



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"MARCO FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE
E STUDI INTERNAZIONALI**

**CORSO DI LAUREA QUADRIENNALE
IN ECONOMIA E COMMERCIO**

**"ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E TUTELA
DELL'IMPRENDITORE DEBOLE"**

**RELATORE:
CH.MO PROF. ARIANNA FUSARO**

**LAUREANDO:
ROBERTO MODENESE**

MATRICOLA N. 421129

ANNO ACCADEMICO 2017 – 2018

INDICE

Capitolo 1 - L'autonomia privata e la tutela del contraente debole	1
Capitolo 2 - L'abuso di dipendenza economica	9
2.1 - <i>L'iter della disposizione contenuta nell'art. 9 della legge sulla subfornitura</i>	9
2.2 - <i>La natura ibrida dell'abuso di dipendenza economica</i>	13
2.3 - <i>Gli aspetti economici della fattispecie</i>	18
2.4 - <i>L'ambito di applicazione soggettivo</i>	26
2.5 - <i>L'ambito di applicazione oggettivo</i>	28
2.6 - <i>Il concetto di dipendenza economica</i>	36
2.7 - <i>Le modalità di realizzazione dell'abuso</i>	44
2.8 - <i>La nullità del patto</i>	53
Capitolo 3 - La legge sulla subfornitura: ulteriori spunti normativi	66
Capitolo 4 - La legge sul franchising	73
Capitolo 5 - Il contratto di agenzia	84
Capitolo 6 - La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali	95
Conclusioni: la tutela dell'imprenditore debole	108
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	118

CAPITOLO 1

L'AUTONOMIA PRIVATA

E LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE

L'autonomia privata viene definita quel potere di autoregolamentare i propri interessi compiendo atti negoziali che possono avere o meno un contenuto patrimoniale. Nel corso degli anni abbiamo assistito ad un'erosione dei confini di questa "cittadella" della volontà individuale, tanto che alcuni autori sostengono di dover sostituire il termine autonomia con quello di mera iniziativa privata¹.

Nella visione liberale ottocentesca le parti nel rapporto contrattuale si trovavano in una situazione di sostanziale parità e dovevano essere libere di stabilire il regolamento contrattuale a piacimento senza che il legislatore potesse intervenire a influenzare questa regolamentazione. Altro elemento centrale è il ruolo asettico del giudice, che non poteva intervenire a posteriori sul regolamento raggiunto, sindacando sull'equivalenza tra le prestazioni.

Questa visione partiva dal presupposto che ciascuna parte non avrebbe mai siglato un contratto sconveniente per sé e ogni eventuale limitazione della libertà a contrarre era vista come qualcosa di negativo e pericoloso non solo per il sistema giuridico stesso ma anche per il sistema economico. L'iniziativa economica privata ne avrebbe risentito e contestualmente anche il mercato nel suo complesso.

Contratto e mercato procedono di pari passo, come elementi correlati e indissolubili, e l'efficienza di quest'ultimo si sarebbe potuta raggiungere solo lasciandolo libero di operare, senza lacci e laccioli, evitando qualsiasi intervento dello Stato.

Questa impostazione utopistica non trova riscontro pratico, in quanto l'ordinamento non riconosce incondizionatamente tutte le manifestazioni di autonomia, ma esercita sempre un controllo su queste. Le parti inoltre non sono sempre libere di formare la loro volontà e non sono sempre in una condizione effettiva di parità². Assistiamo ad uno "scontro" di differenti poteri contrattuali e la parte più forte è destinata a squilibrare a proprio favore la definizione

¹ P. PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2003, pag. 133 e ss.

² R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Tratto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, pag. 14.

del regolamento contrattuale. Il contratto diviene per una delle parti un atto etero-regolamentato.

La visione liberale prefigurava “un mercato perfetto dominato dalla concorrenza e dove tutti hanno eguale possibilità di accesso alle risorse pienamente liberi e informati”³. Nella realtà ciò non si verifica e quindi nei rapporti tra privati e anche nel mercato finiscono per prevalere i soggetti forti, quelli dotati di maggior potere contrattuale che quindi detteranno legge.

