoneità della disciplina dell'abuso di dipendenza economica a superare il principio di insindacabilità del contenuto economico dello scambio che, principalmente, caratterizza la normativa posta a tutela del consumatore, la quale ruota intorno al mero intervento sull'equilibrio normativo. Per tali considerazioni, C. MEDICI, *Il controllo sul contenuto economico dello scambio: una recente applicazione giurisprudenziale del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, 681. Tuttavia, vi sono indicazioni giurisprudenziali da cui promana un'evoluzione della protezione del consumatore. Si fa riferimento alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione (Prima Sezione): sent. n. 14716 del 13 luglio 2005 (Lloyd Adriatico s.p.a. c. Piscioneri), sent. n. 17398 del 26 agosto 2005 (Compagnia Assicuratrice Gan Italia s.p.a. C. Pulice) e sent. n. 20923 del 27 ottobre 2005 (Compagnia Assicuratrice Gan Italia s.p.a. c. De Luca). In tali pronunce giurisprudenziali viene affermato il principio che la tutela del consumatore, nel caso in cui sia connessa alla violazione di un interesse pubblico, quale quello del libero gioco della concorrenza, permette di sindacare anche la congruità del prezzo del bene o del servizio acquistato. Si evidenzia che, in questo modo, non risulta tutelato soltanto l'equilibrio normativo del contratto del consumatore (come indicato all'articolo 34, comma 2, del Codice del Consumo, in virtù del quale la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene all'adeguatezza del corrispettivo), ma anche quello economico, normalmente protetto solo in ambito di abuso di dipendenza economica. Per tali considerazioni, L. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 2006, II, 256. Al riguardo l'Autore precisa che permane in ogni caso una significativa differenza tra le tutele riconosciute all'imprenditore c.d. debole e quelle previste a favore del consumatore, in quanto solo quest'ultimo fruisce di un'articolata disciplina che prevede obblighi di informazione e diritti di pentimento a suo favore, giustificati in ragione della sua intrinseca inesperienza. L'unica eccezione è rappresentata dagli obblighi informativi che l'affiliante è tenuto ad assolvere in favore dell'affiliato, ai sensi della legge n. 129 del 2004 sul *franchising*. Quanto all'ambito di applicazione della tutela dell'equilibrio economico del contratto, si evidenzia che quello dell'imprenditore debole risulta comunque più

lettera della legge, quanto soprattutto in base alla lettura giuseconomica che della fattispecie doveva essere necessariamente data se si voleva sperare di contribuire a determinarne la portata. Infatti, ciò era coerente con l'assunto, atteso che non ci si trovava in presenza di un contratto di subfornitura, bensì di un rapporto che, pur senza essere formalizzato in un documento contrattuale, era chiaramente finalizzato alla distribuzione dei prodotti.

Quanto, poi, alla natura giuridica dell'istituto, il Tribunale precisava che a differenza dell'abuso di posizione dominante, preso in considerazione dalla normativa *antitrust*, l'abuso di dipendenza economica non incideva sul mercato, considerato nel suo complesso, sussistendo invece quando fra due parti una si presentava come il *partner* obbligato dell'altro e tale situazione si caratterizzava per un accentuato squilibrio di diritti e di obblighi. Dunque, sebbene potesse essere molto difficile distinguere fra “mercato” e “contratto”, il giudice optava per la lettura contrattuale dell'istituto e, in base a quanto emergeva dalla sola ordinanza, non si era indotti a ritenere che l'abuso *de quo* fosse fra quelli che incidevano sugli equilibri generali del mercato.

Nel caso di specie il Tribunale forniva una definizione dello stato di dipendenza economica, ritenendo che alla titolare degli esercizi non fossero state date “alternative soddisfacenti”. Al riguardo il giudice precisava che la valutazione dello stato di dipendenza economica andava fatta non solo alla luce di tale criterio, bensì anche utilizzando altri parametri, quali la durata

vasto rispetto a quello del consumatore, giacché il divieto di abuso di dipendenza economica colpisce anche quelle situazioni di sfruttamento di una posizione di monopolio che, per il fatto di non falsare il gioco della concorrenza in una parte rilevante del mercato nazionale, non costituiscono violazione della legge *antitrust*.

della relazione commerciale e la natura della prestazione, destinata a realizzare, nel breve termine, un interesse economico della ditta ricorrente. Sul punto, ci si limitava a ricordare che lo stato di dipendenza economica andava fondamentalmente valutato in base all'*asset specificity*, che caratterizzava gli investimenti effettuati dalla vittima dell'abuso e ai correlativi *sunk costs*, con la conseguenza che l'impresa dipendente sarebbe stata sempre impossibilitata a reperire alternative che, per definizione non sarebbero mai state soddisfacenti. Pertanto, se si condivideva che la dipendenza economica andava fondamentalmente rilevata alla luce della situazione di *hold-up*, poco importava che ulteriori elementi si facessero passare, o non, attraverso la formula della suddetta "reperibilità di alternative soddisfacenti", perché tutti quelli che erano idonei a caratterizzare o a svelare la situazione di prigionia che si annidava fra le pieghe della relazione commerciale andavano in ogni caso tenuti in considerazione. Inoltre, in ordine alla sussistenza delle cennate alternative, il Tribunale affermava che "*deve trattarsi non di una mera possibilità, astratta e ipotetica, ma di opportunità che in concreto il mercato offre per un risultato comunque utile per l'impresa*" e che "*il termine soddisfacente - sinonimo di esauriente - va riferito alla realizzazione dell'interesse dell'imprenditore, vanificato dall'abuso*"¹¹⁰.

¹¹⁰ Anche qui pare utile tentare di chiarire il pensiero del giudice, per il (forse peregrino) caso che l'ultima delle affermazioni riportate non sia da intendere sostanzialmente quale sinonimo della prima: posto che la valutazione dello stato di dipendenza economica va effettuata sulla base degli *switching costs* che l'impresa sopporta o sopporterebbe per rivolgersi ad altri, non pare che il criterio in base al quale misurare la prigionia possa essere espresso in termini di

Infine, sempre con riferimento allo stato di dipendenza economica, si affermava che un altro degli elementi da considerare in sede del relativo accertamento era l'affidamento; non era revocato in dubbio che la sua protezione (anche o soprattutto in un'ottica giuseconomica) caratterizzava l'istituto di cui all'articolo 9, ma sembrava che lo stesso potesse essere utilmente ricondotto anche all'elemento dell'abuso. Infatti, appariva evidente che gli investimenti specifici venivano effettuati dalla parte dipendente in ragione dell'affidamento riposto sul comportamento corretto di controparte e, in particolare, nella prospettiva di dividere un *surplus* che poteva nascere solo da una relazione condotta con spirito autenticamente cooperativo.

Dunque, l'ordinanza sollevava una questione davvero cruciale: fino a che punto, in che termini e con quali tecniche era ammesso

equivalenza dei risultati conseguibili. Davvero si può arrivare ad affermare che un'impresa è permanentemente “a rischio di abuso” (se non si comporta con lo spirito del missionario) tutte le volte in cui la controparte non è in grado di ricreare *at no cost* lo *status quo ante*? Si può estendere così tanto lo spettro della dipendenza economica e, quindi, l'ambito applicativo dell'istituto? Certamente un'impresa *non* è in posizione di dipendenza economica se il costo della riconversione - *id est* del rivolgersi nuovamente al mercato - è pari a zero (cosa in verità improbabile), ma non può esser vero il reciproco: infatti, nessun rapporto commerciale è caratterizzato da investimenti zero ed è scevro da profili di dipendenza dalla controparte, così come in nessun mercato la ricerca e l'acquisizione di *partner* contrattuali avviene senza dover sopportare *transaction costs* di varia entità. Pertanto, anche se si intende il concetto di investimento in modo ampio e si riconduce lo stato di dipendenza alle difficoltà di reperire controparti sul mercato, non si può legare la dipendenza a costi di riconversione che non abbiano una qualche consistenza. Non a caso, infatti, lo squilibrio di diritti e di obblighi che un'impresa deve poter determinare affinché l'altra si trovi in posizione di dipendenza (a prescindere dal fatto che poi l'abuso sia, o non, consumato) è definito “eccessivo”. Quindi, ha ragione il giudice ad affermare che l'impresa deve poter conseguire un “risultato utile” al fine di valutare la presenza di alternative sul mercato (e se così è, ci si trova in una situazione ben lontana da quella del proprietario della rotativa imprigionato nel rapporto con l'editore e costretto ad operare in perdita); ma quelle alternative non devono necessariamente essere “esaurienti” se con ciò si intende usare il criterio dell'equivalenza dei risultati ottenibili, per poi dichiarare che tutto il resto è dipendenza economica. Per queste riflessioni, v. B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 7, 765.

il *rewriting* contrattuale in applicazione dell'articolo 9 della legge n. 192/1998?

Per rispondere a tale quesito occorre innanzitutto dare una pronta risposta, ponendosi il problema del rimedio applicabile qualora vi fosse stato abuso dello stato di dipendenza economica testé tratteggiato. In proposito, il Tribunale rilevava che il danno cagionato alla parte in posizione di dipendenza non era completamente risarcibile per equivalente, sottolineando il *“concreto pericolo che il diritto all'immagine della ricorrente sia compromesso dalla mancanza di un considerevole quantitativo di merce apprezzata dalla clientela e non disponibile per la vendita”* e che *“il discredito commerciale [...] va tutelato in via d'urgenza, attraverso specifiche misure, idonee ad evitare la perdita di credibilità sul mercato locale; reputazione che la ricorrente ha acquisito e consolidato nel tempo”*. Tale assunto appariva condivisibile, sul presupposto che una lettura tradizionale degli abusi precontrattuali, e conseguentemente dei regimi ad essi applicabili, avrebbe potuto indurre a liquidare un danno certamente inadeguato perché passato sotto la scure dell'interesse negativo. In tale contesto, si inseriva la risposta al quesito posto poc'anzi, in quanto l'ordinanza diveniva rivoluzionaria: l'accoglimento delle richieste della ricorrente conduceva al passaggio *“dall'illecito al contratto”*. Nell'ambito del procedimento cautelare, infatti, non venivano adottate misure di tutela del credito derivante dall'illecito, ma si addiveniva ad una operazione di *rewriting* contrattuale.

Il Tribunale, infatti, pur non accogliendo la richiesta di inibizione della continuazione di comportamenti costituenti rifiuti immotivati di rinnovare impegni contrattuali con la ricorrente, dava risposta positiva alla richiesta di ordinare la consegna della merce commissionata con l'ordine del 14 ottobre 2001. La prima richiesta veniva respinta in base alla affermazione a tenore della quale *“l'intervento giudiziale invocato costituirebbe non già un correttivo dell'autonomia privata ma un vero e proprio snaturamento dei principi che disciplinano la materia, assumendo addirittura connotati di contrarietà alla libertà di iniziativa economica”*. Quindi, secondo la linea distintiva tracciata dal giudice, una cosa era “correggere” l'esercizio dell'autonomia privata, un'altra era snaturarne i principi, come certamente sarebbe avvenuto se ci si fosse sostituiti alle parti nel momento in cui le stesse dettavano la disciplina dei propri interessi. Del resto, obbligare la casa produttrice a rimanere vincolata alla detta relazione commerciale, non avrebbe avuto il significato di intervenire nel singolo rapporto in funzione equilibratrice bensì quello di alterare le regole dell'autonomia privata.

Al riguardo, appare lecito domandarsi se la norma in questione può essere sintomatica del rischio di ingerenza del giudice nell'economia dei rapporti intersoggettivi, e che in che misura deve valutarsi questo rischio, posto che la tutela del contraente debole impone l'impiego di strumenti correttivi dell'autonomia privata e che il fine protettivo giustifica il ricorso a soluzioni imperative, perdendo altrimenti la tutela stessa effettività. Nel prosieguo della trattazione si cercherà di dare conto anche del ruolo del giudice come figura

di garanzia del contraente debole, anche alla luce della normativa di diritto dell'Unione Europea.

B) Il caso del Tribunale di Torino: l'ordinanza dell'11 marzo 2010

La controversia trae la propria scaturigine dal ricorso proposto dalla SIAI s.p.a. nei confronti di FIAT AUTO s.p.a., con il quale si richiedeva di garantire a SIAI l'esclusiva concessione di vendita delle autovetture FIAT nel territorio di sua competenza (provincia di Taranto: quattro sedi – due a Taranto, uno a Massafra e uno a Grottaglie – e due centri organizzati – uno a Martina Franca e uno a Manduria). Secondo la ricorrente, FIAT aveva contribuito a determinare, con un comportamento non improntato a buona fede e correttezza contrattuale, la contrazione delle vendite di veicoli registrata dalla stessa SIAI avendo consentito ad altri venditori di autoveicoli (non vincolati da contratti di concessione come quello stipulato con la ricorrente) di immettere sul mercato di Taranto un numero rilevante di vetture FIAT ad un prezzo necessariamente inferiore a quello che la concessionaria era costretta a praticare (le cosiddette "operazioni D.A. e C."). Tali comportamenti, uniti alla arbitraria decisione di aprire una seconda concessionaria FIAT nella provincia di Taranto, costituivano espressione di un abuso della relazione di dipendenza economica che intercorreva tra FIAT e la sua concessionaria, oltre che violazione dei doveri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto di concessione, con sostanziale

vanificazione degli investimenti fatti da SIAI negli anni precedenti (su espressa richiesta della stessa FIAT).

In primo luogo occorre chiarire quale fosse il rapporto negoziale esistente tra le parti in causa. Il Tribunale di Torino ha individuato il regolamento negoziale nel contratto di concessione per la rivendita di vetture FIAT, ossia un accordo riconducibile ad un tipo di contratto "quadro" in forza del quale il concessionario assumeva l'obbligo di promuovere la rivendita di prodotti che gli venivano forniti mediante la stipula, a condizioni predeterminate, di singoli contratti di acquisto.

Questo tipo di contratti d'impresa risulta molto diffuso nella pratica commerciale ed è ritenuto meritevole di tutela in quanto consente di contemperare l'interesse del produttore a non assumere i costi e i rischi di gestione normalmente connessi alla distribuzione dei prodotti, con l'esigenza di pari rilevanza di non interessarsi alla loro commercializzazione. In questi accordi, infatti, è molto frequente l'assunzione da parte del concessionario di obblighi che ineriscono il reperimento di clientela, la promozione e pubblicizzazione dei prodotti di concerto con il concedente, le modalità di organizzazione della vendita, oltre che l'assistenza ai clienti finali, e l'assunzione di obblighi informativi verso il concedente che, nella maggior parte dei casi, detta anche i criteri commerciali per le vendite.

Da ciò consegue che il concedente, per assolvere ai propri obblighi contrattuali verso il concessionario, è normalmente tenuto ad effettuare investimenti specifici e mirati all'allestimento di una rete distributiva che

risponda alle peculiari esigenze del concedente e soddisfi pienamente i criteri da questo fissati. Appare evidente che questa tipologia di contratti è idonea in astratto a porre il concessionario in posizione di dipendenza economica rispetto al concedente, poiché il concessionario, integrato nella rete di vendita/distribuzione/assistenza, disegnata dal concedente per la migliore distribuzione del prodotto, può essere assoggettato ad un corposo nucleo di obblighi contrattuali che potrebbero rivelarsi squilibrati, se paragonati agli obblighi che nello stesso rapporto vengono assunti dal concedente, e dai quali potrebbe sottrarsi con difficoltà¹¹¹.

Gli investimenti specifici effettuati, infatti, in vista di un ipotetico scioglimento del contratto, determinerebbero la difficoltà a reperire sul mercato alternative soddisfacenti, intendendosi per tali quelle idonee a fargli "conservare" come parte del suo patrimonio gli investimenti fatti per integrarsi nella altrui rete di vendita, e si presenterebbero come difficilmente reversibili, ossia spendibili in tempi ragionevolmente contenuti, in altra attività imprenditoriale.

Caratteristica comune dei contratti di distribuzione integrata è, pertanto, la posizione di squilibrio tra le parti.

¹¹¹ Per un commento alla sentenza in esame: V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 2011, II, 1479. Al riguardo, si evidenzia che la sussistenza di una situazione di dipendenza economica di un'impresa nei confronti di un'altra è insufficiente ai fini dell'applicazione dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura, poiché ciò che la disposizione sanziona non è il comportamento, contrattuale o extracontrattuale, che dia vita alla situazione di dipendenza economica di per sé ma l'abuso di essa. Per tali motivi, l'indagine sulla sussistenza di una fattispecie di abuso di dipendenza economica non può prescindere dall'analisi della situazione concreta ed, in particolare, di quell'indice che ne è espressione, ossia la mancanza nel mercato di alternative soddisfacenti.

Nel corpo dell'ordinanza in esame, inoltre, ci si domanda se il contratto di concessione e vendita sia assoggettabile alla disciplina di cui all'articolo 9 della legge del 18 giugno 1998, n.192.

Il Tribunale ha ritenuto che tale articolo abbia portata generale, ossia non limitata ai soli contratti di subfornitura, in quanto espressione del principio di buona fede e correttezza contrattuale e perciò finalizzata alla individuazione dei limiti che l'ordinamento pone nei contratti di impresa a tutela di quella parte contrattuale che si trovi, rispetto all'altra, in posizione di dipendenza economica. L'articolo 9 della legge n. 192/1998, infatti, dovrebbe correggere uno squilibrio che non si limita al contenuto giuridico del rapporto, ma si estende all'aspetto economico tra le parti, tale da vanificare gli investimenti della parte "debole" del rapporto. L'abuso di dipendenza economica, così configurato, in sostanza mira a tutelare l'interesse degli investimenti del singolo, nonché l'interesse generale alla efficienza del mercato.

Il suo tenore testuale, quindi, ha una portata generale quanto alla identificazione dei soggetti che possono compiere e subire l'abuso e che sono destinatari dei correlativi divieti e rimedi, poichè l'articolo 9 fa riferimento all'impresa cliente e fornitrice e ai rapporti commerciali in genere.

Invero, la portata generale di tale articolo pare indirettamente confermata anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 20106 del 18 settembre 2009¹¹². Nel caso posto all'esame del Tribunale di Torino, FIAT aveva

¹¹² La controversia sottoposta all'esame della Suprema Corte trae origine dal ricorso proposto dall'Associazione Concessionari revocati nei confronti della società Renault per

violazione e falsa applicazione delle clausole generali della buona fede, ed in particolare sulla pretesa insindacabilità degli atti di autonomia privata e della conseguente non applicabilità della figura dell'abuso del diritto all'esercizio del recesso *ad nutum*, così come statuito dalle corti di merito.

I temi dell'abuso di dipendenza economica e dell'applicabilità analogica od estensiva della normativa in materia di subfornitura (in particolare dell'art. 9 della legge n. 192/1998), non hanno costituito oggetto di specifica censura contenuta nei motivi di ricorso. Tale pronuncia, tuttavia, assume una notevole importanza ai fini della ricostruzione dell'istituto, in quanto viene analizzata la *ratio* sottesa al principio dell'equilibrio contrattuale e il sindacato del giudice sugli atti di autonomia privata.

Secondo la Suprema Corte, infatti, in tema di contratti, la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (articolo 1175 codice civile), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (articolo 1375 codice civile), e costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. La rilevanza di tale clausola si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge e, in questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. La buona fede, dunque, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione.

Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto, che, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore.

E' noto che nel nostro codice non esiste una norma che sanziona, in via generale, l'abuso del diritto. Tuttavia, in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità, con riferimento a plurimi rapporti contrattuali.

A tal proposito la Suprema Corte precisa che non è compito del giudice valutare le scelte imprenditoriali delle parti in causa che siano soggetti economici, scelte che sono, ovviamente, al di fuori del sindacato giurisdizionale, ma, il giudice può avere un ruolo centrale, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, quando vengono posti in essere atti di autonomia privata che coinvolgono, come nei contratti di impresa, gli interessi, anche contrastanti, delle diverse parti contrattuali.

In questo caso, nell'ipotesi in cui il rapporto evolva in chiave patologica e sia richiesto l'intervento del giudice, a quest'ultimo spetta di interpretare il contratto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, così come avvenuto in tema di recesso *ad nutum* nel caso oggetto della pronuncia in questione. Ciò vuol significare che l'atto di autonomia privata è, pur sempre, soggetto al controllo giurisdizionale.

Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi ed è su questa base che la Corte di merito avrebbe dovuto valutare ed interpretare le clausole del contratto, in particolare quella che prevedeva il recesso *ad nutum*, anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza ed alla buona fede. La libertà di scelta economica dell'imprenditore, pertanto, in sé e per sé, non è minimamente scalfita; ciò che è censurato è l'abuso, ma non di tale scelta, bensì dell'atto di autonomia contrattuale che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere.

Da ciò consegue che nonostante i temi dell'abuso di dipendenza economica e dell'applicabilità estensiva della normativa in materia di subfornitura non abbiano costituito oggetto di specifica censura contenuta nei motivi di ricorso, il tema centrale della decisione postula che possano determinarsi tra imprenditori condizioni di "dipendenza economica" contrattuale della quale

stipulato con la società ELLEAUTO un contratto di concessione di vendita di vetture a marchio FIAT per la stessa area di vendita su cui operava la società SIAI. In tal modo, erano state compromesse le ragioni del contraente debole (SIAI), che era risultato estromesso da un eventuale contraddittorio sulla verifica dell'impatto di tale nuovo ed ulteriore contratto, in spregio ai più rigorosi canoni di buona fede oggettiva e correttezza contrattuale da parte del concedente.