Durante il XX secolo la società cambia e con sé anche il sistema capitalistico. Si diffonde la contrattazione di massa, assistiamo al diffondersi di sistemi di monopolio: si impongono le pratiche restrittive. Tutto questo contribuisce a sgretolare le certezze del mondo liberale e percorrere altre strade ideologiche. Lo Stato inizia ad intensificare i propri interventi in economia e anche in ambito contrattuale per soddisfare interessi generali attraverso la limitazione delle libertà dei singoli.

Il frutto di questo cambiamento di rotta lo possiamo trovare nel codice del 1942. Le parti hanno ancora molto spazio per manifestare le proprie volontà ma vengono contemporaneamente previsti dal legislatore dei limiti. Limiti “esterni”, come nel controllo di liceità a riguardo di clausole o previsioni in contrasto con norme imperative, con l’ordine pubblico o con il buon costume; e limiti “interni”, previsti da fonti diverse dall’accordo, come la legge, gli usi e l’equità che intervengono in caso il regolamento risulti lacunoso oppure in contrasto con quanto previsto dalle parti.

Assistiamo così ad un nuovo approccio nel modo di considerare il regolamento contrattuale tra privati, che non persegue più solo l’interesse esclusivo delle parti, ma tende a realizzare finalità generali di ordine politico, sociale ed economico. È bene comunque sottolineare che nel codice del 1942 il contraente debole era ancora una figura sconosciuta, e se veniva tutelato in alcune disposizioni ciò accadeva solo in modo indiretto. Tra queste possiamo inserire le situazioni patologiche relative nell’incapacità naturale del contraente⁴.

L’unico strumento di tutela riservato al contraente debole potrebbe rinvenirsi nella disciplina delle condizioni generali del contratto, prevista in seguito alla diffusione della contrattazione di massa. In questi casi il contenuto del contratto risulta predeterminato unilateralmente da una parte. Lo strumento dell’art. 1341 c.c., pur essendo importante, è comunque da

³ A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata e collettiva* a cura di P. Rescigno, Napoli – Roma, 2006, pag. 138.

⁴ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2001, pag. 780.

considerarsi inadeguato per la sua connotazione meramente formale e inadatta a riequilibrare il regolamento contrattuale⁵.

Nel dopoguerra, con la Costituzione repubblicana, la disciplina codicistica e il principio dell'autonomia privata devono subire una rilettura. Nuovi infatti sono i valori fondanti del nuovo Stato e il contratto deve diventare il mezzo per attuare un giusto ordine sociale. La libera iniziativa economica privata infatti non deve porsi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo di recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41 Cost.), il principio di solidarietà (previsto dall'art. 2) è anteposto alla libertà individuale e il principio di eguaglianza (art. 3) impone allo Stato la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'eguaglianza e la libertà dei cittadini.

Queste sono le giustificazioni alla base della disciplina volta alla limitazione dell'autonomia privata frutto della Costituzione; questo tipo di tutela è da considerarsi comunque legata ad un fenomeno generalizzato di squilibrio socio economico. Seguendo la nuova concezione dell'autonomia privata perseguita nel secondo dopoguerra assistiamo all'introduzione di alcune leggi speciali e contemporaneamente ai primi interventi legislativi comunitari che cercano di tutelare il contraente debole, il lavoratore e il consumatore.

Dando quindi per assodato che ci sia stato un rimescolamento delle carte in materia di autonomia privata, a questo punto si pone il problema di misurarne il vero valore. La dottrina ha dapprima cercato di descrivere questi processi come semplici eventi occasionali e parziali rispetto al principio cardine ancora valido, ma col passare del tempo la diffusione e l'incisività di questi interventi ha reso impossibile la minimizzazione di questo fenomeno.

Si è parlato di crisi del contratto se non addirittura di morte dello stesso⁶. Indubbiamente c'è stata una restrizione del potere dato ai soggetti di autodeterminarsi, ma il contratto non è morto, si sta solo adattando all'ambiente, un ambiente mutevole che lo costringe ad ampliare i suoi ambiti, a cambiare la sua struttura e diversificare le proprie funzioni, a cercare di soddisfare interessi diversi non identificabili solamente con la volontà dei singoli contraenti. Una struttura aperta alla luce dei nuovi principi costituzionali.