Sulla scorta di tali riferimenti, il Tribunale di Torino ha ritenuto che FIAT avesse fatto esercizio di una clausola del contratto potenzialmente idonea a compromettere le ragioni della controparte e a garantirle la remunerazione degli investimenti fatti a favore della rete di vendita senza attenersi a canoni di buona fede e correttezza contrattuale, ed aveva qualificato questo comportamento come abusivo perché posto in essere da una parte contrattuale in posizione dominante rilevante ai sensi dell'articolo 9 della legge n. 192/98, alla cui normativa veniva considerato assoggettato il contratto di concessione e di vendita.

l'imprenditore forte non può abusare senza commettere un illecito che può esporlo all'obbligo di risarcire il danno alla controparte.

Anche l'imprenditore, quindi, quando esercita la propria autonomia contrattuale deve rispettare determinati canoni generali, quali quelli della buona fede oggettiva, lealtà dei comportamenti e correttezza, perché diversamente gli si consentirebbe, irragionevolmente, esercitare i propri diritti contrattuali in modo abusivo. E' stato conseguentemente affermato che in questa ottica, il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata.

Per un commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 20106 del 18 settembre 2009, comprensivo dell'analisi delle linee evolutive della giurisprudenza in tema di abuso del diritto: F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 4, 245. Inoltre, G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 7, 2010, 653.

Quanto al rimedio cautelare richiesto, il Tribunale di Torino ha chiarito che l'articolo 9 della legge n.192/98 pone a disposizione dell'imprenditore in condizione di dipendenza economica strumenti idonei a reagire all'abuso. L'abuso, quindi, si configura non per il fatto in sé dell'esistenza di una diversa forza delle parti contraenti, ma solo quando questa si traduce in condizioni ingiustificatamente gravose e discriminatorie per una delle parti. Gli strumenti di reazione all'abuso, ben potendo tradursi nell'imposizione al contraente forte della prosecuzione di un rapporto abusivamente interrotto o di attuarlo inibendogli di avvalersi di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie, servono esclusivamente a riequilibrare le posizioni delle parti nell'ambito delle pattuizioni contrattuali e non si concretizzano mai, come richiesto nel caso in esame, nel travalicare il contenuto del contratto e interferire nei rapporti negoziali con un terzo.

C) Il caso del Tribunale di Catanzaro: l'ordinanza del 18 aprile 2012

La controversia trae la propria scaturigine dal reclamo proposto della società Clotec Elettronica e Tecnologia di D.C., svolgente attività di commercializzazione tramite internet di prodotti di elettronica, informatica, modellismo, subacquea ed altro, con il quale si esprimeva che il gestore della piattaforma virtuale di eBay aveva illegittimamente sospeso l'account professionale "clotec_com" utilizzato per la pubblicità e la vendita dei suoi

prodotti agli utenti della rete eBay, per violazione della clausola “abuso di eBay”, contenuta all’interno delle condizioni generali del contratto.

Secondo il Tribunale di Catanzaro, al rapporto negoziale non si applicava né la normativa sul consumatore, non rivestendo la società Clotec la qualifica di consumatore, né la legge 192/1998, in quanto essa è applicabile alla subfornitura nelle attività produttive. In particolare, tale normativa presuppone, ad avviso del Collegio, l’inserimento del subfornitore, nel processo produttivo di un’impresa committente, la quale gli conferisce talune fasi di lavorazione o l’incarico di predisporre parti del prodotto finale. La subfornitura, dunque, non è altro che una lavorazione su commessa, manifestazione del fenomeno del decentramento produttivo, caratterizzata da dipendenza economica e tecnologica dell’impresa subfornitrice.

Il Collegio, dunque, delimitava il proprio campo d’indagine e affermava che trattavasi di contratto concluso tra due professionisti, secondo lo schema del contratto per adesione, la cui disciplina trova il suo riferimento nell’art. 1341 del codice civile. In conformità a tale normativa, il Tribunale accoglieva il reclamo proposto poiché la clausola attributiva di un potere di recesso da parte di eBay era affetta da nullità, per mancanza di specifica sottoscrizione della clausola stessa, ed inoltre l’ulteriore clausola di inadempimento del venditore peccava di chiarezza, in quanto si presentava sottoforma di esortazioni e consigli e non già di divieti.

La ricostruzione del Tribunale di Catanzaro secondo cui la relazione commerciale avviata dalla società ricorrente, proprio perché avente ad oggetto

un servizio di *hosting* per la vendita dei propri prodotti, non può soggiacere alla disciplina della subfornitura che opera in un differente settore economico, può esporsi a rilievi critici.

Invero, l'articolo 1 della legge n. 192/1998 non disciplina esclusivamente l'ipotesi della lavorazione di prodotti, come riferito dal predetto Collegio giudicante, bensì anche l'ipotesi della fornitura di beni e servizi caratterizzata da una situazione di subordinazione imprenditoriale del subfornitore.

Come osservato in dottrina¹¹³, infatti, il subfornitore, che organizza la propria attività in funzione della lavorazione di prodotti per il committente o della fornitura di beni o servizi, è condizionato alla domanda del committente e al rapporto instaurato con quest'ultimo, che può tradursi anche in una dipendenza tecnologica del subfornitore rispetto al *know-how* generalmente posseduto dal committente. Ne deriva che la subfornitura è un modello contrattuale generale in cui rientrano, di volta in volta, diversi contratti tipici quali l'appalto, la vendita, la somministrazione, il contratto d'opera e, quindi, la previsione di oggetti distinti, che includano svariate attività, non altera in alcun modo la fisionomia dell'istituto.

L'estensibilità della latitudine applicativa della disciplina concernente la subfornitura trova conforto in un ulteriore dato normativo - l'art. 9 della l. n. 192/1998 – che, come visto, positivizza l'abuso di posizione economica, ove un'impresa «*sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con*

¹¹³ F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di eBay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 6, 2013, 2020.

un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi» e l'imposizione di «condizioni discriminatorie o ingiustificatamente gravose» (comma 2) - dipendenza economica - e sanziona il patto che lo realizza con la nullità (comma 3).

Tale ipotesi risulta invocabile nella controversia decisa dal Tribunale di Catanzaro, sotto molteplici profili. In primo luogo preme evidenziare il profilo letterale della norma, all'interno della quale non compaiono riferimenti alle posizioni soggettive delle parti (ovvero committente e subfornitore) e sono presenti, invece, formule, quali «*rifiuto di vendere*» o «*acquistare*», che sembrano evocare i rapporti tipici di tutte le attività commerciali. Sotto un profilo logico, inoltre, va segnalato che la norma attiene alla tutela del contraente più debole nelle relazioni negoziali tra imprese¹¹⁴ e definisce, come autorevolmente sostenuto da vari Autori, «*una fattispecie a struttura aperta*»¹¹⁵, la cui *vis* espansiva è data da un'interpretazione sistematica che si avvale delle norme del codice civile e della legislazione speciale, come riconosciuto peraltro anche dalla nota ordinanza della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili, del 25 novembre 2011, n. 24906¹¹⁶.

¹¹⁴ R. CASO - R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998.

¹¹⁵ *Ex multis*: A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, 111; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Rivista di diritto privato*, 1998, 451; LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una "ragionevole" interpretazione della legge sulla subfornitura*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, 122.

¹¹⁶ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 25 novembre 2011, n. 24906 (ord.), in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, 298. La Suprema Corte, nel caso di specie, era chiamata a decidere un regolamento di giurisdizione proposto dalla società fornitrice

Nella motivazione dell'ordinanza, infatti, si statuiva che «*l'abuso di dipendenza economica di cui all'articolo 9 della legge n. 192/1998 configura*

(Caterpillar s.a.r.l.) nei confronti della società cliente (Maia due s.p.a. in liquidazione), in quanto si eccepeva il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in favore del giudice svizzero, in virtù della clausola di cui all'articolo 30 del contratto tra le due parti, che riservava al Tribunale del cantone di Ginevra “ogni controversia derivante da o relativa al presente contratto”. Da qui le considerazioni in diritto della Suprema Corte che hanno coinvolto principalmente la natura dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica. Secondo gli ermellini, infatti, dire “tutte le controversie derivanti dal contratto o relative al contratto” equivale ad assumere come oggetto di regolamentazione tutte le controversie che in qualsiasi modo abbiano a che fare con il contratto in senso statico e dinamico (cioè nel corso della sua esecuzione), di modo che il contratto non assume necessariamente la funzione di fatto costitutivo dell'azione che, quindi, debba essere di fonte contrattuale, bensì quella di fatto statico o dinamico in riferimento al quale debba essere insorta la controversia. Nella fattispecie, dunque, la società cliente lamentava la violazione della legge sulla subfornitura, in particolare del divieto di abuso di dipendenza economica. Come noto, l'abuso può consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto e il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Orbene, secondo i giudici di legittimità, l'abuso di dipendenza economica di cui all'articolo 9 della legge sulla subfornitura configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, e, poiché l'abuso si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di rapporti commerciali, esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto. Ne deriva l'inquadramento contrattuale della responsabilità da abuso di dipendenza economica, che si pone in armonia con altri istituti elaborati dalla dottrina. Si pensi alla dottrina maggioritaria in tema di direzione e coordinamento di società, la cui responsabilità di tipo contrattuale è prevista dall'articolo 2497 del codice civile, a carico delle società e degli enti che esercitano tale attività nei confronti dei soci per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale. Del resto, si pensi all'abuso del diritto, inteso come esercizio dello stesso senza rispettare la buona fede e la correttezza, ma generante uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, che espone l'abusante all'inefficacia dell'atto ed al risarcimento del danno, pur rimanendo la controversia nell'ambito della materia contrattuale, sul presupposto che attiene al momento funzionale del contratto, sia pure espletato in modo illegittimo. Alla luce di tali considerazioni, che conducono a qualificare la domanda come azione di responsabilità contrattuale, la controversia è senza alcun dubbio relativa al contratto e dunque soggiace all'operare della clausola di proroga della giurisdizione. Nel caso di specie, infatti, la proroga della giurisdizione opera ai sensi dell'articolo 17 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 (ratificata e resa esecutiva con la legge 10 febbraio 1992 n. 198) – ed eguale disciplina presenta la clausola di proroga della competenza internazionale ove regolata dalla Convenzione di Bruxelles dal regolamento n. 44/2001 - in quanto ad essa le parti hanno fatto riferimento per tutte le controversie relative al contratto, assumendo quest'ultimo sia la funzione di fonte della pretesa, sia di fatto congiunto ad altri costitutivo della stessa. La controversia, pertanto, non risulta in alcun modo ascrivibile ai sensi dell'articolo 5 numero 3 della predetta convenzione, alla diversa materia degli illeciti, che ha carattere residuale e non ricorre allorchè sussista tra le parti una relazione giuridicamente rilevante, fondata su un obbligo assunto di cui una parte lamenta la violazione ad opera dell'altra.

Per la giurisprudenza di merito anteriore alla citata ordinanza, cfr. *ex multis* Tribunale di Roma, sentenza del 5 novembre 2003.

una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo»¹¹⁷.

Alla luce di tale ricostruzione, la concreta applicazione della normativa sulla subfornitura al caso esaminato dal Tribunale di Catanzaro è subordinata all'accertamento della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso di dipendenza economica, infatti, è integrato dal tentativo di approfittare dell'assenza di alternative di mercato, indotta dal compimento di investimenti specifici ad una determinata relazione commerciale, per estorcere all'impresa indebolitasi utilità ulteriori rispetto a quelle liberamente scambiate con la stipula del contratto. Nel caso di specie, è emerso che la piattaforma eBay è in grado di catalizzare un numero indefinito sia di utenti che di transazioni commerciali, presentandosi alla stregua di un vero e proprio mercato. La sospensione

¹¹⁷ Secondo R. PARDOLESI, «la (contrastata) vocazione dell'art. 9, l. n. 192/1998, a sottrarsi al ghetto della subfornitura industriale risulta oggi avallata (dal buon senso e) dall'autorità dei *dicta* della Cassazione; ciò che vale, per l'appunto, a corroborare la sensazione di trovarsi alle prese con una (nuova) clausole generale, fondata su coordinate indeterminate, ma pur sempre nel calco, per certi versi più agevole a verificarsi, di una dipendenza attestata dall'assenza di alternative e destinata a manifestarsi in un eccessivo squilibrio tra le parti». V. R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 1167.

dell'*account*, pertanto, può configurarsi come manifestazione di abuso di dipendenza economica, in quanto non è dato riscontrare alternative di mercato di pari potenzialità al portale eBay, così determinandosi l'estromissione dell'impresa dal mercato di riferimento, a nulla rilevando, che la società ricorrente avesse propri siti internet, non equiparabili, per diffusione ed importanza, alla piattaforma eBay.

D) La recente sentenza della Corte di Cassazione, sez. III civile, n. 18186, del 25 agosto 2014

Nel marzo 2005 la società Metfon s.n.c. conveniva in giudizio la società Fonderie 2A s.r.l., chiedendone la condanna al pagamento della somma di Euro 41.473,50 a titolo di interessi e penali ai sensi della legge n. 192/1998 ("Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"), per gli anni dal 1999 al 2001, in relazione al rapporto di subfornitura industriale intercorso con la convenuta, e nel quale la società attrice aveva assunto la veste di subfornitrice. La corte di appello di Torino, in riforma della sentenza del tribunale, condannava la 2A s.p.a. (già Fonderie 2 A s.r.l.) al pagamento della somma suddetta, oltre alle spese. Avverso tale sentenza veniva proposto dalla 2A s.p.a. ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi, ai quali resisteva con controricorso la Metfon s.n.c. In particolare, con il primo motivo di ricorso, 2 A s.r.l. deduceva violazione della legge n. 192/1998, con riferimento agli articoli 11 e 2, comma 3, in quanto la corte di appello aveva

erroneamente ritenuto l'applicabilità nella fattispecie della legge sulla subfornitura, entrata in vigore solo in data 20 ottobre 1998, prima, quindi, della trasmissione degli ordini alla subfornitrice Metfon. Secondo la ricorrente, il rapporto di subfornitura tra le parti trovava in realtà disciplina in un contratto-quadro dedicato, di natura continuativa e periodica, stipulato nel 1997 e, dunque, non assoggettabile alla legge in questione, priva di efficacia retroattiva.

In questa sede occorre, dunque, focalizzare l'attenzione sul primo motivo di ricorso, anche se i primi due motivi, tra loro legati da vincolo logico-giuridico di subordinazione, sono suscettibili di trattazione unitaria perchè entrambi incentrati, nella prospettiva ora della violazione normativa ed ora del vizio motivazionale, sull'erronea collocazione temporale degli accordi tra le parti in epoca successiva al vigore della legge n. 192/1998.

Al riguardo, la sentenza della Corte di Cassazione prendeva in considerazione il dettato dell'articolo 2 della legge sulla subfornitura, rubricato "Contratto di subfornitura: forma e contenuto"¹¹⁸, concludendo che la corte territoriale aveva

¹¹⁸ L'articolo 2 della legge sulla subfornitura stabilisce quanto segue: "1. Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica. In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto. 2. Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'art. 1341 c.c.. 3. Nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, anche gli ordinativi relativi alle singole forniture devono essere comunicati dal committente al fornitore in una delle forme previste al comma 1, e anche ad essi si applica quanto disposto dallo stesso comma 1. 4. Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in

recepito puntualmente questo disposto legislativo laddove escludeva che il risalente contratto-quadro dedotto in giudizio dalle parti avesse potuto effettivamente costituire la specifica fonte negoziale di riferimento degli ordinativi oggetto di controversia; dal momento che esso, come doveva desumersi dalla estrema genericità dei dati istruttori acquisiti sul punto, difettava dei requisiti normativi essenziali rappresentati dalla forma scritta e dalla precisa descrizione contenutistica di tipo tecnico (caratteristiche costruttive e funzionali del bene e della lavorazione; specifiche tecniche di richiamo), esecutivo (termini e modalità di consegna, collaudo e pagamento) ed economico (prezzo pattuito); la corte territoriale, dunque, aveva ravvisato questi stessi requisiti normativi essenziali, pur nell'ambito di un rapporto continuativo, nei singoli ordinativi via via inoltrati. Infine, questi ultimi erano apparsi rispondenti alle prescrizioni legislative tanto di forma (comunicazione scritta a Metfon, con esecuzione da parte di quest'ultima senza osservazioni o richiesta di modificazioni), quanto di contenuto (trattandosi di ordinativi facenti espresso richiamo al prezzo, all'oggetto della lavorazione ed a tutte le modalità esecutive fondamentali). Da ciò conseguiva che in tale contesto, il mero richiamo in giudizio (ancorchè ad opera della stessa Metfon) ad accordi

modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto. 5. Nel contratto di subfornitura devono essere specificati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento".

commerciali pregressi tra le parti non denotava di per sè l'asserita violazione di legge, dal momento che punto decisivo di causa non era la sussistenza/insussistenza di siffatti accordi, bensì la loro specifica rispondenza e riferibilità obbligatoria agli ordinativi oggetto di lite. Sicchè - vuoi che tali accordi non sussistessero affatto, vuoi che sussistessero in forma a tal punto generica da poter essere riferiti a qualsivoglia altra forma di cooperazione produttiva e commerciale esplicitasi nel tempo tra le due imprese - l'unica specifica fonte contrattuale nella specie di sicura rilevanza andava effettivamente individuata nei singoli ordinativi e nella loro pacifica esecuzione ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 192/1998.

Interessanti appaiono anche il terzo motivo e la prima parte del quarto motivo di ricorso, nei quali viene dedotta violazione degli articoli 1 e 7 della legge sulla subfornitura, nonchè omessa motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio, avendo la corte di appello erroneamente affermato che il requisito necessario e sufficiente di applicabilità della nuova normativa dovesse individuarsi nella fornitura della materia prima da parte del subcommittente, là dove la definizione normativa implicava la necessità che a tale elemento si associasse anche la dipendenza tecnica del subfornitore quanto a progetto, specifiche e *know how* di realizzazione della subfornitura (ciò che distingueva quest'ultima da diverse figure contrattuali, come la vendita o l'appalto). Nel caso di specie, doveva ritenersi che Metfon fosse impresa non subalterna, ma concorrente, di 2A.

La corte di appello, infatti, non ha reputato necessaria la "dipendenza tecnica" di Metfon rispetto agli ordinativi di Fonderie 2A, ritenendo esaustiva - ai fini dell'applicabilità nella specie della legge n. 192/1998 - la lavorazione su fornitura della materia prima da parte della committente, ai sensi del primo comma dell'articolo 1 della legge sulla subfornitura¹¹⁹.

Secondo la corte d'appello di Torino, l'accertamento della dipendenza tecnica del subfornitore rispetto alla posizione ed alle direttive del committente non sarebbe essenziale ai fini di causa, dal momento che, sulla base della definizione fornita dal citato articolo 1, il requisito della conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente opererebbe solo per la seconda ipotesi contemplata dalla norma definitoria (impegno a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso), non anche per la prima (impegno ad effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima), ritenuta ricorrere nella specie. Sicchè del requisito in questione non vi sarebbe traccia nella disciplina legale, nè sarebbe consentito all'interprete di inventare elementi essenziali del contratto

¹¹⁹ Il riferimento legislativo è dato dall'articolo 1, della detta legge, il cui primo comma stabilisce che: "Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente".

non previsti da alcuna norma, o confondere le ragioni storiche ed economiche dell'adozione di una normativa con tali elementi.

La Corte di Cassazione, nel corpo della sentenza, fornisce vari argomenti i quali inducono ad osservare che, *“nella considerazione normativa, la subfornitura viene disciplinata quale estrinsecazione contrattuale di una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale, nella quale la dipendenza economica del subfornitore si palesa, oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato (reso particolarmente eclatante in tutte le ipotesi nelle quali il committente funga sostanzialmente da monocliente del subfornitore), anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione, assunte nel loro più ampio e variegato spettro (disegni, specifiche, progetti, prototipi, modelli, know how in genere)”*.

Sotto l'aspetto della realtà socio-economica del fenomeno, la dipendenza tecnica così intesa costituisce spesso, essa stessa, uno stato di sudditanza economica, imponendo al subfornitore di adeguare la propria produzione ed organizzazione del lavoro alle suddette direttive e specifiche. Si tratta di un adeguamento che può comportare, per il subfornitore, una più o meno intensa ed assorbente limitazione di sbocco commerciale e di offerta di mercato.

La rilevanza della dipendenza tecnica, dunque, è insita nel fatto che la lavorazione affidata in subfornitura intervenga necessariamente ad un determinato livello, più o meno avanzato, del processo di produzione interno al committente; ed in vista della commercializzazione del prodotto-finito su un mercato che è soltanto di questi, non anche del subfornitore. Sicchè è

proprio l'inserimento del subfornitore nel ciclo produttivo del committente a richiedere che la lavorazione da parte del primo avvenga secondo la progettualità e le direttive tecniche impartite dal secondo (rispondenti alle esigenze di mercato da quest'ultimo intercettate); con la conseguenza che la cosiddetta dipendenza tecnica - da valutarsi caso per caso ed in rapporto alla natura della lavorazione in concreto affidata in subfornitura - altro non è che il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico.