Gli interventi a tutela del contraente debole invece non possono essere considerati come una limitazione del potere di autodeterminarsi, in quanto sono rimedi finalizzati a riequilibrare una situazione di disequaglianza dando la possibilità alle parti di autodeterminarsi liberamente.

⁵ C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, pp. 368 e ss.

⁶ G. GILMORE, *The death of contract*, traduzione di A. Fusaro, Milano, 1988.

Parte della dottrina comunque sottolinea l'importanza di operare una distinzione all'interno della categoria dei contraenti deboli, ossia tra la figura del consumatore e quella dell'imprenditore debole. Le loro tutele infatti nascono da presupposti diversi. Nel primo caso infatti c'è una vera e propria incisione sull'esercizio dell'autonomia privata che non mira a ripristinare l'esercizio della stessa da parte di entrambi. Nel caso dell'imprenditore debole la ratio è la difesa della libertà di autodeterminarsi⁷.

Altro elemento di revisione critica riguarda l'equità dello scambio, che per tradizione si è sempre sostenuto non costituisca materia di regolamentazione legislativa, se non nelle situazioni di estrema anomalia⁸. Gli interventi in tal senso sono ormai numerosi⁹ e non possono essere considerati delle semplici eccezioni al principio di intangibilità del regolamento contrattuale.

Negli ultimi anni la disciplina comunitaria ha svolto un ruolo essenziale. Tutto ha inizio a partire dagli anni settanta, quando la Comunità europea ha iniziato ad occuparsi dei consumatori, soggetti che agiscono per scopi estranei all'attività d'impresa che necessitano di tutela a causa dell'asimmetria informativa e la minor forza economica rispetto al professionista che potrebbe approfittare di questa situazione di squilibrio tra le parti.

L'Unione europea si prefigge l'obiettivo di tutelare il mercato evitando contrattazioni viziate e riequilibrando la posizione delle parti; attraverso il processo di europeizzazione del contratto che ha trovato il suo culmine negli anni novanta abbiamo assistito all'adozione di una disciplina che mira ad eliminare le asimmetrie informative e le diverse forze economiche degli operatori seguendo il principio dell'uguaglianza sostanziale. Per prima cosa si cerca di garantire la trasparenza, attraverso l'imposizione di precisi obblighi di forma e obblighi di informazione. Viene previsto per il consumatore il diritto di recedere dal contratto *ad nutum* e senza giusta causa entro un preciso termine dalla conclusione del contratto. Nasce una nuova tipologia di nullità, chiamata "di protezione". Vengono recepite le direttive in materia di clausole abusive e attraverso queste limitazioni sul contenuto contrattuale il dogma dell'intangibilità dell'atto di autonomia privata viene abbattuto.

La disciplina regola diverse figure contrattuali in modo trasversale accomunandole non tanto per tipologia negoziale ma in base alle caratteristiche soggettive dei destinatari; alcuni autori

⁷ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, pag. 78

⁸ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Riv. Dir. Priv., pag. 777.

⁹ Art. 33 e ss. del codice del consumo in materia di clausole abusive; l'art.9 della legge 192/98 in materia di abuso di dipendenza economica; l'art. 7 del d.lgs. n. 231/02 relativo alla lotta contro i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali.

hanno ipotizzato la nascita dello status di consumatore, una qualifica che attribuisce alla persona fisica una posizione giuridica particolare¹⁰. L'approvazione del Codice del consumo nel 2005 tenderebbe a suffragare non solo la teoria dello status del consumatore ma anche a legittimare l'esistenza della categoria giuridica dei contratti dei consumatori. E' una svolta epocale perché in questo modo viene meno la tendenziale unitarietà del diritto dei contratti¹¹.

Dopo aver disciplinato le forme di tutela del contraente debole il legislatore comunitario pose la sua attenzione alla tutela dell'imprenditore debole. L'imprenditore, in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi, non venne considerato bisognoso di tutele per molto tempo, lasciandolo libero di autodeterminare il proprio regolamento contrattuale.

Con il passare del tempo però, il legislatore comunitario si è reso conto che anche nei rapporti tra imprenditori può esserci una differente forza contrattuale tra le parti e questo abuso può danneggiare ugualmente il mercato e il consumatore stesso¹². La figura dell'«imprenditore debole», spesso presente nei rapporti contrattuali, non è mai stata espressamente presa in considerazione nel nostro ordinamento e in quello comunitario.

Le ragioni della mancanza di una definizione normativa sono di due tipi. La prima nasce dalla non facile individuazione degli imprenditori meritevoli di tutela in quanto la loro debolezza è un fenomeno momentaneo e contingente allo specifico rapporto che si pone in essere, una situazione che si può definire occasionale e relativa¹³. La seconda deriva dal fatto che la condizione di debolezza è collegata a svariate circostanze, che possono essere la dipendenza tecnologica, la dipendenza economica, la difficoltà di reimpiego di investimenti pluriennali oppure fattori legati alle condizioni del mercato¹⁴.

Il legislatore rinuncia a dare una definizione ex ante di imprenditore debole, puntando piuttosto sulla ricerca dell'esistenza di un diverso potere contrattuale tra i contraenti con una valutazione ex post, basata su un'analisi accurata degli eventi concreti che solo giudici e regolatori sono in grado di dare. Con una definizione a priori troppo rigida si rischierebbe infatti di attribuire tutela a imprenditori che nei fatti deboli non sono.

¹⁰ M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. Merito*, 2004, pag. 2637.

¹¹ A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, pag. 7.

¹² C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, pag. 396.

¹³ E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligaz. e contr.*, 2008, pag. 10

¹⁴ F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, pag. 178 e ss.

Per effettuare l'analisi dei casi concreti potrebbe essere utile anche l'estrapolazione di "criteri" dalle discipline che già regolano questa situazione di debolezza dell'imprenditore (vedi la legge n.192/98 sulla subfornitura, la legge n.129/2004 sul franchising e la disciplina sul contratto di agenzia prevista nel codice civile). Utili al nostro caso anche i Principi del diritto europeo dei contratti predisposti dalla Commissione Lando, che indica i casi in cui un imprenditore può essere considerato contraente debole¹⁵.

In un primo momento si è discusso se applicare, alla figura dell'imprenditore debole, la disciplina prevista per il consumatore, estendendo quindi la nozione di consumatore, ma questa soluzione è stata esclusa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, che ha adottato invece una nozione restrittiva.

Si è pensato allora di procedere per analogia, essendo entrambe figure di "contraente debole", ma anche questa soluzione è da rigettare in quanto le asimmetrie che determinano la situazione di debolezza sono di diversa natura. La debolezza del consumatore deriva da un'asimmetria informativa. Nasce dal fatto che quest'ultimo non dispone delle informazioni e delle conoscenze di cui dispone il professionista. E' un contraente inesperto che agisce in un settore che non gli compete¹⁶. L'imprenditore debole invece opera nel proprio ambito professionale, quindi l'asimmetria che lo caratterizza è semplicemente economica, derivante da una situazione contingente.

È doveroso comunque sottolineare come la debolezza del consumatore non sia accertata in concreto ma solo presunta; in conseguenza di ciò il consumatore non è necessariamente un soggetto debole mentre possiamo dire che la debolezza ascrivibile all'imprenditore deve essere accertata in concreto.

Una delle prime discipline a tutelare in generale la figura dell'imprenditore debole è la Legge n. 287 del 10 ottobre 1990 "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", la così detta legge antitrust, che mira a regolamentare le distorsioni del mercato in seguito ad accordi anticoncorrenziali. Questa legge tutela indirettamente anche l'imprenditore che a seguito di abusi di posizione dominante potrebbe venire a trovarsi in posizione di debolezza. Non è

¹⁵ L'art. 4:109 comma 1: "Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: (a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e (b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto".