Sul piano contrattuale, inoltre, l'elemento della dipendenza tecnica, così come testè tratteggiato, assume un'importanza cardinale in quanto diversifica il rapporto di subfornitura commerciale (suscettibile di essere realizzato attraverso altri schemi negoziali), dall'appalto d'opera o di servizi, nel quale l'appaltatore è chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa ed imprenditoriale, ma anche tecnico-esecutiva, con quanto ne deriva in ordine alla maggior ampiezza della sua responsabilità per i vizi della cosa e la sua non perfetta rispondenza a quanto convenuto.

Orbene, ciò premesso, secondo i giudici di legittimità, non vi è ragione per ritenere che il requisito della "conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente" non valga per tutte le fattispecie descritte dalla legge n. 192/1998 e, dunque, anche per la "lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente", posto che anche in tal caso la commessa di subfornitura

comporta l'inserimento del subfornitore - sebbene in forza di un'opzione organizzativa di esternalizzazione - in un determinato livello del processo produttivo proprio del committente¹²⁰.

I giudici di legittimità precisano, inoltre, che qualora le specifiche tecniche ed il *know how* di realizzazione del prodotto o della fase di lavorazione appartengano in via esclusiva al fornitore che ad essi abbia conformato l'organizzazione dei processi produttivi all'interno della propria impresa, può venir meno lo stesso presupposto - di dipendenza economica e di debolezza contrattuale - sottostante alla normativa in esame.

La sentenza in esame, pertanto, focalizza l'attenzione sul requisito della dipendenza tecnica, in quanto forma di induzione di dipendenza economica, la quale non è influente al fine di ritenere l'assoggettabilità del rapporto alla disciplina sulla subfornitura. Tale requisito deve essere accertato, in fatto, con riguardo a tutte indistintamente le ipotesi delineate dalla norma definitoria di cui all'articolo 1, della legge sulla subfornitura e, segnatamente, anche con

¹²⁰ Il legislatore fa propria questa realtà - nella quale anche il vero e proprio abuso di posizione dominante da parte del committente può esprimersi attraverso una determinata imposizione di direttive tecniche - là dove stabilisce che (articolo 2) nel contratto di subfornitura devono, tra il resto, essere specificati "i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il suo fornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia"; ovvero che (articolo 5, comma 1) "Il subfornitore ha la responsabilità del funzionamento e della qualità della parte o dell'assemblaggio da lui prodotti o del servizio fornito secondo le prescrizioni contrattuali e a regola d'arte"; ovvero ancora che (articolo 7) "Il committente conserva la proprietà industriale in ordine ai progetti e alle prescrizioni di carattere tecnico da lui comunicati al fornitore e sopporta i rischi ad essi relativi. Il fornitore è tenuto alla riservatezza e risponde della corretta esecuzione di quanto richiesto, sopportando i relativi rischi". Con tutto ciò includendo nell'obbligo di *facere* del subfornitore l'osservanza delle prescrizioni tecniche impartite dal committente.

riguardo all'ipotesi in cui la materia prima sia stata fornita dal committente, come nel caso di specie.

Più dettagliatamente, nell'ipotesi decisa dalla Cassazione, il requisito della dipendenza tecnica, ancorchè non specificamente scandagliato dalla corte di merito per le più volte indicate ragioni di ordine pregiudiziale, era purtuttavia ampiamente ed univocamente riscontrato dalle risultanze di causa, con particolare riferimento ai documenti (ordini e relativi allegati tecnici) e alle deposizioni testimoniali.

Nel caso di specie, quindi, posto che la censura non contesta un errore di diritto nella sussunzione della fattispecie ma un errore di merito nella ricostruzione di tale volontà negoziale, ne consegue che tale ricostruzione potrebbe essere sindacata in sede di legittimità solo sotto il profilo della carenza motivazionale. Alla luce di tale motivazione, succintamente riportata, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso ma ha compensato le spese del procedimento, proprio in considerazione della novità e della delicatezza della questione interpretativa costituente il fulcro della controversia, segnata dall'assenza di precedenti giurisprudenziali di legittimità, oltre che dalle oscillazioni decisionali nei gradi di merito.

2.2.2. I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Si passi ora all'analisi del secondo referente normativo per la teorica del "terzo contratto"¹²¹.

Con la direttiva 2000/35/CE, attuata in Italia attraverso il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, il Parlamento Europeo ed il Consiglio erano intervenuti con l'obiettivo di introdurre, in tutti gli Stati membri, efficaci strumenti giuridici dissuasivi contro i ritardi nei pagamenti di crediti commerciali.

Tale direttiva, era ispirata principalmente all'esigenza di tutelare le piccole e medie imprese, gli artigiani, i lavoratori autonomi, quali protagonisti deboli del mondo economico, dai rischi legati a termini contrattuali eccessivamente lunghi¹²². L'intervento comunitario era giustificato non solo dalla considerazione delle esigenze dell'impresa, ma anche dalla constatazione del grande divario esistente tra gli Stati europei sui termini contrattuali di pagamento, con le conseguenti difficoltà sul buon funzionamento del mercato interno e i problemi legati alle distorsioni della concorrenza¹²³.

¹²¹ Tuttavia alcuni ritengono che dal decreto legislativo n. 231 del 2002 non possano essere tratti argomenti a favore della costruzione della figura dell'imprenditore debole. La direzione della normativa, infatti, si fonda sulle ragioni dell'economia, piuttosto che sull'esigenza di fornire protezione all'imprenditore debole. Il legislatore comunitario ha ritenuto che il ritardo dei pagamenti costituisce un intralcio sempre più grave per il successo del mercato unico e delle operazioni economiche transfrontaliere. Ciò si traduce nell'ampissimo campo di applicazione soggettivo della normativa che, per quanto fondata sull'esigenza di dare protezione alle piccole e medie imprese rispetto ai ritardi dei pagamenti, è tuttavia applicabile anche alle grandi imprese e agli esercenti le libere professioni. Per tali riflessioni, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contratto e Impresa*, 2009, 1, 120.

¹²² D. DI BENEDETTO, *La disciplina della subfornitura*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2006, 1.

¹²³ Per un approfondimento, C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2006, 439. In

Si trattava di una normativa che muoveva da un capovolgimento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale. Questa poneva al centro della protezione giuridica la figura del debitore, mentre il creditore veniva considerato come il soggetto forte del rapporto obbligatorio.

Una valutazione economica moderna ha, invece, rilevato che bisognosa di protezione giuridica è la figura del creditore, che presta la propria attività e non può ricevere il corrispettivo in denaro in ritardo, e comunque oltre un certo termine. Il ritardo nel pagamento incide sulle ragioni dell'economia, provocando difficoltà nel bilancio complessivo soprattutto nelle medie e piccole imprese¹²⁴.

Nel nostro ordinamento, così, la nuova disciplina del ritardo dei pagamenti è stata localizzata alle transazioni commerciali, ossia ai contratti di qualsiasi tipo intercorrenti tra imprese fra loro, o tra imprese e pubblica amministrazione e non prende in considerazione il contenuto complessivo del contratto, ma soltanto un'obbligazione pecuniaria, e precisamente l'obbligazione di pagamento che costituisce il corrispettivo della consegna di

particolare, l'Autore puntualizza che, nonostante la dichiarata finalità della lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, nell'analisi dei *considerando* (soprattutto dal 7 al 10) della direttiva, si desume che l'obiettivo principale della disciplina comunitaria coincide in realtà con l'intento di ridurre la lunghezza eccessiva dei tempi di pagamento presenti in alcuni Paesi membri (riconducibili all'area mediterranea) la cui prassi imprenditoriale ostacola il buon funzionamento del mercato comune e diverge nettamente dai termini medi di adempimento praticati, di regola, nei Paesi scandinavi, germanici e anglosassoni. Quanto alla *ratio* della disposizione di cui all'articolo 7, comma 3, del decreto legislativo n. 231/2002, l'Autore precisa che la previsione dell'intervento giudiziale potrebbe acquistare la funzione di introdurre una corretta prassi commerciale a metà strada tra le pratiche negoziali correnti, frutto di un generalizzato abuso della libertà contrattuale, e i termini legali, giudicati troppo svantaggiosi per il debitore.

¹²⁴ Per una disamina della questione, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1, 120. Secondo l'Autore, la normativa si dirige soprattutto verso la pubblica amministrazione, tradizionalmente identificata come cattivo pagatore, anche per ragioni burocratiche.

beni o della prestazione di servizi. Il potere di controllo del giudice si esercita, dunque, unicamente sulla determinazione temporale, potendo sostituire all'accordo privato i termini legali di pagamento, oppure quelli che ritiene congrui secondo una valutazione equitativa.

La direttiva 2000/35/CE è stata abrogata con effetto dal 16 marzo 2013, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento nel diritto interno e di applicazione ed è stata sostituita con la direttiva n. 2011/7/UE del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifusione).

Al fine di comprendere la portata innovativa di tale direttiva, soprattutto con riferimento alla tutela dell'imprenditore debole, occorre considerare quanto indicato nei considerando numeri 6, 12 e 28.

In primo luogo, nel considerando numero 6, si fa cenno alla comunicazione della Commissione Europea del 25 giugno 2008 dal titolo *“Una corsia preferenziale per la piccola impresa — Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la piccola impresa (un “Small Business Act” per l'Europa)”*¹²⁵. In tale sede la Commissione ha sottolineato la necessità di

¹²⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 25 giugno 2008 intitolata “Una corsia preferenziale per la piccola impresa”. Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno “Small Business Act” per l'Europa) [COM(2008)394 def.]. Lo “Small Business Act” per l'Europa (SBA) definisce le grandi linee della politica europea a favore delle piccole e medie imprese (PMI), promuove lo spirito imprenditoriale e ancora il principio “Think small first” nell'azione legislativa e politica per rafforzare la competitività delle PMI. Basato su dieci principi e articolato in diverse azioni politiche e legislative, attuative di tali principi, lo SBA è uno strumento che intende dar modo alla Commissione ed agli Stati membri di superare gli ostacoli che frenano il potenziale di sviluppo e di creazione di posti di lavoro delle PMI.

agevolare l'accesso al credito per le piccole e medie imprese¹²⁶ e di creare un contesto giuridico ed economico che favorisca la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali, precisando che, in tale ambito, alle pubbliche amministrazioni spetta una particolare responsabilità.

Successivamente, nel considerando numero 12 viene specificato che *“i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza e/o dalla lentezza delle procedure di recupero”*.

Considerato ciò, la direttiva si propone di divulgare una cultura dei pagamenti rapidi, in cui l'esclusione del diritto di applicare interessi di mora sia sempre considerata una clausola o prassi contrattuale gravemente iniqua, come anche l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero. Solo adoperandosi verso questa direzione e introducendo disposizioni specifiche sui periodi di pagamento e sul risarcimento dei creditori per le spese sostenute è possibile disincentivare i ritardi di pagamento.

Da ultimo, assume un'importanza fondamentale il considerando numero 28 che sancisce il principio secondo il quale *“la presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore”*. L'abuso in questione si configura ogniqualvolta una clausola contrattuale o una prassi

Consulta: http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/business_environment/et0001_it.htm.

¹²⁶ Nel considerando numero 6 viene altresì precisato che i criteri per la definizione di piccole e medie imprese sono contenuti nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese.

relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore. Ne deriva che, conformemente al progetto accademico del *Draft Common Frame of Reference* (cui si è fatto cenno nel primo capitolo e di cui ci si occuperà nella seconda parte del presente lavoro), qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza deve essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l'esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale.

Va precisato, infine, che la direttiva n. 2011/7/UE, seguendo la scia della precedente direttiva, si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano la fornitura di merci o la prestazione di servizi. Lo scopo è dunque quello di lottare contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese e in particolare di quelle piccole e medie. E' evidente quindi che la presente direttiva aggiunge definitivamente una tessera al mosaico della tutela dell'imprenditore debole nel quadro europeo.

L'Italia ha recepito la direttiva in questione con il decreto legislativo n. 192/2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 267 del 15 novembre 2012, che modifica e integra il decreto legislativo n. 231/2002, che, come detto, aveva recepito a sua volta la direttiva 2000/35/CE. Tale decreto è entrato in vigore il 30 novembre 2012 e si applica alle transazioni commerciali concluse a decorrere dall' 1 gennaio 2013.

In particolare, si fa riferimento ai “*contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo*”. Gli esercenti libera professione sono inclusi nella definizione di imprenditore, mentre i contratti con i consumatori sono esclusi dalla sfera di applicazione del decreto.

Conformemente a quanto disposto nella direttiva, le clausole contrattuali che disciplinano termini di pagamento, saggio degli interessi moratori e risarcimento dei costi di recupero, in termini differenti rispetto alla disciplina legale di cui al decreto legislativo n. 192/2012, sono nulle se gravemente inique ai danni del creditore. Il decreto, inoltre, fissa alcuni criteri guida per il giudice che deve valutare se una clausola contrattuale di deroga possa essere considerata gravemente iniqua ai danni del creditore. Ad esempio, rileva, ai fini della valutazione, se la clausola di deroga rappresenta un grave scostamento rispetto alla prassi commerciale¹²⁷ in contrasto con il principio di

¹²⁷ La portata regolatoria della norma prevista dall'articolo 7 del decreto legislativo n. 231/2002, tipica dei mercati regolamentati e tradizionalmente eversiva del tradizionale diritto

buona fede e correttezza, la natura dei beni o servizi oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare alla disciplina legale. Infine, la clausola che esclude l'applicazione degli interessi di mora si considera gravemente iniqua in danno del creditore e, conseguentemente, è nulla, mentre la clausola che esclude il rimborso dei costi di recupero si presume gravemente iniqua in danno del creditore, ma la parte interessata potrà fornire prova contraria.

dei contratti, risulta ancora più chiaramente se si considera che la tipica azione a tutela della concorrenza, finalizzata alla condivisione delle risorse, consiste proprio nell'intervento sul versante del prezzo (come dimostrano le politiche *antitrust* in tema di *essential facilities*). Sul tema delle *essential facilities*, Corte di Giustizia, (Sixth Chamber), 26 novembre 1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. GG c. Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.

2.2.3. La legge sul *franchising*

Nell'ordinamento giuridico italiano la tipizzazione del contratto di *franchising*¹²⁸ – o affiliazione commerciale, come il legislatore preferisce denominarlo – è avvenuta con legge n. 129 del 6 maggio 2004, che ha così dato riconoscimento e disciplina ad una fattispecie già socialmente diffusa¹²⁹

¹²⁸ Per un approfondimento della fattispecie nel periodo antecedente all'entrata in vigore della legge n. 129/2004: A. BALDASSARI, *I contratti di distribuzione*, Padova, 1989; O. CAGNASSO, *La concessione di vendita*, Milano, 1983; G. DE NOVA, *Franchising* (voce), in *Digesto Italiano*, 1991; G. FAUCEGLIA, *Il franchising*, Milano, 1989; A. FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Concorrenza*, Torino, 1987; R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979; G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Bologna, 1988; P. ZANELLI, *Il Franchising*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, 11, Torino, 1984.

¹²⁹ In tutte le definizioni di *franchising*, enucleate dalla dottrina anglosassone, ricorrono cinque caratteristiche di base:

- *a branding in one form or another;*
- *a business system;*
- *a licence to use the branding and system;*
- *the payment of some form of direct or indirect consideration by the franchisee to the franchisor;*
- *the investment in, and ownership of, the assets of the franchised business by the franchisee.*

La definizione più completa del contratto di *franchising* è consultabile sul sito www.fedusa.com: “*Franchising is a method of doing business. It is a method of marketing a product and/or service which has been adopted and used in a wide variety of industries and businesses. The word "franchise" literally means to be free. In this sense, franchising offers people the freedom to own, manage and direct their own business. However, as with any freedom, there are responsibilities. In franchising, these responsibilities have to do with the franchisee's commitments and obligations usually spelled out in a franchise agreement or contract to the franchiser. The franchiser is the one who owns the right to the name or trademark of the business. The franchisee is the one who purchases the right to use the trademark and system of business. There are two different types of franchise arrangements: product distribution arrangements in which the dealer is to some degree, but not entirely, identified with the manufacturer/supplier; and business format franchises in which there is complete identification of the dealer with the buyer.*

Business format franchises offer the franchisee not only a trademark and logo but a complete system of doing business. Indeed, the word "system" is the key concept to franchising. A franchisee receives assistance with the selection of the business, personnel training, business set-up, advertising, and product supply. For these services the franchisee pays an up-front franchise fee and on-going royalty which enables the franchiser to provide training, research and development and support for the entire business. It is a nutshell, the franchisee purchases someone else's expertise, experience and method of doing business”.

e ritenuta dalla giurisprudenza¹³⁰ idonea a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico¹³¹.

¹³⁰ Nella giurisprudenza di merito si segnala la sentenza del Tribunale di Milano, del 28.2.2002, Borrelli c. Soc. W.D.C., in *Giurisprudenza milanese*, 2002, 273, nella cui massima si legge: “Il contratto di franchising, ormai affermatosi nella prassi negoziale, risulta meritevole di tutela giacché le reciproche prestazioni di servizi permettono all'affiliante di aumentare le proprie capacità di penetrazione sul mercato e, in pari modo, permettono all'affiliato di giovare della posizione di affidabilità e di prestigio acquisita dall'affiliante e di inserirsi quindi nel mercato sfruttando la conoscenza da parte dei consumatori del nome dell'impresa primaria e mantenendo una facciata di imprenditorialità. Di regola, gli obblighi del "franchisor" sono individuati nell'impegno di aggiornare ed esplicitare il c.d. "know how" al "franchisee" per permettergli di mettere a disposizione degli utenti i servizi realizzati secondo le istruzioni trasmesse dal "franchisor". In tale contesto contrattuale, ove ciascuna parte agisce con i propri rischi imprenditoriali, il funzionamento del servizio offerto all'affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l'affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall'affiliante”. Nella giurisprudenza di legittimità si segnala, invece, la sentenza n. 8376, del 20.6.2000, emessa dalla I sezione della Corte di Cassazione, in *Giustizia civile*, 2001, I, 1327, secondo la quale: “Il contratto di *franchising* o di affiliazione commerciale tra due società costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'articolo 1322 del codice civile e ancor prima dall'articolo 41 della Costituzione, il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione e comunque la collaborazione di imprese”.

¹³¹ Secondo l'articolo 1, comma 1, della legge n. 129/2004, “l'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi”. Per comprendere l'ambito applicativo della normativa in discorso, occorre focalizzare l'attenzione sugli avverbi “economicamente e giuridicamente”, riferiti all'aggettivo indipendenti, proprio di due soggetti giuridici. Tale locuzione implica che la disciplina sul *franchising* non si applica quando l'impresa è priva dell'autonomia decisionale e organizzativa, quindi essenzialmente nel caso dei gruppi di società. Quando tale autonomia decisionale è assente, infatti, la tutela non si affida alle norme che postulano l'invalidità e il potere correttivo del giudice sul singolo contratto, quanto piuttosto è la disciplina del gruppo di imprese che assurge a stregua del pregiudizio derivante dalla violazione dei principi di corretta gestione societarie e imprenditoriale. Seguendo tale ragionamento, del resto, ne deriva che tutta la disciplina dei contratti di imprese non trova applicazione nei confronti dei gruppi di società, sia derivanti da partecipazione azionaria, sia nei casi in cui il controllo sorge da un vincolo contrattuale (di cui agli articoli 2359, comma 1, n. 3 e 2497^{septies} del codice civile). Pertanto, nell'ambito dei gruppi di società, non trova applicazione né l'istituto del divieto di abuso di dipendenza economica, né la normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, essendovi dei correttivi creati dal legislatore *ad hoc* per tali situazioni. Nel primo caso, infatti, la società capogruppo può legittimamente dirigere e coordinare la società controllata, con l'effetto anche di determinare uno squilibrio nei diritti e negli obblighi derivanti dai contratti conclusi tra le parti. Nel secondo caso, invece, la tutela, a fronte dello squilibrio economico del contratto, può fare appello alle norme che disciplinano, da un lato, gli interessi degli amministratori e le operazioni con parti correlate (articoli 2391 e 2391^{bis} del codice civile) e, dall'altro, l'illecito da direzione e coordinamento (articolo 2497 del codice civile). La tutela, dunque, non si

Il fenomeno del *franchising* ha avuto progressivamente un inesorabile sviluppo che è andato di pari passo con il mutare delle modalità di consumo e dei comportamenti dei consumatori. Esso ha costituito uno degli strumenti strategici con cui le grandi imprese hanno modificato la loro organizzazione produttiva, perseguendo una redditizia politica di “globalizzazione delle formule commerciali”, connotata dal contestuale avviamento di processi di decentramento produttivo su scala internazionale, nonché dalla tendenza alla standardizzazione dei rapporti contrattuali e all’omologazione mondiale dei beni, dei servizi e delle relative modalità di offerta. In particolare, il *franchising*, nell’ambito dei contratti che regolano la distribuzione dei prodotti, si è dimostrato essere la figura che meglio di altre ha interpretato l’esigenza di creare un rapporto diretto tra produttore e dettaglianti tale da restringere sino alla scomparsa gli spazi entro i quali può manifestarsi l’autonomia di questi ultimi, con conseguente venir meno di quella catena di intermediazioni, che ha a lungo connotato il percorso dei beni dal produttore al consumatore finale¹³².

rivolge alla parte del contratto né si avvale di tecniche invalidatorie del vincolo contrattuale, quanto piuttosto si attua attraverso le azioni risarcitorie proponibili da coloro che sono stati effettivamente pregiudicati (creditori sociali e soci di minoranza).

¹³² Sul punto, V. FARINA, *Il franchising: profili rimediali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2011, 433. Al riguardo, l’Autore ha evidenziato che il fenomeno del *franchising* ha assunto proporzioni tali che taluno lo ha qualificato come una vera e propria “*rivoluzione commerciale*”, nell’ambito della quale si è registrato, a fronte di una preoccupante contrazione della concorrenza, soprattutto nel settore della distribuzione, un significativo incremento della partecipazione al rischio di mercato degli affiliati o licenziatari, i cui destini economici risultano, molto più che in passato, legati alle scelte strategiche della grande impresa, su cui non possono esercitare alcuna attività di controllo. Tale rischio, ovviamente, ha un’incidenza ben maggiore in tutte quelle ipotesi, invero molto frequenti, in cui il rapporto di *franchising* si fonda su prodotti mono marca, il che comporta l’insorgere di serie difficoltà di riconversione agli affiliati che intendano abbandonare l’affiliante per procedere ad una nuova iniziativa commerciale, disinvestendo investimenti necessariamente idiosincratici. Invero, prosegue

All'interno del presente lavoro non può trovare spazio una compiuta analisi strutturale e funzionale dell'istituto, in quanto ciò che preme evidenziare è la collocazione del contratto di *franchising* nel panorama del nuovo diritto dei contratti. Si tratta, infatti, di esplicitare le motivazioni che hanno indotto la dottrina a indicare il *franchising* tra i referenti normativi della teorica del terzo contratto.

In primo luogo, dunque, occorre rilevare che il contratto di franchising è stato concepito dal legislatore come un contratto tra due parti, il *franchisor* (o affiliante) e il *franchisee* (o affiliato), che l'articolo 1, comma 1, della legge sull'affiliazione commerciale, definisce “soggetti giuridici”¹³³.

La funzione del contratto di franchising consiste nel costituire una particolare forma di aggregazione imprenditoriale dove essenziale è la dimensione di rete, la formalità delle relazioni, un certo assetto dei rapporti tra le imprese

l'Autore, le imprese affiliate, a fronte di significativi vantaggi economici e risparmi di spesa posti a carico o comunque a rischio dell'impresa affiliante, si assumono una serie di significativi svantaggi e si fanno carico di rischi la cui previsione e governo prescinde dalla loro volontà, capacità e diligenza. Tra di essi si apprezzano in particolare: significativa rigidità gestionale, collegata proprio all'accesso in rete e derivante dall'obbligo di seguire le scelte organizzative e di marketing dell'affiliante; sopravvenienze passive di apprezzabile importo (imprevedibili o meramente impreviste nel contratto) talvolta idonee non solo a privare di redditività l'investimento o a far sì che sia comunque inferiore alle aspettative ingenerate, ma anche ad azzerarlo del tutto rendendo meramente oneroso ed in perdita il prosieguo dell'attività dell'affiliato.

¹³³ In dottrina ci si domanda se con il termine “soggetti giuridici” si siano voluti intendere gli imprenditori o anche i consumatori, con l'ulteriore questione da porsi circa la qualificazione giuridica del *franchising* come contratto tra imprese. Tale questione, tuttavia, appare priva di rilievo tanto ai fini dell'applicazione della disciplina sul *franchising*, poiché la legge n. 129/2004 non include tra i requisiti soggettivi di qualificazione della fattispecie la natura imprenditoriale dei contraenti, quanto ai fini dell'eventuale applicazione della legislazione in materia di contratti tra imprese con asimmetria di potere contrattuale. Per quanto concerne quest'ultimo profilo, infatti, va rilevato che l'applicazione di tale disciplina presuppone non già l'astratta e preventiva qualificazione del contratto come “contratto tra imprese”, eventualmente in ragione della natura imprenditoriale delle parti al momento della sua conclusione, bensì l'esistenza di un rapporto tra imprenditori, o commerciale, allorchè uno di essi invoca la tutela da questi predisposta. Sul punto, v. A. FICI, *Il contratto di franchising*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.

aderenti alla rete e una determinata distribuzione del potere all'interno della rete, con il conseguente inserimento di tale contratto all'interno della categoria dei contratti di distribuzione¹³⁴.

Il legislatore ha mostrato di voler risolvere alcune criticità che la prassi del *franchising* ha sollevato in ordine alla posizione degli affiliati o aspiranti tali, tra cui la mancanza di informazioni necessarie per la valutazione preventiva della bontà della formula commerciale e dunque dell'utilità dell'affiliazione; il rischio di subire comportamenti opportunistici dell'affiliante e così perdere gli investimenti specifici effettuati ai fini dell'esecuzione del contratto; il timore della cessazione del rapporto in un momento anteriore al completo ammortamento di questi investimenti¹³⁵.

¹³⁴ Tuttavia, una parte della dottrina, inserisce all'interno della categoria dei contratti di distribuzione solo i contratti di franchising di distribuzione e non anche i contratti di franchising di produzione e di servizi. Questi ultimi, infatti, consistono in operazioni di franchising nell'ambito delle quali non ha luogo una vicenda circolatoria di un bene dal *franchisor* al *franchisee* e, dunque, non attuano una funzione distributiva in senso stretto. Sul punto, F. DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, in V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005. Cfr. anche A. FICI, *La qualificazione del contratto di franchising*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2009, 75.

¹³⁵ Al riguardo occorre puntualizzare quale fosse la normativa europea di riferimento nel periodo antecedente all'entrata in vigore della legge n. 129/2004. La normativa comunitaria sul contratto di *franchising* era rappresentata dal Regolamento (non reiterato) n. 4087/88/CE, del 30 novembre 1988, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi di *franchising*. Si trattava di una normativa a favore del mercato. Nello specifico, si precisava che gli accordi di *franchising* possono ricadere nel divieto dal paragrafo 1 dell'articolo 85 TCE (ora articolo 101 del TFUE) qualora influiscano sul commercio intracomunitario in quanto stipulati tra imprese di differenti Stati membri oppure costituiscono la base di una rete che si estende al di là dei confini di un singolo Stato membro; che detti accordi migliorano la distribuzione di merci e/o la prestazione di servizi in quanto danno ai concedenti la possibilità di porre in essere una rete uniforme avente investimenti modesti, fenomeno che può favorire l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti, specie piccole e medie imprese, accrescendo così la concorrenza fra marchi e che grazie a tali accordi i consumatori e altri utilizzatori finali fruiscono altresì di una congrua parte dei risultati per effetto del duplice vantaggio rappresentato da una rete uniforme e dalla presenza di operatori commerciali personalmente interessati all'efficiente funzionamento della loro impresa. La normativa in parola aveva, pertanto, esclusivo valore ai fini dell'esenzione, di cui al paragrafo 3 dell'articolo 101 del TFUE, degli accordi che potevano rientrare nel divieto del paragrafo 1 dell'articolo 101 del TFUE e non costituiva una base normativa di riferimento per il diritto positivo dei

In quest'ottica è facile comprendere che la legislazione sul *franchising* si inserisce nell'alveo del dibattito sulla giustizia contrattuale, così come tratteggiato nei paragrafi precedenti, con particolare riferimento alla tutela apprestata all'imprenditore c.d. debole¹³⁶.

contratti impresa. Il regolamento n. 4087, quindi, riguardava accordi di *franchising* stipulati fra due imprese, l'affiliante e l'affiliata, per la vendita al dettaglio di merci o per la prestazione di servizi agli utilizzatori finali, o per entrambe le attività, come nel caso della lavorazione o dell'adattamento di merci per soddisfare richieste specifiche dei loro clienti. Alla base del regolamento vi era l'esigenza di utilizzare l'esperienza acquisita dalla Commissione europea nel settore, esperienza che consentiva di esentare accordi che, pur ricadendo sotto il disposto dell'articolo 101 del TFUE, paragrafo 1, in linea di massima potevano essere considerati conformi alle condizioni stabilite dal paragrafo 3. Ne consegue che tale Regolamento era, come quelli del settore automobilistico, di esenzione per categoria e le norme di equilibrio contrattuale che ivi si ritrovavano servivano al legislatore comunitario per rafforzare la posizione del *franchisee* nel mercato. Quando ivi si parlava di durata minima del contratto per ammortizzare gli investimenti si riequilibrava il contratto in funzione di un'esigenza della concorrenza; non si riequilibrava il contratto per rafforzare un'impresa debole, anche se era una piccola o media impresa (PMI). Il Regolamento, dunque, non tutelava una debolezza strutturale del *franchisee*, ma una debolezza competitiva. In conclusione, in ambito comunitario si ha ben presente, allorché si parla di concorrenza, che un distributore è generalmente un imprenditore debole e poco indipendente, ma la tematica coinvolge il mercato e tutti i suoi protagonisti.

Per un approfondimento in ordine agli aspetti concorrenziali del franchising, G. SIMONINI, *Il contratto di concessione di vendita nel settore automobilistico: profili evolutivi della nostra giurisprudenza*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 6, 1216. In letteratura americana, seppur risalente, sul medesimo argomento e con una prospettiva di analisi economica del diritto, si segnala: R. L. SMITH II, *Franchise regulation: an economic analysis of state restrictions in automobile distribution*, in *Journal of Law and Economics*, vol. XXV, 1982, 125.

¹³⁶ Anche nella letteratura inglese ci si domanda se possa avere una qualche rilevanza la dottrina dell'*inequality of bargaining power*, in ordine al contratto di *franchising*. Al riguardo M. MENDELSON, *Franchising Law*, Richmond Law & Tax Ltd, 2nd ed., 2004, sostiene: "There is a particular scope for undue influence/unconscionable bargain arguments where one party is in reality the franchisee and the other is a mere sleeping partner to the knowledge of the franchisor, or where a party has provided a guarantee and is not a part owner of the franchisee or where there is reason to believe that there may have been undue influence practised by some third party on the franchisee or guarantor. There may even be scope for the contention that the undue influence has been exercised by the franchisor, e.g. where there are features of a pre-existing relationship which might be relevant to illegitimate pressure. Further, there is no end to ingenuity of argument and sometimes fanciful recollections which exist in the course of a conflict when a relationship has broken down. Franchisors would be well advised to require that any agreement or substantial variation of a franchise agreement contains the statement of a solicitor representing a franchisee who has consented to the same. The presence of independent advice usually relieves the donee or the party enjoying the favourable bargain from the charge of having acted unconscionably or by undue influence", 63.

Sussistono, infatti, analogie tra la disciplina dell'abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura e la legislazione in tema di affiliazione commerciale: la debolezza del *franchisee* (o affiliato) che ne giustifica la particolare tutela è anche qui presunta dal legislatore, e si fonda sul dato di esperienza secondo cui, poiché la rete di *franchising* è costituita e governata dal *franchisor* (o affiliante), da un lato il *franchisee* normalmente non dispone delle medesime informazioni del *franchisor* sulla formula commerciale e il sistema di affiliati, e dunque, si presume essere in una condizione di asimmetria informativa rispetto al *franchisor*; dall'altro, l'ingresso nella rete normalmente richiede al *franchisee* di affrontare investimenti specifici che lo rendono esposto al rischio di successivi abusi da parte del *franchisor*.

Il legislatore italiano, dunque, ha approntato una normativa che risente del pullulare di contrapposte esigenze: da un lato, la necessità di dare un contenuto agli obblighi contrattuali, dall'altro l'esigenza di non minare l'agilità e la duttilità che hanno costituito la forza con la quale il *franchising* ha avuto modo di trovare affermazione sempre più crescente sul mercato¹³⁷. Il legislatore ha così optato per una minuziosa ed ampia regolamentazione del profilo della formazione del contratto, in aderenza al principio della trasparenza e del dovere di informazione.

Ne consegue che la normativa sul *franchising* appronta tutela alla parte debole, costellando tutta la disciplina di obblighi informativi, o comunque

¹³⁷ Sulla flessibilità ed adattabilità del contratto di *franchising* a qualunque settore merceologico, cfr. anche L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto della distribuzione commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

riconducibili ad una funzione informativa, come la consegna anticipata di copia del contratto, a carico soprattutto del *franchisor*. Appare evidente che tale disciplina, diretta e limitata alla rimozione delle asimmetrie informative, risulta particolarmente indicata per regolare contratti specifici, tra contraenti sofisticati, ed aventi una particolare rilevanza economica, non già contratti di massa, di scarso valore economico, in cui una parte è irrimediabilmente estranea alla pratica commerciale, come i contratti dei consumatori. Si pensi, ad esempio, agli articoli 3 e 4 della legge sull'affiliazione commerciale, ove non si dispone solo che il contratto “deve essere redatto per iscritto a pena di nullità” (articolo 3, primo comma), ma si indica altresì analiticamente il contenuto minimo necessario della pattuizione (articolo 3, comma 4, lett. a-g), così da introdurre, mediante la forma vincolata, una serie di obblighi informativi che in quel supporto devono trovare spazio. Ad esempio suole riferirsi all'obbligo per l'affiliante di consegnare, ancor prima della stipula del contratto, all'aspirante affiliato una serie di allegati contenenti informazioni preziose, non solo di natura economica, sull'impresa principale e sulla sua rete di distribuzione (articolo 4)¹³⁸.

¹³⁸ L'articolo 4 e, in generale, il procedimento di formazione del contratto di *franchising* hanno ricevuto molteplici interpretazioni sulla loro portata. Appare convincente l'opzione ermeneutica fornita da G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'articolo 4 della legge 129/2004*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, 769. Secondo l'Autore, infatti, quel che il legislatore vuole è che, una volta che le parti abbiano concluso le trattative – che possono anche essere durate a lungo e nel corso delle quali comunque è da sopporre vi sia stato, in tempi e con modalità di vario genere, uno scambio (più o meno completo) di informazioni rilevanti (senza di che le trattative non sarebbero potute andare avanti e, soprattutto, non si sarebbero potute chiudere positivamente) – l'affiliante debba trasmettere all'altra parte tutta la documentazione inerente al contratto da sottoscrivere (e, in primo luogo, il testo che riproduce i termini dell'accordo raggiunto dalle parti nel corso e all'esito delle trattative). Il legislatore ha dunque ritenuto che tra la conclusione delle trattative

In funzione dei citati principi di trasparenza, garanzia ed eguaglianza sostanziale dei contraenti, inoltre, si rappresenta la condizione che per poter costituire una rete di affiliazione commerciale occorre che l'affiliante abbia sperimentato sul mercato la cosiddetta formula commerciale (o piano di mercato); il legislatore pone, in altre parole, a carico dell'affiliante l'obbligo di sperimentare con successo la propria formula, sebbene nulla sia stabilito a proposito della durata minima di tale periodo di sperimentazione.

Sull'affiliato incombono invece essenzialmente due obbligazioni durante e dopo la cessazione del rapporto (articolo 5 della legge n. 129/2004): per un verso, in ossequio alla prassi contrattuale, l'obbligo di non trasferire la sede, se non previo consenso dell'affiliante; per altro verso, l'obbligo di riservatezza in ordine a tutta l'attività oggetto del contratto. In relazione alle

e la sottoscrizione del contratto di franchising possa collocarsi un periodo di tempo (che ha sostanzialmente i caratteri di un *délai de réflexion*), nel corso del quale l'aspirante *franchisee* – ricevuta dal *franchisor* in via definitiva, completa e formale la documentazione inerente al contratto che deve essere stipulato – sia posto in condizione di ricontrollare e di verificare nuovamente, attraverso un riscontro documentale organico e completo, gli elementi e i termini su cui è maturato l'accordo con il *franchisor*. L'Autore conclude il suo contributo interrogandosi su quali siano le conseguenze della eventuale inosservanza del procedimento di formazione contrattuale delineato dall'articolo 4 della legge sul *franchising*. In primo luogo, ci si domanda cosa succede se il contratto viene stipulato prima che siano trascorsi i trenta giorni dalla trasmissione della documentazione al *franchisee*. Al riguardo, escludendo qualsiasi soluzione argomentata in termini di nullità del contratto, si è ritenuto che un possibile rimedio al mancato rispetto del termine di trenta giorni, per alcuni, sia quello di riconoscere al *franchisee* un diritto di recesso dal contratto, esercitabile entro un periodo di tempo che, sommato a quello intercorso tra l'invio della documentazione e la stipula del contratto, integri i trenta giorni previsti dalla legge; per altri, l'efficacia del contratto sottoscritto prima che sia decorso il termine previsto dalla legge debba considerarsi sospesa sino al completamento del periodo di trenta giorni indicato dall'articolo 4. In quest'ultimo caso, dunque, si ipotizza che solo se entro tale arco temporale il franchisee non avrà sollevato obiezioni il contratto potrà avere effetto. In secondo luogo, ci si chiede cosa succede se viene sottoscritto, rispettando la scadenza dei trenta giorni dalla consegna, un contratto al quale siano state apportate modifiche e/o integrazioni rispetto al testo originariamente trasmesso al *franchisee*. Secondo l'Autore, in occasione di tale ipotesi, deve ritenersi necessario, soprattutto ove si tratti di modifiche sostanziali, che il *franchisor* trasmetta nuovamente il testo del contratto (modificato) da sottoscrivere, con la necessità che da quel momento si attenda il decorrere di un nuovo termine di trenta giorni prima di procedere alla formale sottoscrizione dell'atto.

notizie riservate apprese nel corso delle trattative, di là dalla circostanza che le stesse rientrino tra le ipotesi per le quali la legge prescrive l'obbligo del segreto, entrambe le parti sono peraltro tenute ad osservare un dovere di segretezza, espressione della clausola di buona fede, così come tratteggiata nel capitolo precedente.

Quanto alla patologia del contratto di *franchising*, va rilevato che le soluzioni rimediali, correttive o invalidanti che siano, devono tenere in considerazione l'angolo prospettico della rilevanza e dell'incidenza dell'abuso, posto in essere da parte di uno dei contraenti, che, nel caso del *franchising*, si concentra non solo sul singolo contratto, ma piuttosto sulla contrattazione, intesa come produzione seriale di modelli contrattuali. Occorre, dunque, concentrare l'attenzione sulla complessiva operazione economica sottostante e sull'attività posta in essere da entrambe le parti¹³⁹.

Con riferimento al tema della rinegoziazione del contratto¹⁴⁰, invece, si sottolinea che esso è inscindibilmente collegato all'intervento riequilibratore

¹³⁹ Al riguardo, P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione dl contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto* a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, sostiene che i rimedi sono funzione del giudizio sull'efficienza regolativa della legislazione sulla contrattazione: si scelgono soltanto se funzionano, non se suonano bene nelle categorie contrattuali ricevute dalla tradizione. Precisa altresì che essi hanno legittimazione regolativa e non dogmatica e così il danno da contrattazione è risarcito dall'invalidità, dalle restituzioni, dalle tutele specifiche e per equivalente. Secondo l'Autore, dunque, nessuna tecnica è esclusiva e nessuna è pregiudiziale in quanto tutte vanno considerate per la capacità in concreto di riparare il danno.