¹⁶ G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, pag. 20.

tuttavia una tutela completa, in quanto trova applicazione solo nei casi di lesione della concorrenza, tralasciando i vari casi di semplice differente forza contrattuale tra le parti.

Anche il codice civile disciplina violazioni in materia di concorrenza sleale agli artt. 2598 e ss., ma in questo caso, come richiesto dalla giurisprudenza¹⁷, siamo di fronte ad imprese che tra loro devono avere un rapporto di concorrenzialità; il danno deriva dalla capacità di sviare la clientela dunque è necessario che tra i vari soggetti vi siano clienti in comune. Sarebbe comunque da escludere l'applicazione delle norme sulla concorrenza sleale tra soggetti che operano in diversi stadi della catena produttivo-distributiva¹⁸.

Tra gli strumenti di diretta applicazione troviamo alcune norme previste all'interno della disciplina dei contratti dei consumatori, ma le possiamo considerare sporadiche e poche significative¹⁹ alla trattazione della nostra analisi. Degne di nota sono invece la Legge n. 192/1998 relativa alla subfornitura, che contiene all'art. 9 la norma sull'abuso di dipendenza economica e con il quale si attribuisce per la prima volta rilevanza giuridica allo stato di debolezza all'interno del rapporto di impresa²⁰; le disposizioni relative al rapporto di agenzia, la Legge n. 128/2004 che disciplina il contratto di affiliazione commerciale (c.d. franchising) e infine il Decreto legislativo n. 231/2002 relativo alla disciplina dei ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali.

Nasce quindi quell'astratta categoria indicata come "terzo contratto". La dottrina ne dà una definizione residuale²¹, ossia vengono fatti rientrare in questa categoria tutti quei contratti non riconducibili al c.d. "primo contratto", concluso da parti poste sullo stesso piano in termini di potere contrattuale, né assimilabili al "secondo contratto", quello concluso tra consumatore e professionista e disciplinato dal Codice del consumo. Il presupposto essenziale è che entrambi i contraenti siano imprenditori e che tra di essi vi sia uno squilibrio di potere contrattuale.

¹⁷ Tribunale di Bari, 09-06-1993, in Giur. Ita, 1993, pag. 634.

¹⁸ Tribunale di Catania, 31-05-1991, in Giust. Civ., 1991, pag. 569.

¹⁹ L'art. 37 del Codice del consumo prevede la legittimazione per esercitare l'azione inibitoria contro i professionisti o le associazioni di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali vessatorie anche alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio. L'art. 36 comma 4, che prevede il diritto di regresso per il venditore nei confronti del fornitore per danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive. Infine l'art. 131 che prevede per quando un venditore finale è responsabile nei confronti del consumatore a causa di un difetto di conformità imputabile ad un'azione o ad un'omissione del produttore, di un precedente venditore della catena contrattuale distributiva o di qualsiasi altro intermediario, ha diritto di regresso nei confronti del soggetto responsabile.

²⁰ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in Eur e Dir. Priv., 1999, pag. 1179.

²¹ Definizione coniata da R. PARDOLESI nella prefazione del testo G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, pag. XIII.

La nostra analisi partirà dall'istituto dell'abuso di dipendenza economica, definito "il perno intorno al quale ruota il terzo contratto", evidenzieremo le fortissime interdipendenze tra contratto, mercato e regole di concorrenza. Di fatto possiamo definire la dipendenza economica come l'ultima dimensione del diritto antitrust, attraverso l'introduzione del concetto di posizione dominante relativa, una posizione che è in relazione alla controparte contrattuale e non necessariamente sull'intero mercato rilevante.

Le regole della concorrenza pertanto incideranno direttamente sull'autonomia contrattuale delle parti²² e gli interventi legislativi e giurisprudenziali degli ultimi anni, seppur in modo eterogeneo, oltre a confermare questa tendenza, testimoniano un passaggio da una concezione soggettivistica del contratto, incentrate sul dogma della volontà, a quella oggettivistica, fondata sulla congruità dello scambio²³.

²² C. OSTI e R. PARDOLESI, *Il problema della dipendenza economica*, in Atti del convegno ITA, 7.10. 1998.

²³ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in Riv. Dir. Priv., 2000, pag. 21.