¹⁴⁰ Sul punto, con particolare riferimento ai contratti tra imprenditori e ai contratti dei consumatori, D. VALENTINO, *Il contratto "incompleto"*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2008, 509. In proposito, si sostiene che, prima dell'unificazione dei codici, nel tentativo di individuare le peculiarità del sistema di diritto commerciale, è stata evidenziata la presenza nei contratti di una necessità, quasi fisiologica, di non predeterminare il prezzo al momento dell'accordo, ma di affidarsi a meccanismi esterni che consentissero alle parti di utilizzare il regolamento anche in presenza di elementi da loro non controllabili, ma che influenzano, imprescindibilmente, il contenuto dello scambio economico. A questa esigenza di flessibilità

del giudice in tutte quelle ipotesi in cui le prestazioni, alle quali sia tenuta una delle parti, siano divenute inadeguate nel corso del rapporto per il maturare di sopravvenienze non previste o non sufficientemente regolamentate in sede di conclusione del contratto, come avviene spesso per il contratto di *franchising*. La legislazione al riguardo appare lacunosa, fatta eccezione per la previsione della durata minima del contratto di *franchising* che deve essere, in base all'articolo 3, terzo comma, della legge n. 129/2004, sufficiente ad ammortizzare l'investimento e, comunque, non inferiore a tre anni. Tuttavia, va sottolineata anche l'operatività di una specifica disposizione normativa dettata in tema di abuso di dipendenza economica, suscettibile di applicazione generale, ossia l'articolo 9 delle legge sulla subfornitura, con particolare riguardo all'obbligo di non interrompere arbitrariamente le relazioni commerciali. Per il *franchising*, infatti, giova ricordare l'articolo 3 della legge, con il quale si prevede il conseguente divieto di abuso del diritto di

dei contratti commerciali, già allora, si è contrapposto il diritto civile, ove il carattere fisionomico era la stabilità (o l'impossibilità di mutare l') dell'originaria determinazione. In altri termini, oggi si distingue tra contratti *B2b* e contratti *B2c*: in questi ultimi, la predeterminazione e la stabilità del contenuto contrattuale sono frutto di una scelta legislativa che utilizza gli obblighi di contenuto e di forma come strumenti di tutela del consumatore. L'originaria determinazione del contenuto contrattuale diviene esigenza diffusa anche nel trasferimento della proprietà dei beni immobili per rispetto dei requisiti formali previsti e per il ruolo professionale coinvolto. Diversamente, la mutevolezza del mercato e la contestuale incidenza di sopravvenienze esterne, prevalentemente nei contratti che si protraggono nel tempo (siano essi di durata oppure no), sarebbero connessi alla natura del rapporto *B2b*. Ne consegue che, l'esigenza di stabilizzare i rapporti che si protraggono nel tempo, siano essi relativi all'acquisizione di beni o di servizi, attraverso la tecnica della non rigidità dell'accordo su uno o più elementi contrattuali, sembra, però, incidere in modo trasversale e può apparire arbitrario relegare i contratti *B2c* al solo soddisfacimento di interessi mirati all'acquisizione di beni e non di servizi che, all'inverso, sembrano destinati a caratterizzare, sempre più significativamente, i bisogni delle parti non qualificabili come imprese. In una prospettiva ancor più ampia, inoltre, si tende a trasferire la tutela, oggi delineata per i soli consumatori, anche ad attività professionali e ai rapporti *B2b* per realizzare il riequilibrio delle posizioni contrattuali, prescindendo dalla qualificazione soggettiva dei contraenti.

recesso. Orbene, secondo un'interpretazione, proprio la lettura combinata di tali disposizioni fornisce un ulteriore argomento per l'integrazione di un obbligo di rinegoziazione, se ed in quanto il medesimo si configuri come rimedio autenticamente correttivo dell'abuso di autonomia negoziale. Difatti, proprio il divieto d'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, in uno con il divieto di abuso del diritto di recesso, costituiscono una solida piattaforma, su cui edificare un progetto di manutenzione del contratto di *franchising* a seguito di imprevedibili ed impreviste conseguenze. Del resto, si rileva, risulterebbe paradossale che il legislatore si occupi da un lato di garantire proprio con la disposizione citata un minimo di stabilità del rapporto, mentre d'altro lato non si preoccupi di assicurare alla parte più debole del rapporto la conservazione del contratto a condizioni eque¹⁴¹.

¹⁴¹ Così, V. FARINA, *Il Franchising: profili rimediali e rinegoziazione del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2011, 453.

2.3. La posizione della dottrina: esiste il “terzo contratto”?

Si è detto che i referenti normativi su cui una parte della dottrina ha enucleato la figura del “terzo contratto” sono solo tre e precisamente: la legge n. 192/1998 sulla subfornitura, il decreto legislativo n. 231/2002 sui ritardi di pagamento e la legge n. 129/2004 sull'affiliazione commerciale. Tale corpo normativo appare chiaramente modesto se raffrontato a quello confezionato per i contratti dei consumatori. Si è anche evidenziato che l'elemento comune di questi tre interventi normativi risiede nella compressione dell'autonomia privata nei rapporti tra imprenditori, nei quali una parte soccombe di fronte al potere contrattuale dell'altra.

Si è avuto modo di individuare delle linee di tendenza comuni, quali l'imposizione di oneri di forma e contenuto minimo, la previsione di disposizioni finalizzate a predeterminare il contenuto del contratto, le sanzioni ipotizzate con riferimento a talune clausole e l'introduzione di forme di controllo dell'equilibrio contrattuale. Si tratta senza alcun dubbio di principi generali del nostro ordinamento, che di conseguenza non limitano il proprio ambito di operatività all'interno delle singole fattispecie. Il problema, semmai, è stato di verificare l'applicabilità di tale *corpus* normativo anche a fattispecie non segnalate dal legislatore e rintracciare, ove possibile, gli eventuali strumenti utilizzabili ai fini di questa applicabilità.

Orbene, dall'analisi della normativa sulla quale si argomenta l'esistenza del “terzo contratto” emerge che la categoria non è al momento in grado di

individuare un autonomo statuto normativo dell'imprenditore debole¹⁴², al pari di quello che avviene per il consumatore, poiché i referenti normativi, descritti nei paragrafi precedenti, considerano solo particolari aspetti che intercorrono nei rapporti tra imprese. Viene così a mancare una situazione di debolezza dell'impresa quale presupposto generale a cui ricollegare un trattamento normativo diverso da quello del diritto comune, come al contrario avviene, appunto, nella contrattazione con i consumatori.

Occorre allora domandarsi se è possibile individuare altri referenti normativi al fine di ampliare lo statuto normativo dell'imprenditore debole.

Per queste riflessioni si offre spazio nel capitolo seguente.

¹⁴² Sul punto, E. MINERVINI, Il "terzo contratto", in *I contratti*, 2009, 5, 493 ss., secondo cui "il terzo contratto è piuttosto un concetto capace di catturare i problemi, o meglio di perimetrare un'area di problemi, di formulare una o più domande, piuttosto che di dare ad esse adeguate risposte", aggiungendo che "il terzo contratto rappresenta una risposta ambigua ad una domanda intrigante, una risposta che soddisfa magari esigenze di razionalizzazione didascalica e didattica, ma non è in grado di indirizzare il processo ermeneutico ed applicativo, e non rappresenta, quindi, un nuovo strumento euristico a disposizione dell'interprete".

CAPITOLO TERZO

I NUOVI POSSIBILI REFERENTI NORMATIVI

SOMMARIO: 3.1. Nuove tendenze normative - 3.2. La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari - 3.2.1. La speciale disciplina dei termini di pagamento - 3.2.2. L'articolo 62, comma 2: abuso di posizione dominante o abuso di dipendenza economica? - 3.2.3. Un modello di *public and private enforcement*

3.1. Nuove tendenze normative

Le più recenti tendenze normative sembrano muoversi nel senso di un definitivo riconoscimento delle imprese cosiddette “deboli” e della loro conseguente tutela sul piano giuridico. Si addivene, così, ad una diffusa prospettiva di regolazione e controllo delle attività e delle relazioni tra imprenditori, muovendo dal presupposto dell'inadeguatezza dell'approccio tradizionale basato su “*privity of contract*”¹⁴³, al quale si sostituisce un modello di penetrante conformazione e di valutazione delle scelte, per coerenza a parametri vincolanti assunti come capisaldi fondanti del mercato.

¹⁴³ Nel manuale *Chitty on Contracts* viene fornita una definizione del principio “*privity of contract*” nei termini seguenti: “*the common law doctrine of privity of contract means that a contract cannot (as a general rule) confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it*”. Per un approfondimento AA. VV., *Chitty on Contracts*, Sweet&Maxwell, 31st ed., 2014.

Le nuove disposizioni si collocano nell'affollato panorama di precedenti interventi del legislatore nazionale ed europeo, più volte sollecitato a regolare e conformare le relazioni commerciali, soprattutto in tema di forniture e servizi e di rapporti con la distribuzione organizzata, come si è avuto modo di apprezzare nei capitoli precedenti.

Quanto alle nuove tendenze normative, dunque, si pensi, per un verso, alla disposizione prevista dall'articolo 10 comma 2 della legge n. 280 dell'11 novembre 2011, rubricata "Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese". Detto articolo aggiunge al comma 3-*bis* dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura, l'inciso secondo il quale "in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica".

La nuova normativa, oggetto di analisi già nel capitolo precedente, sembra così innestare un processo di oggettivazione della figura dell'abuso sia pure confinato al settore dei ritardi di pagamento, dovendosi la situazione di debolezza economica dell'impresa presumersi nei confronti di un'altra tutte le volte in cui la prima resti esposta a sistematici ritardi nella ricezione dei pagamenti delle forniture effettuate.

Per altro verso, si fa riferimento alle disposizioni contenute nel decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito nella legge n. 27 del 24 marzo 2012

(cosiddetto decreto liberalizzazioni, concernente “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”)¹⁴⁴.

Al riguardo, preme segnalare l’articolo 17 del decreto legge citato, il quale disciplina i rapporti fra gestori di impianti di distribuzione carburanti e grandi imprese titolari degli impianti o fornitrici del prodotto, al fine di incrementare la concorrenzialità e l’efficienza del mercato, anche attraverso una diversificazione nelle relazioni contrattuali. A tal fine, si prevede che “in aggiunta agli attuali contratti di comodato e fornitura ovvero di somministrazione possono essere adottate (...) differenti tipologie contrattuali per l’affidamento e l’approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti (...) previa definizione negoziale di ciascuna tipologia mediante accordi sottoscritti tra organizzazioni di rappresentanza dei titolari di autorizzazione o concessione e dei gestori maggiormente rappresentative”, depositati presso il Ministero dello Sviluppo Economico.

In particolare, il comma 3 del medesimo articolo dispone che “i comportamenti posti in essere dai titolari degli impianti ovvero dai fornitori allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192”.

¹⁴⁴ V. E. CAPOBIANCO, *L’abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 619 ss..

Appare evidente che tale normativa riflette quella tendenza a qualificare il divieto di abuso di dipendenza economica come espressivo di una norma attuativa di principi generali e, come tale, suscettibile di applicazione analogica, ove si ravvisi uno squilibrio di potere negoziale tra le imprese, senza dunque necessità di prova dei più rigorosi requisiti della fattispecie, sanciti dall'articolo 9 della legge sulla subfornitura, la quale ha ricevuto un'ampia disamina sempre nel capitolo precedente.

Infine, merita un approfondimento la disciplina della tutela dell'impresa cosiddetta debole che oggi si estende anche al settore dei rapporti contrattuali aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari, ad opera dell'articolo 62 del medesimo decreto legge, convertito nella legge n. 27 del 24 marzo 2012¹⁴⁵. Secondo tale disposizione “i contratti che hanno ad oggetto

¹⁴⁵ L'oggetto della disciplina introdotta dall'articolo 62 è riferito nella rubrica dell'articolo alla “cessione di prodotti agricoli e agroalimentari”, mentre il primo comma detta disposizioni in materia di “cessione di prodotti agricoli e alimentari”. Sulla ratio di tale differenza, cfr. le riflessioni di F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, 1 ss. Secondo l'Autore la differenza terminologica non è di poco conto e non esprime soltanto una disattenzione dei redattori del decreto legge e dei parlamentari che hanno approvato la conversione in legge, ma investe la stessa perimetrazione dell'area oggetto dell'intervento disciplinare, atteso che – sotto il profilo giuridico – le espressioni “prodotti agroalimentari” e “prodotti alimentari” non hanno identico contenuto e dunque non identificano i medesimi prodotti, ma categorie di prodotti distintamente caratterizzati e disciplinati. Giova in proposito ricordare che, ai sensi dell'articolo 33 del d.lgs. n. 30 luglio 1999, n. 300, sull'organizzazione del Governo, testo vigente, il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, non ha in ipotesi competenza generale in materia di commercializzazione di prodotti alimentari tout court, ma ha competenza specifica in materia di “trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli e agroalimentari come definiti nel paragrafo 1 dell'articolo 32 del Trattato che istituisce la Comunità Europea, come modificato dal Trattato di Amsterdam”. Come è noto, l'articolo 32, paragrafo 1, del TCE come modificato dal Trattato di Amsterdam, precisa che “per prodotti agricoli si intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, come pure i prodotti di prima trasformazione che sono in diretta connessione con tali prodotti”. I prodotti agroalimentari sono dunque definiti nel nostro ordinamento attraverso l'esplicito rinvio ai prodotti di prima trasformazione di cui all'articolo 32 del TCE. Per converso, ai sensi del medesimo decreto legislativo n. 300 del 30 luglio 1999, sopracitato, è attribuita al Ministero delle Attività Produttive, oggi Ministero dello Sviluppo Economico, la competenza

sui prodotti agroindustriali, con espressa eccezione dei prodotti agricoli e di prima trasformazione per i quali la competenza è attribuita al M.I.P.A.A.F.. Sicchè, mentre la rubrica dell'articolo 62 qui in commento limita esplicitamente la propria area di incidenza ai prodotti agricoli e agroalimentari, e dunque ai prodotti attribuiti alla competenza del M.I.P.A.A.F., per i quali è legislativamente definita l'immediata relazione con la fase primaria della produzione (prodotti di prima trasformazione), il comma 1 dell'articolo 62 richiama in senso assai più ampio i prodotti agricoli ed alimentari, così investendo anche prodotti industriali, che non rientrano nella categoria di quelli di prima trasformazione e che si collocano al di fuori dell'area di attività del settore primario.

Come è stato più volte confermato dalla giurisprudenza, la formula utilizzata nella rubrica di una disposizione legislativa non ha carattere soltanto orientativo, ma riveste un preciso contenuto precettivo, tant'è che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima una disposizione di legge che aveva per proprio contenuto la modifica della rubrica di una precedente disposizione, e che la Corte di legittimità, ad esempio in materia di prodotti alimentari, nel determinare natura ed oggetto di una disposizione contenuta nel D.P.R. n. 327 del 26 marzo 1980, ha espressamente richiamato la rubrica di una disposizione per individuare il giudice competente a decidere sull'opposizione alle relative sanzioni, e nell'individuare le disposizioni applicabili alla preparazione di bevande analcoliche *ex* D.L. 25 gennaio 1992 n. 105 ha utilizzato la rubrica della norma al fine di individuare il contenuto della disposizione regolatrice, e parimenti ha fatto espresso riferimento alla rubrica dell'art. 184*bis* c.p.c. per determinarne l'ambito applicativo nel processo civile ed alla rubrica del capo in cui è contenuto l'art. 309 c.p.p. per determinarne l'ambito applicativo nel processo penale, così come ha utilizzato la rubrica di disposizioni in materia di pesca, di sgravi contributivi, o di prevenzione infortuni, per perimetrare l'area di applicazione delle norme relative. Secondo l'Autore, si può ipotizzare che, nella pratica interpretativa e applicativa, prevarrà una lettura che privilegia il testo contenuto nel primo comma dell'articolo 62 (con quanto ne consegue in ragione dei richiami operati nei commi successivi), esteso a comprendere prodotti agricoli ed alimentari *tout court*, anziché ristretto ai soli prodotti agroalimentari in senso proprio quali menzionati nella rubrica. Del resto, novità rilevanti sono state introdotte dalla disposizione in commento proprio con riferimento ai prodotti alimentari prescindenti dalla loro componente agricola.

L'Autore conclude rilevando che, tuttavia, la diversità nei contenuti e nell'ambito definitorio, fra l'espressione utilizzata in rubrica e quella utilizzata nel testo, rimane e non contribuisce alla chiarezza della nuova disciplina, potendo dare origine a confliggenti posizioni fra i protagonisti del mercato, tenuto conto anche dei rilevanti esiti economici che potrebbero derivare dall'adozione dell'una o dell'altra soluzione.

Di contrario avviso, sull'interpretazione fornita dalla citata dottrina, dal M.I.P.A.A.F. e dall'A.G.C.M., il T.A.R. del Lazio, Roma, sez. II *ter*, che, con la sentenza n. 7195 del 17 luglio 2013, ha statuito che la locuzione "prodotto alimentare", in assenza di diversa specificazione o precisazione, comprende anche il prodotto agroalimentare; mentre tale ultima indicazione, *ex se* riguardata, deve intendersi estesa esclusivamente ai prodotti dell'agricoltura destinati all'alimentazione umana. Ne consegue che la disciplina delle transazioni commerciali, normata dall'articolo 62 del decreto legge n. 1/2012, va riferita esclusivamente ai negozi giuridici aventi ad oggetto prodotti agroalimentari, vale a dire prodotti alimentari derivanti dalla produzione agricola.

La pronuncia giurisprudenziale trae origine da un ricorso proposto da una società operante nel settore della produzione e distribuzione di integratori alimentari, la quale ha censurato il D.M. M.I.P.A.A.F. attuativo del 19 ottobre 2012, nella parte in cui questo ha dichiarato applicabili a tutti i prodotti alimentari, e non solo ai prodotti agroalimentari, la nuova disciplina sulla forma e sul contenuto dei contratti di cessione e sui termini di pagamento, introdotta dal citato articolo 62. Secondo la ricorrente, infatti, gli integratori, regolamentati dal d.lgs. n. 169/2004 (di attuazione della direttiva comunitaria 2002/46/CE), sono alimenti, in quanto non assimilabili ai medicinali, e tuttavia non sono ascrivibili alla disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari, di talchè non devono

la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano, a pena di nullità, la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento. I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai

soggiacere alle norme che obbligano a stipulare i contratti relativi a tali prodotti in forma scritta e con l'indicazione (non più a pena di nullità, in seguito all'articolo 36bis del d.l. n. 179/2012, convertito in legge n. 221/2012) della durata, della quantità e delle caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento. La ricorrente ha suffragato le proprie censure adducendo sia motivi di ordine sistematico, quanto alla *ratio* e alla finalità della nuova normativa, sia profili legati alla competenza dello stesso M.I.P.A.A.F., da ritenersi limitata alla sola commercializzazione di prodotti agricoli ed agroalimentari, ma non estesa a comprendere i prodotti alimentari *tout court*.

Il Tribunale amministrativo laziale ha risolto la questione proposta, nei termini innanzi indicati, fornendo al contempo una ricognizione del quadro normativo di riferimento. Tale conclusione, peraltro, risulta rafforzata dall'impianto del parere pronunciato dal Consiglio di Stato in sede consultiva sul testo regolamentare predisposto dal M.I.P.A.A.F.. Il detto parere, infatti, risulta adottato muovendo dal presupposto che il regolamento disciplina esclusivamente i rapporti tra gli imprenditori presenti nel settore agroalimentare e che le obbligazioni contrattuali in discorso coinvolgono soggetti della filiera agroalimentare italiana. I puntuali riferimenti ai prodotti ed al settore agroalimentari che permeano l'illustrato parere consentono di escludere, con ogni evidenza, che la portata applicativa dell'esaminato testo regolamentare sia stata dal Consiglio di Stato intesa come suscettibile di estensione ai prodotti alimentari non agroalimentari.

In seguito alla pronuncia della sentenza da parte dei Giudici amministrativi, il citato Autore è tornato a riflettere sulla questione terminologica e sugli spunti sistematici emersi dalla pronuncia del T.A.R. Lazio. Sul punto, F. ALBISINNI, *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce il MIPAAF e l'AGCM*, in *Rivista di diritto alimentare*, 3, 2013, 33. In particolare, l'Autore rileva che il Giudice amministrativo adempie in modo esaustivo al compito di *ius dicere* con riferimento al caso concreto ad esso sottoposto, ma nel far ciò assume congiuntamente una più ampia responsabilità: quella di operare come *law maker* nei rapporti di impresa, disegnando la trama ed esplicitando i principi e i valori, nel cui ambito tali rapporti devono svilupparsi, così collocandosi nella dimensione dello *ius dicere* tra *iurisdictio* e *imperium* che era propria del magistrato di diritto romano e che è stata a lungo negata in epoca moderna a far tempo dall'enunciazione del primato della legge. La decisione, dunque, propone non un giudice del caso singolo, ma un giudice regolatore, che nel sistema odierno della regolazione del mercato, caratterizzato dal decadimento della legge e dalla frammentazione del sistema delle fonti precettive ed insieme dal moltiplicarsi dei centri di regolazione, ormai multilivello e multispecie, costituisce una sorta di centro necessario di sintesi e di addensamento delle scelte di governo. Da qui l'affermarsi del ruolo del giudice amministrativo quale *law maker* nei rapporti privati fra imprese, oltre che nei rapporti tradizionali delle imprese con la Pubblica Amministrazione.

beni forniti. La nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice¹⁴⁶.

La nuova disciplina, unitamente all'importante attuazione regolamentare con il decreto n. 199 del 19 ottobre 2012¹⁴⁷, definisce il proprio ambito applicativo nell'alveo della contrattazione d'impresa tra imprenditori con asimmetria di potere contrattuale, ad esclusione dei contratti conclusi tra imprenditori agricoli, come specificato dall'articolo 36 comma 6-*bis* del decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012.

In definitiva, la norma si riferisce a quello specifico mercato dei prodotti agricoli che si attua attraverso una negoziazione, anticipata rispetto alla stessa loro venuta ad esistenza e all'avvio della produzione, e da cui scaturisce un rapporto obbligatorio di durata tra le parti contraenti (ad esempio una sola stagione o più annate agrarie) sulla base di un modello contrattuale che, nella sua più semplice configurazione, si atteggia come una vendita obbligatoria di cose future in una quantità definita ex ante dalle parti contraenti. La detta contrattazione preventiva dei prodotti agricoli presenta così due facce: da un lato, l'acquirente della produzione si assicura, mediante la stipula di questo tipo di contratto, un bacino di fornitori di materia prima che gli permettono di pianificare la sua attività economica; dall'altro lato, il produttore agricolo si

¹⁴⁶ Giova precisare, tuttavia, che gli importanti e problematici richiami alla nullità e alla sua rilevabilità sono stati repentinamente cancellati da alcune disposizioni contenute nel decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012, che si avrà modo di commentare nel paragrafo seguente.

¹⁴⁷ Il decreto n. 199 del 19 ottobre 2012 contiene le disposizioni di attuazione al decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni nella legge n. 27 del 24 marzo 2012 (cosiddetta "Cresci Italia") ed è stato emanato dal Ministero delle Politiche agricole, alimentari e forestali.

assicura preventivamente, rispetto al tempo del raccolto, la collocazione di una specifica quantità della sua produzione nonché la fissazione di un prezzo sottratto alle oscillazioni che attualmente caratterizzano la formazione dei prezzi nei mercati agricoli delle *commodities* agricole¹⁴⁸.

Occorre, dunque, focalizzare l'attenzione sulle problematiche sottese alla nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari nell'ambito della ricerca di nuovi referenti normativi per la teorica del "terzo contratto".

¹⁴⁸ Per tali riflessioni, A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2013, 56. Il Professor Jannarelli, in verità, rileva che la prassi conosce anche ipotesi in cui, pur in presenza di contratti di fornitura di prodotti agricoli futuri o *in itinere* al momento della conclusione del contratto, le parti non fissano il prezzo, bensì si limitano a determinare i criteri per la sua futura determinazione, rinviando ad esempio i prezzi che, in epoca successiva, emergano su talune piazze di mercato di tali prodotti. Tuttavia, si sottolinea come, a fronte di questa variegata morfologia che tali contratti presentano, la disposizione di cui all'articolo 62 assume un rilievo vincolante per l'autonomia privata nella misura in cui impone alle parti la precisa e puntuale fissazione del prezzo, al momento della stipula del contratto, e dunque sembra escludere la rispondenza alla disposizione dell'ipotesi in cui le parti private si limitino a fissare nel contratto solo i criteri per la futura determinazione del corrispettivo.

3.2. La disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari

Secondo quanto già illustrato, la nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli ed agroalimentari si inserisce nell'alveo della contrattazione d'impresa tra soggetti con asimmetria di potere contrattuale.

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, infatti, si è assistito all'affermazione in Italia della grande distribuzione organizzata¹⁴⁹ come canale distributivo prevalente dei prodotti, e le piccole e medie imprese sono state sempre più schiacciate dal potere contrattuale di queste catene distributive in termini di compressione dei prezzi di vendita, dei margini di guadagno ottenibili e di accettazione di pratiche commerciali gravose come, a titolo esemplificativo, “i contributi di inserimento” o “di esposizione”. Tali contributi sono somme che le società della grande distribuzione richiedono alle imprese fornitrici per inserire i loro prodotti negli assortimenti dei punti vendita o per esporle nei punti migliori di questi ultimi o degli scaffali (per esempio, all'altezza degli occhi o delle mani); altre volte, invece, si assiste all'imposizione di tutta una serie di sconti sul prezzo di vendita dei prodotti,

¹⁴⁹ Al riguardo, un elemento da valutare è costituito dalle cosiddette “economie/diseconomie di scala”. Il favore nei confronti della Grande Distribuzione Organizzata, infatti, si basa tradizionalmente proprio sulla convinzione che essa sia in grado di distribuire la produzione realizzando economie di scala rilevanti. La prassi tuttavia smentisce ciò che in astratto può apparire la soluzione più efficiente. Spesso, infatti, gli operatori della GDO si rivolgono al mercato per esigenze occasionali di completamento dell'assortimento e, al contrario, si perviene ad una implementazione di soluzioni costose ed inefficienti, in quanto difficilmente ammortizzabili (si pensi al mercato dei prodotti ortofrutticoli), con ripercussione sui prezzi finali. Tale scelta rischia così di determinare diseconomie di funzionamento della catena distributiva nel caso di acquisti decentrati da produttori particolarmente frammentati sul territorio.

legata alle motivazioni più varie (quantità, fine anno, pagamento a pronti). Tali pratiche commerciali sovente non sono apparse giustificate da una contropartita reale, bensì hanno rappresentato solo una imposizione di una impresa più grande, o che comunque occupa una posizione strategica in un canale commerciale, nei confronti di un'impresa più piccola, che spesso non ha alternative per raggiungere un numero ampio di consumatori finali a cui vendere i propri prodotti¹⁵⁰.

Inoltre, nel settore agricolo e agroalimentare, per ciascun prodotto, ciascun tipo di operatore di origine e di destinazione¹⁵¹, ciascuna area geografica, vi sono filiere distributive eterogenee e una moltitudine di micro-mercati, con una struttura e caratteristiche differenti, ciascuno costituito dagli operatori in

¹⁵⁰ In tali termini, R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 4, 2012, 1.

¹⁵¹ In ordine a questo profilo, va segnalato quanto espresso nella citata sentenza del T.A.R. del Lazio, Roma, sez. II *ter*, n. 7195/2013. Pur trattandosi di un *obiter dictum*, in quanto la realizzazione dell'interesse sostanziale di cui era portatrice la ricorrente nel caso specifico coincideva con la esclusa applicazione della normativa di cui all'articolo 62 ai prodotti alimentari non agroalimentari (integratori alimentari), come ampiamente già illustrato in precedenza, il Giudice amministrativo tuttavia completa la ricognizione del sottoposto *thema decidendum*, precisando alcune questioni in termini di tracciabilità. Al riguardo, si osserva che l'introdotta tracciabilità delle transazioni riguardanti gli indicati generi merceologici realizza un duplice ordine di interessi, rappresentati, in primo luogo, dall'esigenza di garantire implementati margini di sicurezza alimentare, veicolati dalla percorribilità della filiera e dalla individuabilità della fonte di produzione; in secondo luogo, dall'opportunità di assicurare un più puntuale e verificabile concorso alle esigenze finanziarie statali, propiziato da agevolate modalità di attuazione della pretesa tributaria nei confronti della generalità degli obbligati, in attuazione del principio solidaristico che ne integra un fondamentale presupposto giustificativo.

In questo modo alla filiera agroalimentare viene assegnata la funzione primaria di assicurare a tutti l'accesso ad un cibo sano, in quantità sufficiente e a prezzi accessibili. Del resto, secondo la ben nota definizione formulata dalla F.A.O. nel *World Food Summit* del 1996: "*Food security exists when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient safe and nutritious food that meets their dietary needs and food preferences for an active and healthy life*".

Per una disamina del recente sistema della sicurezza alimentare negli Stati Uniti, v. F. BRUNO, *L'accreditamento degli importatori di prodotti alimentari in USA*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 17.

grado di fornire uno specifico servizio di intermediazione a uno specifico segmento di domanda.

Orbene, lo scopo di liberalizzare le attività di cui al decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, si sarebbe dovuto realizzare attraverso disposizioni che frenavano e reprimevano, anche con l'ausilio di un articolato sistema di sanzioni, l'abuso di potere contrattuale, al fine di rendere più efficiente un mercato destinato a soddisfare bisogni fondamentali dell'individuo, come quelli legati al settore agro-alimentare.

Va premesso che tale disciplina faceva parte delle disposizioni emanate nel corso del 2012 finalizzate, da un lato, a garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto e uniforme funzionamento del mercato, assicurando ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi sul territorio nazionale; dall'altro lato, a promuovere lo sviluppo del sistema produttivo e la competitività delle imprese assicurando la migliore tutela degli interessi pubblici nel rispetto del principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata in condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti¹⁵².

¹⁵² Così S. ZORZETTO, *La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura*, in *Ricerche Giuridiche*, 2, 1, 2013, 9. L'Autrice precisa che l'articolo 62 del citato decreto legge rappresenta l'epilogo di un progetto di riforma della materia dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari cominciato nel 1007. Un primo tentativo di riforma, invero di contenuto assai circoscritto, fu il disegno di legge AS 1644 presentato alla Camera dei Deputati (cosiddetto Bersani-ter sulle liberalizzazioni), che attribuiva all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato poteri di vigilanza affinché le clausole contrattuali recanti oneri per l'inserimento nella lista dei fornitori o l'accesso dei prodotti all'esposizione negli esercizi commerciali appartenenti a catene distributive o altri tipi di vendita non configurassero un abuso di

posizione dominante o una pratica anticoncorrenziale ai sensi della legge n. 287 del 10 ottobre 1990. Fallito questo tentativo, dal 2007 ad oggi, al settore agricolo e agroalimentare si è prestato attenzione in sede di vigilanza e controllo più che in sede legislativa. Le caratteristiche dei rapporti contrattuali tra gli operatori economici lungo l'intera filiera e, specialmente, il grado di concorrenza dei mercati agricoli (dalla produzione dei prodotti alla loro commercializzazione e distribuzione) e l'eventuale esistenza di pratiche commerciali scorrette sono state oggetto di analisi della Commissione Europea in ambito comunitario e dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, dell'Agenzia delle Entrate e dell'Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo Alimentare in ambito nazionale. Per comprendere l'impatto e le problematiche applicative della nuova disciplina risulta perciò utile tenere conto dei risultati di queste indagini. In particolare si fa riferimento ai seguenti reports: *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, COM (2009) 591, del 28 ottobre 2009; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva sulla distribuzione agroalimentare* (IC/28), Roma, giugno 2007 e *Indagine conoscitiva sul settore della Grande Distribuzione Organizzata* (IC/43), disposta con provvedimento n. 217, 965 del 27 ottobre 2010; Risoluzione n. 36/E del 7 febbraio 2008 dell'Agenzia delle Entrate- Direzione Centrale Normativa e Contenziosa, relativa ad un'analisi delle pratiche commerciali di settore con particolare riguardo alla Grande Distribuzione Organizzata e ai costi fiscalmente deducibili in relazione ai rapporti e ai beni di largo consumo.

L'Autrice, inoltre, segnala che dal 2008 ad oggi la Commissione ha lavorato in stretta collaborazione con le Autorità nazionali responsabili della concorrenza in materia di prodotti alimentari nel contesto della Rete Europea della Concorrenza (REC). Tra le iniziative strategiche prospettate dalla Commissione nel dicembre 2008 va ricordata la presentazione di proposte volte a migliorare la vigilanza e la trasparenza dei mercati dei derivati sulle materie prime agricole, nell'ambito dell'approccio generale concepito per i derivati e nel contesto della revisione della direttiva sui mercati degli strumenti finanziari (cosiddetta direttiva MIFID), al fine di aumentare la trasparenza nella filiera alimentare. In particolare, secondo la Commissione, obblighi di trasparenza e di comunicazione (*reporting*) dovrebbero essere estesi a tutti i derivati sulle materie prime agricole, compresi quelli oggetto di operazioni fuori borsa, ed essere accompagnati da ulteriori obblighi di notifica delle posizioni per categoria di operatori da definirsi a livello comunitario. Infine, per garantire il buon funzionamento di questi mercati, la Commissione si riservava di valutare l'opportunità di accordare alle autorità di regolamentazione la facoltà di fissare dei limiti alle posizioni per contrastare variazioni di prezzo eccessive o concentrazioni di posizioni speculative. In questo contesto, nel 2010 e nel 2011, il Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare ha lavorato, su incarico della Commissione Europea, per stilare un elenco di principi di buone prassi e di pratiche sleali nelle relazioni commerciali nella filiera alimentare. Ai sensi dell'articolo 4 del Regolamento di attuazione del citato articolo 62, costituiscono una condotta commerciale sleale anche il mancato rispetto di tali principi e le pratiche sleali identificate nell'ambito del Forum. In ambito europeo, successivamente, nel 2012, è fallito prima il tentativo di mettere a punto un meccanismo di controllo e poi quello di individuare i rimedi per il caso di non conformità alle buone pratiche. Alcune organizzazioni hanno comunque annunciato l'intenzione di avviare all'inizio del 2013 l'attuazione dei principi messi a punto dal Forum. Al riguardo, la Commissione ha emanato il Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa (COM (2013) 37), avviando una consultazione pubblica sullo stesso, che si è conclusa il 30 aprile 2013.

Si segnala, peraltro, il quadro di riferimento che consta oggi del Regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 e dei successivi regolamenti del 2003 e del 2004, previsti dalla Riforma Fischler della PAC, e che è destinato a mutare con la nuova PAC 2014-2020. Per una disamina della stessa, consulta *La nuova PAC 2014-2020. Un'analisi delle proposte della Commissione*, all'indirizzo <http://www.gruppo2013.it>.

Quanto all'ambito applicativo, la normativa appare piuttosto chiara, poiché l'articolo 1, comma 1, del decreto attuativo indica i contratti della filiera agroalimentare e le conseguenti relazioni contrattuali connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale¹⁵³.

Generalmente, in tutte le relazioni contrattuali asimmetriche, una parte contraente è commercialmente forte perché in grado di imporre alla parte debole le condizioni contrattuali che più le aggradano. Nello specifico caso dei prodotti agroalimentari, la parte debole è quasi sempre individuata in colui che cede il prodotto alimentare, in quanto occorre considerare la rapida deperibilità del prodotto medesimo¹⁵⁴. Tale circostanza, infatti, induce il fornitore dei prodotti agricoli ad essere impossibilitato a condurre lunghe trattative e ad effettuare ampie ricerche di mercato finalizzate all'individuazione del migliore acquirente possibile. Va precisato però che, nell'ambito della filiera agro-alimentare, i produttori agricoli, nella veste di cedenti di prodotti agricoli, si configurano quali contraenti deboli, ma tale

¹⁵³ L'articolo 1 del D.M. 19 ottobre 2012 n. 199 precisa l'ambito di applicazione della legge n. 27/2012, nei termini seguenti: "contratti di cui all'articolo 62 comma 1 e alle relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari, la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana, con particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale". Il successivo articolo 2 ha stabilito, poi, al comma 1 che "ai fini del presente decreto, si intende per: a) prodotti agricoli: i prodotti dell'allegato I di cui all'articolo 38, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea; b) prodotti alimentari: i prodotti di cui all'articolo 2 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002".

¹⁵⁴ In particolare, l'articolo 62, al comma 4, specifica quali sono i prodotti alimentari che devono essere considerati deteriorabili, indicando quattro differenti categorie: "a) prodotti agricoli, ittici e alimentari preconfezionati che riportano una data di scadenza o un termine minimo di conservazione non superiore a sessanta giorni; b) prodotti agricoli, ittici ed alimentari sfusi, comprese erbe e piante aromatiche, anche se posti in involucro protettivo o refrigerati, non sottoposti a trattamenti atti a prolungare la durabilità degli stessi per un periodo superiore a sessanta giorni; c) prodotti a base di carne che presentino le seguenti caratteristiche fisico-chimiche (...); d) tutti i tipi di latte".

giudizio non è più valido per altri segmenti della filiera in cui lo squilibrio di poteri, che genera appunto i fenomeni di dipendenza economica, ben può presentarsi a parti rovesciate.

Appare agevole, quindi, affermare che la filiera alimentare è un fenomeno complesso, caratterizzato da una molteplicità di relazioni contrattuali e dalla varietà, anche in termini di forza contrattuale, dei soggetti potenzialmente e concretamente coinvolti. Le diverse fasi in cui si snoda la filiera alimentare hanno come elemento costante la cessione del prodotto agricolo ed alimentare, tramite cui progressivamente si perviene alla realizzazione del prodotto finale che è destinato ad essere immesso sul mercato, a beneficio del consumatore finale, e rappresenta, in estrema analisi, l'obiettivo ultimo della filiera stessa. Il perimetro della filiera, dunque, intesa quale filiera di relazioni di impresa, integra in un unico contesto la fase agricola, quella di trasformazione e quella di commercializzazione, e a quest'ultima assegna regole proprie.

Si perviene in tal modo ad un sistema agroalimentare, dotato di precetti e principi, che non si riducono alla semplice legislazione alimentare o alla disciplina igienico-sanitaria dei prodotti considerati, ma che individuano, rappresentandoli sinteticamente e regolandoli, l'origine della produzione (l'agricoltura), il percorso di essa (l'industria alimentare) ed il risultato del tutto (il prodotto alimentare e la sua immissione al consumatore finale).

Orbene, al riguardo, appare necessario tracciare, nell'ambito dell'articolo 62 della normativa in questione, una netta linea di demarcazione tra due sfere di

applicazione, dovendosi distinguere tra le regole destinate a regolare il tipo contrattuale in quanto tale (ossia il contratto di cessione dei prodotti agroalimentari) e le regole destinate a disciplinare le sole relazioni contrattuali asimmetriche. Le regole appartenenti al primo gruppo, infatti, si occupano degli aspetti strutturali e contenutistici dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari, conclusi da parti in posizione di disparità o, indifferentemente, di parità. Si tratta, dunque, di regole apparentemente neutre rispetto alla debolezza o alla forza dei contraenti, le quali appartengono al diritto dei contratti speciali o tipici.

Le regole afferenti al secondo gruppo, invece, sono destinate a disciplinare le relazioni commerciali tra parti che, nell'ambito del settore agro-alimentare, si vengano a trovare in posizione di disparità contrattuale.

Si apprezza, pertanto, una tecnica legislativa che sembra riflettere quella utilizzata per i rapporti di subfornitura, in quanto il legislatore si concentra sia sui profili che attengono la forma e il contenuto del contratto, sia su quelli relativi alle relazioni contrattuali.

Con specifico riferimento ai contratti agroalimentari, va rilevato che il legislatore protegge i contraenti da almeno tre possibili rischi: in primo luogo, dal rischio di regolamenti contrattuali oscuri o indeterminati; in secondo luogo, dal rischio di termini di pagamento troppo lunghi; infine, dal rischio di

abusi contrattuali o comportamentali posti in essere dall'imprenditore che, nella filiera, riveste il ruolo più forte¹⁵⁵.

Orbene, come anticipato nel paragrafo precedente, il comma 1 dell'articolo 62 del decreto legge citato sanzionava con la nullità assoluta¹⁵⁶, rilevabile

¹⁵⁵ Sul punto, A.M. BENEDETTI – F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, 641 ss..

¹⁵⁶ Tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria e anche da A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2013, 56. Tuttavia di contrario avviso M. GIUFFRIDA, *La nullità virtuale di protezione del contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 48. Secondo l'Autrice, infatti, la ricostruzione di essa come nullità assoluta avrebbe rischiato di vanificare la tutela che il legislatore avrebbe inteso garantire soprattutto nel caso di cessione del prodotto dal produttore agricolo all'impresa industriale in quanto la nullità assoluta, come prevista e disciplinata dal codice civile quale rimedio predisposto per ovviare a violazioni di un prescritto modello legale, ha un'efficacia di tipo distruttivo, non assumendo per essa alcuna rilevanza né la particolare natura degli interessi sottesi, né la specifica posizione e condizione dei soggetti, né le concrete caratteristiche dei beni e servizi negoziati e neppure le diverse circostanze di tempo e di spazio che connotano l'operazione contrattuale. Sulla scorta di tali rilievi, quindi, la previsione normativa avrebbe dovuto configurare una ipotesi di nullità di protezione, nonostante l'assenza di una esplicita indicazione in tal senso. Tale conclusione, del resto, poteva desumersi da una lettura logico-sistematica della disposizione in discorso, tenuto soprattutto in considerazione il fatto che la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice è compatibile con la legittimazione "relativa" del solo contraente debole. Come insegna, infatti, il Professor Scalisi (V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, I, 736), la rilevabilità *ex officio* avviene per la tutela dell'interesse del contraente stesso, come parte debole, in quanto protezione funzionale alla salvaguardia e alla realizzazione di costitutivi valori del sistema, quali l'efficienza e la razionalità di mercato e ancor prima il principio solidaristico-personalista. La soluzione proposta dall'Autrice, quindi, avrebbe consentito di dare al rimedio invalidatorio una fisionomia flessibile all'interno del complesso fenomeno della filiera alimentare. Si rappresenta, peraltro, che l'eliminazione ad opera del legislatore dell'inciso "a pena di nullità", nonché della precisazione "la nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice", pur sottraendo ai sostenitori della nullità assoluta l'argomentazione letterale, non risolve assolutamente in modo definitivo il problema, bensì demanda ancora una volta all'interprete il difficile compito di individuare conseguenze e rimedi scaturenti dalla inosservanza della disposizione in esame. Quali sono dunque oggi i rimedi utilizzabili in caso di violazione delle norme dettate dall'articolo 62? L'Autrice enuclea sicuramente le sanzioni amministrative irrogabili dall'A.G.C.M. e il risarcimento del danno, ma così interpretando si giungerebbe a depotenziare la tutela per il contraente debole. Si propone, pertanto, una soluzione che valorizzi la mancata indicazione nel contratto di cessione degli elementi originariamente previsti come essenziali e richiesti dall'articolo 62 come una ipotesi di nullità di protezione, anche sulla scorta delle precisazioni offerte dal legislatore in ordine al rigore formale, per le cui riflessioni si rinvia alla nota successiva. In questo modo il sistema garantisce le situazioni meritevoli di tutela nell'ottica della concreta valutazione degli interessi in gioco, che mira ad assicurare, altresì, il corretto funzionamento del mercato. Sostiene la tesi della nullità relativa anche S. ZORZETTO, *La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura*, in *Ricerche Giuridiche*, 2, 1, 2013, 9.

d'ufficio anche dal giudice, la mancata indicazione di alcuni elementi del negozio qualificati essenziali *ex lege* (durata, quantità e caratteristiche del prodotto venduto, prezzo e modalità di consegna e pagamento), nonché la mancanza di forma scritta, ai sensi dell'art. 1350 del codice civile¹⁵⁷.