CAPITOLO 2

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

2.1 – L'iter legislativo della disposizione contenuta nell'art. 9 della legge sulla subfornitura; 2.2 – La natura ibrida dell'abuso di dipendenza economica; 2.3 – Gli aspetti economici della fattispecie; 2.4 – L'ambito di applicazione soggettivo; 2.5 – L'ambito di applicazione oggettivo; 2.6 – Il concetto di dipendenza economica; 2.7 – Le modalità di realizzazione dell'abuso; 2.8 – La nullità del patto;

L'abuso di dipendenza economica è vietato dall'art. 9 della Legge 18 giugno 1998, n. 192, che riguarda la disciplina della subfornitura nelle attività produttive; il legislatore, con questa materia, ha attribuito per la prima volta rilevanza giuridica allo stato di debolezza all'interno dei rapporti tra imprese²⁴.

I lavori preparatori sono stati oggetto di un notevole dibattito dottrinale, dato che la norma è sempre stata di difficile collocazione, sospesa tra il diritto civile e il diritto della concorrenza²⁵. La stessa relazione di accompagnamento fa esplicito riferimento agli art. 26, comma 2, del GWB tedesco e l'art. 8, lettera b, dell'ordinanza 1 dicembre 1986 n. 1243 francese, disposizioni che rientrano tra le discipline a tutela della concorrenza e che costituiscono modelli di riferimento per il legislatore comunitario.

2.1 - L'iter legislativo della disposizione contenuta nell'art. 9 della legge sulla subfornitura

Tutto ebbe inizio con un disegno di legge della XII legislatura²⁶, che mirava a disciplinare il rapporto di subfornitura: alcuni comportamenti, posti in essere da committenti dotati di maggior forza contrattuale, vennero qualificati come abuso di posizione dominante, estendendo di fatto l'art. 3 della legge n.287/90 sulla concorrenza e sul mercato.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in seguito abbreviata AGCM) in un parere del 20 giugno 1995 si dichiarò contraria a questa estensione pur apprezzando il tentativo di migliorare lo svolgimento delle transazioni commerciali in termini di trasparenza e certezza. Cercare di migliorare la concorrenzialità dei mercati attraverso una dilatazione

²⁴ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in Eur. e Dir. Priv., 1999, pag. 1179.

²⁵ V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, Riv. Dir. Civ., 2000, pag. 389 e ss.

²⁶ L'art. 10 del testo unificato dei disegni di legge n. 932 e n.1143.

innaturale della nozione di abuso di posizione dominante era da considerarsi inopportuna, dato che l'art. 3 della legge antitrust già prevede la possibilità di intervenire verso un'impresa che detiene una posizione dominante nei confronti dei propri fornitori ma è necessario comunque fare un distinguo con i casi in cui la non equità si verifichi solo nell'ambito di rapporti contrattuali di scambio bilaterale²⁷. Fu così che nella XIII legislatura nacque, o sarebbe meglio dire venne ripescata²⁸, la figura dell'abuso di dipendenza economica come fattispecie autonoma²⁹ ad uso e consumo della normativa antitrust, pensando di collocarla infatti all'art. 3-bis della legge n. 287/90.

Come possiamo notare, entrambi i tentativi, ossia l'abuso di posizione dominante "esteso" da una parte, e la nuova figura dell'abuso di dipendenza economica, miravano comunque a modificare la disciplina antitrust. Anche questo progetto si scontrò con il parere negativo dell'AGCM, espresso l'11 febbraio 1998³⁰. In questo caso l'Authority sottolineò che mentre le norme antitrust, essendo disposizioni di carattere generale, hanno lo scopo di proteggere il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato, la figura dell'abuso di dipendenza economica deve essere invece accostata alle regole specifiche inerenti alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti; debbono pertanto collocarsi nella tematica dell'equilibrio contrattuale e pertanto ricadere nella sfera di azione del giudice ordinario³¹.