Occorre utilizzare il tempo verbale passato, in quanto, come noto, il legislatore, con il decreto legge n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito nella legge n. 221 del 17 dicembre 2012, ha cancellato tutti i richiami alla sanzione della nullità contenuti nel comma 1 dell'articolo 62. Pertanto, scomparso il rimedio sanzionatorio della nullità, il mancato assolvimento ai detti oneri

¹⁵⁷ Va precisato che la norma introdotta dal primo comma dell'articolo 62 non precisa quali siano i presupposti per aversi forma scritta, e se tale requisito si realizzi anche nell'ipotesi di esecuzione conforme alla proposta scritta, ai sensi dell'articolo 1327 del codice civile. Nel caso dei contratti di subfornitura, al contrario, la legge del 1998 aveva disciplinato in modo compiuto la fattispecie, prevedendo: "nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'art. 1341 del codice civile". Tuttavia l'articolo 3 del decreto attuativo (decreto n. 199 del 19 ottobre 2012) prevede che i requisiti di forma-contenuto sono soddisfatti *ad probationem* con qualunque forma di comunicazione scritta ("anche trasmessa in forma elettronica o a mezzo telefax, avente la funzione di manifestare la volontà delle parti di costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale avente ad oggetto la cessione" tanto dei prodotti elencati nell'allegato 1 al T.F.U.E., quanto dei prodotti alimentari definiti dall'articolo 2 del Regolamento n. 178/2002). L'unico onere richiesto consiste nel fatto che la provenienza dalle parti contraenti sia certa. I contenuti imposti dalla legge, quindi, possono risultare sia in un unico documento contrattuale che da altri documenti legati alla formazione ed alla esecuzione del contratto: ordini, comunicazioni, fatture, documenti di trasporto o di consegna, purchè collegati espressamente, mediante richiamo esplicito, ai contratti di cessione medesimi. Va aggiunto che la sottoscrizione non è l'unico elemento idoneo ad accertare la provenienza di questi documenti, laddove sia sostituita da situazioni idonee a dimostrare in modo inequivoco la riferibilità del documento ad un determinato soggetto.

La disposizione citata, dunque, si pone in continuità con l'esperienza giurisprudenziale formatasi con riguardo ai contratti formali in materia principalmente di rapporti bancari e finanziari, e segnatamente ai contratti relativi agli strumenti finanziari derivati. Ai sensi degli articoli 117 del T.U.B. e 23 del T.U.F., si considera rispettato il requisito della forma scritta (*ad substantiam*) anche ove il documento contrattuale manchi della sottoscrizione di una o di tutte le parti, purchè vi sia un equipollente, che secondo la giurisprudenza viene indicato in: produzione in giudizio del documento medesimo, presenza di documenti scritti e scambi di comunicazioni, per iscritto, in corso di rapporto, documenti attuativi sottoscritti.

formali determina oggi con certezza l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 5 del medesimo articolo 62 (da euro 516,00 a euro 20.000,00, a seconda del valore dei beni oggetto di cessione)¹⁵⁸. Appare evidente che, pur nell'assenza del rimedio invalidatorio, il carattere indisponibile degli interessi sottesi a queste disposizioni resta, posto che viene adottata dal legislatore una sanzione seppur nella forma del tipo pecuniario ed amministrativo.

Resta, peraltro, il principio di trasparenza del contenuto del contratto, perseguito dal legislatore attraverso il cosiddetto neoformalismo negoziale¹⁵⁹, il quale non solo assicura al contraente che soffre di asimmetrie informative elementi precisi sulla base dei quali valutare *ex ante* e con cognizione di causa i margini di convenienza dell'operazione che si intende porre in essere, ma, soprattutto, determina un minimo di omogeneità, sia pure sul piano formale, del modello negoziale di cui debbono avvalersi tutti gli operatori coinvolti. Ciò significa che la tipizzazione delle regole destinate a disciplinare

¹⁵⁸ Al riguardo, occorre fare riferimento al comma 5 dell'articolo 62, secondo il quale "salvo che il fatto costituisca reato, il contraente, ad eccezione del consumatore finale, che contravviene agli obblighi di cui al comma 1 è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 516,00 ad euro 20.000. L'entità della sanzione è determinata facendo riferimento al valore dei beni oggetto di cessione". La mancata previsione di una nullità, quindi, non cancella il carattere indisponibile degli interessi sottesi alle disposizioni del comma 1 dell'articolo 62.

¹⁵⁹ Per quanto concerne il profilo formale, va altresì puntualizzato che la funzione del cosiddetto neoformalismo negoziale va colta nelle trame del comma 1 dell'articolo 62, allorquando recita "i contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corresponsività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti". Si lascia, dunque, all'autonomia privata la libertà di determinare il contenuto delle clausole contrattuali che riflettono il *proprium* dell'operazione economica, preoccupandosi al contempo di individuare siffatte clausole come momenti determinanti del contratto. In tal modo, attraverso la forma scritta, si esige che le dette clausole siano espressamente previste nel contratto. Per tali riflessioni, A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2013, 56.

sul piano formale siffatti contratti favorisce un più trasparente assetto competitivo tra i possibili interlocutori negoziali interessati a conseguire la fornitura dei prodotti agricoli, in quanto assicura ai produttori agricoli un più agevole confronto fra i diversi assetti negoziali e, dunque, la possibilità stessa di scelta.

Proseguendo nell'analisi della disciplina del contenuto del regolamento negoziale dei contratti di cessione di beni agricoli e agroalimentari, occorre evidenziare la peculiarità della normativa in ordine ai termini di pagamento.

3.2.1. La speciale disciplina dei termini di pagamento

In tale ambito il legislatore ha voluto conferire un carattere nettamente imperativo a tali disposizioni. Il comma 3 dell'articolo 62 dispone che: “per i contratti di cui al comma 1, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato per le merci deteriorabili¹⁶⁰ entro il termine legale di trenta giorni e per tutte le altre merci entro il termine di sessanta giorni. In entrambi i casi il termine decorre dall'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura”.

Tale disciplina detta, dunque, un regime speciale differente rispetto a quello operante per i pagamenti nelle transazioni commerciali, quest'ultimo ampiamente descritto nel secondo capitolo del presente elaborato.

Al riguardo, è emersa una *querelle* interpretativa tra il Ministero dello Sviluppo Economico (M.I.S.E.), che ha ritenuto la norma dell'articolo 62 tacitamente abrogata per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 192/2012,

¹⁶⁰ Si è già illustrato il contenuto del comma 4 dell'articolo 62, a proposito delle categorie di alimenti indicati come deteriorabili. Invero, tale distinzione non è di poco momento se si considera il riflesso che ha sulla disciplina dei pagamenti. Proprio sul parametro di cui alla lettera c (con riferimento alle caratteristiche chimico-fisiche dei prodotti a base di carne) occorre rappresentare le perplessità avanzate da F. CAPELLI, *Le strane anomalie che il giurista rileva nell'esaminare l'art. 62 del Decreto Legge n. 1/2012 convertito in Legge 24 marzo 2012 n. 27*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 50. L'Autore evidenzia che alcuni prodotti, assolutamente non deteriorabili, sono stati fatti rientrare tra quelli deteriorabili in via surrettizia, senza cioè indicarli in modo esplicito con il loro nome (ad esempio carne in scatola) ma facendo riferimento alle loro caratteristiche chimico-fisiche. In questo modo i produttori di carne in scatola, con scadenza a cinque e più anni, riescono ad ottenere il pagamento delle loro fatture entro trenta giorni, mentre tutti i produttori che immettono sul mercato prodotti alimentari con scadenza a sessanta giorni, devono accontentarsi di ricevere il pagamento entro sessanta giorni dal ricevimento della fattura. Si tratta, ad avviso di Capelli, di una violazione esplicita dell'articolo 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in quanto i produttori della carne in scatola sono tutte grandi imprese che possono così imporre anche ai piccoli rivenditori il pagamento delle fatture entro trenta giorni da esse. Tale situazione non ha alcuna giustificazione, atteso che l'articolo 62 del decreto legge n. 172012 è stato adottato unicamente per favorire i piccoli produttori che hanno difficoltà ad ottenere dagli acquirenti il pagamento delle loro fatture in termini ragionevoli. Si auspica, pertanto, al riguardo una modifica legislativa.

in attuazione della direttiva 2011/7/UE (recante la disciplina generale in materia di termini di pagamento per tutte le transazioni commerciali), o comunque da disapplicare per contrasto con il sopravvenuto diritto europeo, e il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (M.I.P.A.A.F.), che si è espresso a favore della piena vigenza dell'articolo 62. A supporto di tale ultima tesi, il M.I.P.A.A.F. ha evidenziato che la norma di cui all'articolo 62 si pone in rapporto di evidente specialità rispetto alla previsione di carattere generale della normativa di cui al decreto legislativo n. 192/2012 e rientra nella deroga prevista e consentita dal legislatore sia nazionale che europeo, in ordine alla possibile predisposizione di strumenti maggiormente favorevoli a determinate categorie di creditori.

Si è ampiamente sottolineato come un importante apporto alla ricostruzione coerente del quadro legislativo sia stato offerto dalla sentenza del T.A.R. del Lazio, n. 7195/2013. La decisione del Giudice amministrativo si pronuncia, infatti, anche sulla esposta *querelle*, ritenendo la piena condivisibilità delle considerazioni espresse dal M.I.P.A.A.F., in quanto si reputa piena e perdurante la vigenza dell'articolo 62 del decreto legge n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012. Si osserva altresì che omogenee conclusioni sarebbero ritraibili dal parere espresso dal Consiglio di Stato in data 27 settembre 2012, sullo schema di D.M., di concerto M.I.P.A.A.F. – M.I.S.E., attuativo dell'articolo 62.

Quanto, poi, agli interessi, il comma 3 dell'articolo 62 dispone che “gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del

termine. In questi casi il saggio degli interessi è maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed è inderogabile”. Scompare, quindi, nel settore della cessione dei prodotti agricoli ed agroalimentari la possibilità che le parti stabiliscano un termine superiore rispetto a quello legale.

Prima dell'intervento normativo di cui all'articolo 62, infatti, la speciale disciplina dei termini di pagamento relativi a tali contratti era contenuta nell'articolo 4 del decreto legislativo n. 231/2002, rubricato “decorrenza degli interessi moratori”. In particolare, ai commi 3 e 4, si prevedeva la possibilità di derogare, a certe condizioni, ai termini legali. Tale possibilità, dunque, è scomparsa in quanto i suddetti commi sono stati abrogati dal comma 11 dell'articolo 62, con la decorrenza prevista dal comma 11*bis* del medesimo articolo.

Infine, a corredo dell'esposizione della normativa speciale sui termini di pagamento, si consideri anche la sanzione posta a presidio di essa. Occorre fare riferimento, infatti, al comma 6 dell'articolo 62, il quale prevede che “salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto, da parte del debitore, dei termini di pagamento stabiliti al comma 3 è punito con sanzione amministrativa pecuniaria da euro 500,00 a euro 500.000,00. L'entità della sanzione viene determinata in ragione del fatturato dell'azienda, della ricorrenza e della misura dei ritardi”.

Si passi ora ad esaminare il comma 2 dell'articolo 62, in ordine alla tipizzazione degli abusi riferibili alle imprese dotate di maggiore forza contrattuale.

3.2.2. L'articolo 62, comma 2: abuso di posizione dominante e/o abuso di dipendenza economica?

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di svolgere alcune brevi considerazioni circa la nuova disciplina quadro delle relazioni commerciali in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari.

Le disposizioni contenute nell'articolo 62 tendono a prevenire e a contrastare l'abuso del maggiore potere contrattuale a danno delle controparti più deboli, tra le quali generalmente vengono compresi gli agricoltori, il cui reddito è in continua diminuzione. Al riguardo, si è rappresentato che la disparità di forza negoziale ed una mancata trasparenza del contenuto complessivo dell'accordo possono indurre il contraente più forte a porre in essere pratiche commerciali sleali. Tale situazione può innescare fattori di decrescita della filiera agroalimentare e generare, conseguentemente, mutamenti negli assetti concorrenziali del mercato indicati come ottimali.

Orbene, nell'ordinamento italiano, si è addivenuti alla tipizzazione delle pratiche commerciali sleali attraverso la redazione del comma 2 dell'articolo 62, il quale mette in pratica i principi indicati al comma 1. Con tale disposizione, infatti, nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al citato comma 1, si vietano una serie di comportamenti, che nella loro globalità sono ricompresi nelle nozioni di illeciti commerciali già collocati nell'ambito dell'abuso di posizione dominante, così come costruito nella letteratura del

diritto della concorrenza, e dell'abuso di dipendenza economica, tipizzato nella normativa sulla subfornitura, ampiamente illustrato nel secondo capitolo del presente lavoro.

In generale, le pratiche commerciali sleali si discostano dalla buona condotta commerciale, incentrata sui principi di buona fede e correttezza, e sono ricollegabili al fenomeno di una tendenziale distribuzione asimmetrica del potere negoziale tra gli operatori della filiera. Si assiste, sovente, all'azione di alcuni imprenditori (*buyer power*) che abusano della loro forza contrattuale per imporre unilateralmente condizioni contrattuali a loro esclusivo vantaggio, o comunque clausole nettamente sproporzionate, non giustificate o irragionevoli, che permettono di spuntare prezzi o condizioni migliori alterando, in tal modo, il corretto meccanismo di trasmissione dei prezzi lungo la filiera e riducendo la capacità di innovazione e di investimento di tutto l'indotto¹⁶¹.

Nello specifico, il comma 2, dell'articolo 62, recita: “Nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive¹⁶²; b) applicare condizioni oggettivamente

¹⁶¹ Per tali considerazioni, L. PETRELLI, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 10.

¹⁶² Si tratta di pratiche commerciali sleali imposte dal distributore al fornitore, come ad esempio:

diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre; d) di conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento”.

A fronte, dunque, delle iniquità e degli abusi emersi lungo la filiera, la scelta del legislatore è stata quella di intervenire con la tipizzazione normativa dei principi guida delle relazioni negoziali, introducendo norme imperative non derogabili dalle parti¹⁶³. In particolare, nell'identificare le fattispecie di

-
- sconti, premi, contributi, storni o remunerazione di accordi di cooperazione commerciale da liquidarsi in via anticipata o in forma retroattiva;
 - contributi a carico del fornitore per le spese di *marketing* dell'insegna sostenute dal distributore e/o contributi a carico del fornitore per spese di adeguamento dei *software* del distributore e/o semplificazione contabile telematica (spese per la razionalizzazione della fatturazione);
 - contributi a carico del fornitore per i minori profitti derivanti dalla rivendita dei suoi prodotti;
 - pagamento di una somma forfettaria da parte del fornitore, cui è subordinata la tenuta in magazzino o altre attività logistiche, o per l'inclusione nel listino del distributore dei prodotti del fornitore, o per il presidio e il mantenimento dell'assortimento nei punti vendita;
 - sconti, premi, contributi per il solo rispetto dei termini di pagamento previsti dal contratto di fornitura;
 - facoltà per il distributore di respingere e/o restituire i prodotti o dedurre penali contrattualmente previste in assenza di preventiva contestazione e/o reclamo al fornitore nei termini previsti dal contratto di fornitura o, in mancanza da quelli previsti dall'articolo 1495 del codice civile.

Per un approfondimento, A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, 1.

¹⁶³ Sulla possibilità di introduzione di una nullità virtuale a presidio delle condotte sleali indicate al comma 2 dell'articolo 62, R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i*

illecito, la norma combina due criteri di giudizio: uno analitico, fondato su una puntuale elencazione di previsioni contrattuali vietate, e uno sintetico¹⁶⁴, basato su una formulazione di principio, secondo una tecnica già sperimentata in tema di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori¹⁶⁵.

prodotti agricoli e alimentari, in *Rivista di diritto alimentare*, 4, 2012, 1 e A.M. BENEDETTI – F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, 641.

¹⁶⁴ L'elenco previsto dal comma 2, dell'articolo 62, è meramente esemplificativo, come risulta esplicitamente dalla clausola finale della lettera e), nonché dall'articolo 4 del Regolamento attuativo secondo cui rientrano nella definizione di condotta commerciale sleale anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione Europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare. Inoltre, è vietato qualsiasi comportamento del contraente che, abusando della propria maggiore forza commerciale, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, ivi comprese quelle che: a) prevedano a carico di una parte l'inclusione di servizi e/o prestazioni accessorie rispetto all'oggetto principale della fornitura, anche qualora queste siano fornite da soggetti terzi, senza alcuna connessione oggettiva, diretta e logica con la cessione del prodotto oggetto del contratto; b) escludano l'applicazione di interessi di mora a danno del creditore o escludano il risarcimento delle spese di recupero dei creditori; c) determinino, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza, prezzi palesemente al di sotto dei costi di produzione medi dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli. Alla luce di quanto illustrato, appare evidente che le norme di fonte primaria e secondaria delineano come sleali condotte molto simili tra loro, che vengono tutte accomunate da una definizione generale complessiva di pratica sleale secondo cui è vietato imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, abusando della propria forza commerciale.

¹⁶⁵ Così A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 L. n. 27 del 2012*, in *Giustizia civile*, fasc. 9, 2012, 441. al riguardo, l'Autrice pone in evidenza tre aspetti della norma che appaiono meritevoli di segnalazione. Il primo concerne il tenore letterale, alla stregua del quale, i divieti appaiono presentare natura per sé e avere portata applicativa generalizzata, in quanto essi sono dettati prescindendo dall'individuazione normativa di uno specifico soggetto da tutelare e senza richiedere un accertamento in concreto della posizione di particolare forza o debolezza detenuta dai contraenti. In tal senso, essi risultano applicabili anche nei casi in cui non ricorra alcuna speciale esigenza di protezione, come ad esempio laddove controparte della distribuzione commerciale sia la grande industria alimentare. Il secondo aspetto meritevole di nota attiene portata della disciplina, in quanto la formula utilizzata dal legislatore è certamente molto ampia, facendo riferimento alle "relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1". Tale formulazione, infatti, induce a ritenere che l'interesse tutelato dalla norma si presenti in vesti simili anche in altri ambiti dell'economia, nei quali la stessa potrebbe trovare applicazione. Infine, avendo riguardo alle fattispecie vietate, mentre alcune trovano chiara origine in specifiche e diffuse prassi commerciali del settore e si giustificano alla luce di uno *standard* di correttezza che il legislatore ha inteso imporre, altre sollevando aspetti di non poca problematicità, contrastando in radice con quelli che sono i postulati elementari di un'economia di mercato. In ordine a quest'ultimo profilo, difatti, desta perplessità il divieto introdotto dall'articolo 62, lettera b), che, vietando l'applicazione di condizioni oggettivamente

Invero, dal punto di vista sistematico, non risulta agevole inquadrare la *ratio* dei divieti introdotti, i quali sembrano collocarsi ad un crocevia dove convergono, in modo non sempre lapalissiano, diverse discipline, tutte evocate direttamente o indirettamente dalla norma primaria e dal decreto applicativo: disciplina *antitrust* e abuso di posizione dominante, abuso di dipendenza economica, pratiche commerciali scorrette, concorrenza sleale.

Tuttavia, è possibile fornire un'interpretazione sistematica dell'articolo 62 comma 2, tenendo presente che l'intervento del legislatore è stato concepito avendo quale obiettivo principale quello di bonificare la filiera agroalimentare di talune pratiche inique particolarmente diffuse, di fronte alle quali la normativa esistente, sia di matrice *antitrust*, sia di stampo codicistico, si era rivelata inadeguata.

Orbene, l'elenco delle condotte sleali, indicate al comma 2, in gran parte (dalla lettera a alla lettera d) è assimilabile ai comportamenti che integrano abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. Va precisato, però, che nella citata

diverse per prestazioni equivalenti, sembrerebbe negare nel solo settore agroalimentare la possibilità per un operatore di discriminare i propri clienti, applicando politiche di sconto differenziate in funzione del diverso interesse generato dal cliente. Invero, la previsione riproduce quasi letteralmente la formulazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e dell'articolo 3, lettera c) della legge n. 287/1990, che vietano sì l'applicazione nei rapporti commerciali con altri contraenti di condizioni diverse per prestazioni equivalenti, ma a condizione che la condotta sia posta in essere da un'impresa in posizione dominante: solo in capo a questa, infatti, grava la responsabilità di non danneggiare ulteriormente la struttura concorrenziale del mercato, che ne limita sensibilmente i margini di autonomia e di libertà di azione. L'Autrice, pertanto, conclude che solo la Corte Costituzionale, ove investita della questione, potrà in futuro valutare la compatibilità della norma con un ordinamento che accoglie il principio concorrenziale e a stabilire se le modalità prescelte dal legislatore per realizzare le esigenze sociali perseguite siano legittime sotto il profilo del rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

disposizione non è dato rinvenire alcun riferimento al detto articolo 102 né alla normativa *antitrust*.

Per addivenire ad una interpretazione sistematica maggiormente coerente con le intenzioni del legislatore, occorre prendere in considerazione anche i commi 6 e 8 dell'articolo 62, in ordine alle sanzioni irrogabili all'impresa che ponga in essere condotte sleali e all'individuazione dell'Autorità competente.

Il comma 6, dell'articolo 62, recita: “salvo che il fatto costituisca reato, il contraente, ad eccezione del consumatore finale, che contravviene agli obblighi di cui al comma 2 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 516,00 ad euro 3.000,00. La misura della sanzione è determinata facendo riferimento al beneficio ricevuto dal soggetto che non ha rispettato i divieti di cui al comma 2”.

Quanto all'Autorità competente ad irrogare le sanzioni di cui al comma 6, il comma 8 dell'articolo 62 dispone che “l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle presenti disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689”¹⁶⁶.

Come si evince dal tenore letterale della norma, anche il comma 8 non richiama l'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

¹⁶⁶ La formulazione del comma 8 dell'articolo 62 si completa nei termini seguenti: “A tal fine, l'Autorità può avvalersi del supporto operativo della Guardia di Finanza, fermo restando quanto previsto in ordine ai poteri di accertamento degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria dell'articolo 13 della predetta legge 24 novembre 1981, n. 689. All'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 del presente articolo l'Autorità provvede d'ufficio o su segnalazione di qualunque soggetto interessato. Le attività di cui al presente comma sono svolte con le risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente”.

Esclusa, dunque, la riconducibilità delle condotte sleali alla figura dell'abuso di posizione dominante, occorre interrogarsi se le dette condotte possano essere ricondotte nell'alveo dell'abuso di dipendenza economica.

Scorrendo l'elenco dei comportamenti vietati dalla fonte primaria e ancor di più dalla fonte secondaria, infatti, si ha la sensazione di vedere oggi tipizzati comportamenti che l'esperienza giurisprudenziale ha dimostrato realizzare il divieto di abuso di dipendenza economica, come se oggi il legislatore volesse arricchire quell'elenco – ritenuto meramente esemplificativo – nel quale si menzionavano le condotte tipiche dell'abuso di dipendenza economica, vietato ai sensi dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura. Ne consegue che, considerata la vocazione generalista che sembra contraddistinguere l'articolo 62, comma 2, non sembra eccessivo ritenere che laddove tra le parti sussista una relazione di dipendenza economica, i comportamenti oggi vietati possono essere valutati nel contesto dell'abuso di dipendenza economica, quasi fossero integrazioni di quell'elenco esemplificativo posto dall'articolo 9 della legge n. 192/1998¹⁶⁷.

Al riguardo, occorre tenere in considerazione la Delibera n. 24220 del 6 febbraio 2013, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha regolamentato la propria attività sanzionatrice in ordine al decreto ministeriale di attuazione dell'articolo 62 del decreto legge n. 1/2012. Tale Delibera, infatti, facendo riferimento “alle relazioni economiche tra gli operatori della

¹⁶⁷ In questi termini, A.M. BENEDETTI – F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli ed agroalimentari*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, 641.

filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale”, richiama implicitamente la formula dell’articolo 9 della legge sulla subfornitura, sull’abuso di dipendenza economica.

Se si fa attenzione alle formule dei commi 2 e 8 dell’articolo 62 e al collegamento del comma 8 con il regolamento ministeriale e con la citata Delibera dell’A.G.C.M., ci si avvede facilmente che i comportamenti abusivi e sleali elencati nell’articolo 62 sono vietati *ex se*¹⁶⁸, a prescindere dalla prova dell’esistenza di quella posizione dominante che è il presupposto del divieto *ex art.* 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea.

Invece, quelli richiamati dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella Delibera citata, ossia quelli propri della dipendenza economica di cui alla legge sulla subfornitura, sono vietati qualora diano luogo ad un significativo squilibrio di diritti e di obblighi delle parti nelle rispettive posizioni di forza commerciale e, quindi, hanno come presupposto l’esistenza di un rapporto di dipendenza economica. Orbene, proprio a causa della necessità del presupposto del significativo squilibrio tra le forze economiche degli operatori commerciali, è evidente quale sia lo spazio di intervento dell’Autorità Garante nel sanzionare i comportamenti abusivi del secondo comma: occorre, cioè, che l’A.G.C.M. provi che, oltre alla condotta abusiva e

¹⁶⁸ In questi termini, F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, 1. L’Autore sostiene che si è in presenza di una tipizzazione di pratiche commerciali, che vengono comunque qualificate come illecite, senza necessità di dimostrare la sussistenza di ulteriori presupposti ai fini della qualificazione: presupposti, quali la posizione dominante o lo stato di dipendenza economica, la cui dimostrazione è spesso non agevole.

sleale, vi sia stato un significativo squilibrio tra le prestazioni dei contraenti¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Così, A. GERMANO', *Riflessione sui commi 2 e 8 del d.l. n. 1/2012*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 51.

3.2.3. Un modello di *public and private enforcement*

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di analizzare i commi 5, 6 e 7 dell'articolo 62, i quali prevedono sanzioni amministrative pecuniarie, in relazione alle violazioni delle disposizioni in tema di requisiti di forma-contenuto del contratto di cessione di prodotti agricoli ed alimentari (comma 1), divieti nelle relazioni commerciali (comma 2) e termini di pagamento (comma 3).

Si è altresì illustrato il ruolo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in ordine alla vigilanza sull'applicazione delle dette disposizioni e alla irrogazione delle sanzioni ivi previste.

Infine, occorre evidenziare i profili della responsabilità civile¹⁷⁰, la cui cognizione in giudizio è di competenza del giudice ordinario. Il comma 10 dell'articolo 62, infatti, dispone che “sono fatte salve le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni della presente disposizione, anche ove promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro o comunque rappresentative a livello nazionale. Le stesse associazioni sono altresì legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo l'inibitoria ai comportamenti in violazione della

¹⁷⁰ Sul punto, L. RUSSO, *Le violazioni all'art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, in *Rivista di diritto alimentare*, 4, 2012, 1.

presente disposizione ai sensi degli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile”.¹⁷¹

Con le nuove disposizioni, quindi, si è predisposto un meccanismo originale, quasi inedito, di *public and private enforcement*. Tale meccanismo, pur riconoscendo la competenza del giudice ordinario ad intervenire a difesa di interessi privati su istanza di parte, attribuisce un ruolo centrale all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale è tenuta ad esercitare, d’ufficio o su segnalazione, poteri di vigilanza e di intervento per reprimere o conformare verso assetti corretti ed equi le relazioni commerciali, generalmente di natura verticale (tuttavia non qualificabili quali intese verticali o come abusi di posizione dominante, bensì di abuso di dipendenza economica nei termini in precedenza indicati), che rappresentano un esercizio illecito del potere contrattuale, normalmente dal lato della domanda ed a detrimento del fornitore¹⁷².

Un sistema di tutela, dunque, concepito in termini binari, in cui coesistono il procedimento amministrativo dinanzi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e il processo civile davanti all’autorità giudiziaria ordinaria, nell’ottica auspicabile di una sempre maggiore tutela dell’imprenditore debole, sia esso o meno classificabile all’interno della teoria del cosiddetto “terzo contratto”.

¹⁷¹ Per un approfondimento, A. GERMANO’, *L’inibitoria e l’azione per danni in caso di violazione dell’art. 62 del d.l. 1/2012*, in *Rivista di diritto alimentare*, 3, 2012, 1.

¹⁷² Così, L. PETRELLI, *L’art. 62 dopo le ultime decisioni*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 10.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI - G. VILLA, Bologna, 2008.
- AA.VV., *Chitty on Contracts*, a cura di H. BEALE, Sweet&Maxwell, 31st ed., 2014.
- N. ADAMS – R. BROWNSWORD, *The Unfair Contract Terms Act: a decade of discretion*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 104, 1988, 94.
- F. ADDIS, *Sull’excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 4, 245.
- F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, 1.
- ID., *Prodotti alimentari o agroalimentari? Il TAR del Lazio, giudice del mercato e law maker, smentisce il MIPAAF e l’AGCM*, in *Rivista di diritto alimentare*, 3, 2013, 33.
- A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull’art. 62 L. n. 27 del 2012*, in *Giustizia civile*, fasc. 9, 2012, 441.
- A. ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, 1.
- P.S. ATIYAH, *Essays on contract*, Oxford University Press, 1986.
- D.G. BAIRD, *Self-interest and Cooperation in Long-term Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, 1990, 583.
- H. BEALE, *Inequality of bargaining power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, n. 1, 1986, 123.

ID., *Unfair Contracts in Britain and Europe*, in *Current Legal Problems*, 42, 1989, 197.

H. BEALE – W. BISHOP – M.P. FURMSTON, *Contract. Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 5th ed..

H. BEALE – T. DUGDALE, *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, in *British Journal of Law and Society*, vol. 2, n. 1, 1975, 45.

A.M. BENEDETTI – F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2013, 641.

G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione: dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 335.

C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990.

A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1, 2008, 140.

S. BRIGHT, *Winning the battle against unfair contract terms*, in *Legal Studies*, vol. 20, 3, 2000, 331.

E. BRODI, *Coordinamento tra imprese e "contratto di rete": primi passi del legislatore*, in *I contratti*, 7, 2009, 727.

C.E. BRUNO, *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 1, 2013, 202.

F. BRUNO, *L'accreditamento degli importatori di prodotti alimentari in USA*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 17.

V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 4, 2007, 383.

C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005, 549.

EAD., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 831.

D. CAMPBELL e D. HARRIS, *Flexibility in Long-term Contractual Relationships. The Role of Co-operation*, in *Journal of Law and Society*, vol. 20, n. 2, 1993, 166.

F. CAPELLI, *Le strane rileva nell'esaminare l'art. 62 del Decreto Legge n. 1/2012 convertito anomalie che il giurista in Legge 24 marzo 2012 n. 27*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 50.

E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 619.

R. CASO - R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998.

C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Diritto civile e diritti speciali* a cura di A. PLAIA, Milano, 2008.

G. CATALANO, *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contratti è deceduto o sta solo dormendo?*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 177.

C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2006, 439.

R. H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.

ID., *Essays in the Institutional Structure of Production*, Chinese, Shanghai, 1990.

ID., *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, 2006.

H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n. 2, 1994, 229.

ID., *Distributive justice through contracts*, in *Current Legal Problems*, 1992, 45 (2), 49.

ID., *Regulating Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

C. CREA, *Contratti tra imprese e sistemi reticolari fra cooperazione e concorrenza*, in *Rassegna di diritto civile*, 3, 2009, 905.

F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di eBay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 6, 2013, 2020.

L. DELLI PRISCOLI, *Consumatore, imprenditore debole e principio di uguaglianza*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, 755.

ID., *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 2006, II, 256.

E. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, fasc.2, 2012, 403.

G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Rivista di diritto privato*, 1998, 449.

M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

L. DE STEFANO, *L'uguaglianza sostanziale nella contrattazione di impresa*, in *I Contratti*, 4, 2011, 408.

G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 7, 2010, 653.

ID., *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'articolo 4 della legge 129/2004*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, 769.

S. D'ANDREA, *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, nella collana «50 anni della Corte Costituzionale», curata da P. PERLINGIERI, Napoli, 2006, 63.

D. DI BENEDETTO, *La disciplina della subfornitura*, in *Rassegna di diritto civile*, 1, 2006, 1.

F. DI CIOMMO, *Il franchising e gli altri contratti di distribuzione*, in V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005.

L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto della distribuzione commerciale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 5, I, 681.

P. 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*, in *Rivista di diritto commerciale*, 10-11-12, 2005, II, 338.

L. FALLETTI, *Dal Draft of Common Frame of Reference al Feasibility Text: verso un regolamento opzionale sul diritto europeo dei contratti?*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1, 2012, I, 187.

- A. FALZEA, *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2005, I, 1.
- V. FARINA, *Il franchising: profili rimediali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2011, 433.
- P. FAVA, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, 232.
- P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione dl contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto* a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008.
- A. FICI, *Il contratto di franchising*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.
- ID., *La qualificazione del contratto di franchising*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2009, 75.
- M. FILICE, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2015, 87.
- M. FLICK, *Il contratto nelle “reti di imprese”: problemi e prospettive*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2008, 339.
- A. FOUILLE’, *Qui dit contractuel, dit juste*, in *La science sociale contemporaine*, Paris, Librairie Hachette, 1880.
- R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica-Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.
- A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192 del 1998: problemi di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 1999, 193.
- P. GAGGERO, *Diritti della persona, responsabilità civile, diritto dei contratti dal codice del 1865 ad oggi*, in *Giustizia civile*, fasc.4, 2012, 163.

F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1997, 423.

A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 555.

ID., *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 2006, 1, 110.

ID., *A proposito di: G. De Nova, "Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno"*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2012, 133.

A. GERMANO', *Riflessione sui commi 2 e 8 del d.l. n. 1/2012*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 51.

ID., *L'inibitoria e l'azione per danni in caso di violazione dell'art. 62 del d.l. 1/2012*, in *Rivista di diritto alimentare*, 3, 2012, 1.

A. GIANOLA, *Terzo contratto [agg.-2009]*, in *Digesto civile*, Torino, 570.

M. GIUFFRIDA, *La nullità virtuale di protezione del contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 48.

C.J. GOETZ – R.E. SCOTT, *Principles of relational contracts*, in *Virginia Law Review*, vol. 67, n. 6, 1981, 1089.

V.P. GOLDBERG, *Institutional change and the quasi-invisible hand*, in *The Journal of Law and Economics*, 17, 1974, 461.

J. GORDLEY, *Equality in Exchange*, in *California Law Review*, 1981, 69, 1587.

G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, in *Saggi di diritto antitrust, Quaderni romani di Diritto Commerciale, Serie Saggi*, a cura di B. LIBONATI – P. FERRO-LUZZI, n. 18, Milano, Giuffré, 2010.

D. HARRIS – D. TALLON, *Contract Law Today*. Anglo-French Comparisons, Clarendon Press, Oxford, 1989.

C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Gilles Goubeaux, *Le contrat au début du XX siècle – Etudes offertes a Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, 456.

A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2013, 56.

F. KESSLER, *Contracts of Adhesion, Some thoughts about Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943.

A.T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, in *Yale Law Journal*, 1980, 89, 472.

V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 2011, II, 1479.

R. LEWIS, *Contracts between Businessmen: Reform of the Law of Firm Offers and an Empirical Study of Tendering Practices in the Building Industry*, in *Journal of Law and Society*, 1982, 9 (2), 153.

M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 1, 1.

ID., *Caratteristiche delle normativa antitrust e sistema giuridico italiano. Un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2000, I, 494.

N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 4.

V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Diritto e processo amministrativo*, fasc. 4, 2010, 1326.

E. MACDONALD, *Unfair Contract Terms Act – Thirty Years On*, in *Contract Terms*, edited by A. Burrows and E. Peel, Oxford University Press, 2007.

I.R. MACNEIL, *The many futures of contracts*, in *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, 691.

A. MAJELLARO, *La subfornitura nella prassi industriale e commerciale*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 165.

R. MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mancato esperimento del tentativo di conciliazione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 2007, II, 1291.

A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2010, 117.

ID., *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 347, nota a Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106

S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi ed ecco venire un grande vento di là dal deserto (Giobbe, 1,19)*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 3, 2010, 601.

A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Rivista delle società*, 4, 2008, 649.

E. MCKENDRICK, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 5th ed., 2012.

C. MEDICI, *Il controllo sul contenuto economico dello scambio: una recente applicazione giurisprudenziale del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, 681.

M. MENDELSON, *Franchising Law*, Richmond Law & Tax Ltd, 2nd ed., 2004.

G. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 493.

P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2005, I, 489.

A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2003.

R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, Jovene, 2004.

ID., *Abuso di dipendenza economica*, in *Digesto civile*, 2003.

E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, 5, I, 516.

P. NEBBIA, *La subfornitura industriale*, in *I contratti di somministrazione e distribuzione*, a cura di R. BOCCHINO e A.M. GAMBINO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Utet Giuridica, 2011, 731.

G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 6, 2006, I, 43.

S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2, 2010, I, 409.

N. PALMER – D. YATES, *The future of the Unfair Contract terms Act 1977*, in *Cambridge Law Journal*, 40, 1, 1981, 108.

R. PARDOLESI, *Prefazione*, a G. COLANGELO, *L'abuso della dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'indagine comparata* (Torino 2004), XII.

ID., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979.

ID., *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 1167.

M.M. PARINI, *Abuso di dipendenza economica: predisposizione di clausole inique o discriminatorie e potere integrativo del giudice*, in *Vita notarile*, 2011, 1151.

L. PETRELLI, *L'art. 62 dopo le ultime decisioni*, in *Rivista di diritto alimentare*, 1, 2014, 10.

V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 393.

L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 2, 370.

R. RINALDI e F. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in P. SPOSATO-M. COCCIA (a cura di), *La disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999.

F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 6, 440.

V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, 769.

ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in AA. VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRINI, Milano, 2007.

ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2007, 683.

ID., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2007, 602.

G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Rivista delle Società*, 1998, 14.

F. RUSCELLO, *Contratti fra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, in *Vita Notarile*, 2012, 1, II, 411.

E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica e «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 2009.

L. RUSSO, *Le violazioni all'art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, in *Rivista di diritto alimentare*, 4, 2012, 1.

G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979.

V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, I, 736.

A. SCHWARTZ – L.L. WILDE, *Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1970 (127), 630.

G. SIMONINI, *Il contratto di concessione di vendita nel settore automobilistico: profili evolutivi della nostra giurisprudenza*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 6, 1216.

P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, 4, II, 415.

R. L. SMITH II, *Franchise regulation: an economic analysis of state restrictions in automobile distribution*, in *Journal of Law and Economics*, vol. XXV, 1982, 125.

S.A. SMITH, *In Defence of Substantive Fairness*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, 138.

A. SPADAFORA, *Abuso della libertà negoziale tra acquisizioni normative e riletture giurisprudenziali*, in *Giustizia civile*, fasc.2, 2012, 53.

R. SUBIOTTO QC - C. DAUTRICOURT, *The Reform of European Distribution Law*, in *World Competition*, 34, 1, 2011, 11.

B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e Responsabilità*, 2002, 7, 765.

R. TASSONE, *Clausole “claims made”, professionisti e “terzo contratto”*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 717.

S.N. THAL, *The inequality of bargaining power doctrine: the Problem of defining Contractual Unfairness*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, n. 1, 1988, 17.

R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 4, 2012, 1.

E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 6, 1264.

M. J. TREBILCOCK, *An Economic Approach to the Doctrine of Unconscionability*, in B.J. REITER and J. SWAN, *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980, 379.

M.J. TREBILCOCK – D.N. DEWEES, *Judicial control of standard form contracts*, in *The Economic Approach to Law*, edited by P. BURROWS – C.G. VELJANOVSKI, Butterworths, London, 1981.

G. TUCCI e C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2006, 99.

D. VALENTINO, *Il contratto “incompleto”*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2008, 509.

G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, 743.

ID., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Rivista trimestrale di diritto proc. civile*, fasc. 3, 2008, 751.

ID., *Contratto e concorrenza*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 4, 765.

ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, 1, 21.

G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 4-5, 917.

A. VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, 111.

F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Rivista di diritto privato*, 1999, 40.

ID., *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, 303.

S. WHITTAKER, *A Framework of Principle for European Contract Law*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 125, 2009, 616.

ID., *Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges*, in *The Modern Law Review*, 74, 1, 2011, 106.

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 5, 515.

S. ZORZETTO, *La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura*, in *Ricerche Giuridiche*, 2, 1, 2013, 9.

D. ZUCCARO, *La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza*, in *Rivista di diritto privato*, 3, 2012, 409.

SITOGRAFIA

<http://europa.eu>

<http://www.agcm.it>

<http://www.agenziaentrate.gov.it>

<http://www.normattiva.it>

<http://www.rivistadirittoalimentare.it>

<http://www.gruppo2013.it>

<http://www.lawcom.gov.uk>

<http://www.scotlawcom.gov.uk>

<http://iecl.ox.ac.uk>

GIURISPRUDENZA

- Tribunale di Bari, ord. 6 maggio 2002
- Tribunale di Roma, sent. 5 novembre 2003
- Tribunale di Bari, ord. 11 ottobre 2004
- Tribunale di Bari, ord. 17 gennaio 2005
- Corte d'Appello di Milano, ord. 20/26 aprile 2005
- Corte d'Appello di Milano, ord. 12/23 luglio 2005
- Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 14716 del 13 luglio 2005
- Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 17398 del 26 agosto 2005
- Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 20923 del 27 ottobre 2005
- Tribunale di Civitavecchia, sent. 5 aprile 2006
- Tribunale di Trieste, ord. 20 settembre 2006
- Corte di Cassazione, sent. n. 20106 del 18 settembre 2009
- Tribunale di Torino, ord. 11 marzo 2010
- Corte di Cassazione, S.U., sent. n. 24906 del 25 novembre 2011
- Tribunale di Catanzaro, ord. 18 aprile 2012
- T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, sent. n. 7195 del 17 luglio 2013
- Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 1673 dell'8 aprile 2014
- Corte di Cassazione, sez. III, sent. n. 18186 del 25 agosto 2014

consultabili anche in Banca Dati De Jure e ItalGiure.

RINGRAZIAMENTI

Si ringrazia l'Institute of European and Comparative Law della Faculty of Law - University of Oxford ed, in particolare, il Professor Stefan Vogenauer, per la preziosa guida.