Tra il primo e il secondo parere possiamo notare una marcata divergenza di vedute, dato che l'Authority inizialmente spinge il legislatore a inserire il divieto di abuso di dipendenza economica all'interno della disciplina della concorrenza, invitandolo ad uniformarsi all'esperienza di altri paesi europei, e successivamente consiglia invece di non collocarlo all'interno della Legge n. 287/90.

Le argomentazioni contrastano a tal punto che una parte della dottrina definisce il testo del secondo parere «piuttosto superficiale e del tutto sganciato dal suo diretto antecedente...

²⁷ Segnalazione AS046 del 20 giugno 1995, in *Bollettino dell'autorità garante della concorrenza e del mercato* n. 23, 1995, pp. 37-38.

²⁸ La figura dell'abuso di dipendenza economica era già presente in una proposta della X Commissione Senato nella XII legislatura.

²⁹ Vedi le relazioni ai disegni di legge n. S. 637 e S. 644 poi unificate in un unico testo in materia di subfornitura, il disegno di legge A.C. n. 3509

³⁰ Segnalazione AS121 dell'11 febbraio 1998, in *Bollettino dell'autorità garante della concorrenza e del mercato* n. 5, 1998, pag. 15.

³¹ 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*, Giur. Comm., 1998, pag. 836.

l'autorità avanza riserve di fondo sull'ADE quasi lasciando intendere che si tratti di un oggetto non identificato piombato sulle aule parlamentari»³².

Il cambiamento di rotta dell'AGCM, a riguardo del rapporto tra ADE e finalità dell'antitrust, potrebbe essere accostato al classico dibattito in merito all'individuazione dell'interesse che l'autorità stessa dovrebbe tutelare. Da sempre in dottrina ci si chiede se la finalità principale di quest'organo sia sostenere la dinamica concorrenziale, contrastare il potere economico privato, oppure l'uso efficiente delle risorse, o ancora, perseguire piuttosto una certa giustizia distributiva. Ogni finalità porta con sé conseguenze diverse sulla modalità di tutela a favore dell'impresa debole³³.

In ogni caso, le obiezioni emerse dal secondo parere dell'AGCM, furono accolte e il legislatore decise di collocare l'ADE all'interno della legge sulla subfornitura. L'art. 9 della legge n. 192/98, nella sua versione originale recita:

«1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo».

Poco dopo l'emanazione della legge, cercando di verificare lo stato di attuazione e l'efficacia della stessa, la Commissione Industria, Commercio e Turismo del Senato, nella seduta del 20 gennaio 2000, analizzò dettagliatamente sia l'art. 1 contenente la definizione di subfornitura, sia l'art. 9. Su quest'ultimo si evidenziò una limitata praticabilità a favore delle imprese interessate, essendo stata configurata nell'ambito del diritto civile, e quindi azionabile solo su iniziativa di parte. Nessuna impresa subfornitrice, seppur in dipendenza economica, avrebbe interesse a interrompere il rapporto denunciando tale abuso.

³² R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di potere contrattuale*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1998, pag. 287.

³³ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 6-7.

Furono pertanto presentati due emendamenti, in data 16 febbraio 2000, ad un disegno di legge che disciplinava l'apertura e la regolamentazione dei mercati³⁴. Il primo puntava a modificare nuovamente l'art. 3 della legge antitrust inserendo l'ADE come art. 3 bis, ma fu rigettato. Il secondo, invece, si prefiggeva 1) di attribuire all'Authority il ruolo di garante della concorrenza e del mercato affidandole il compito di procedere a diffide e sanzioni nei casi di ADE, e 2) la possibilità di ottenere sia tutela inibitoria sia risarcitoria davanti al giudice ordinario.

Anche questa soluzione non ottenne i favori dell'AGCM, in quanto in un'audizione presso la X commissione Senato, il Presidente dell'autorità, espresse qualche perplessità, anche se tale giudizio non è comunque da considerarsi un parere in senso tecnico. Il resoconto dell'audizione³⁵ si può sintetizzare nei seguenti punti: a) L'organo preposto a giudicare la fattispecie viene considerato un fattore influente, e lo dimostra il fatto che in Germania e Francia, dove l'organo preposto al controllo è l'Antitrust, il numero di decisioni è comunque modesto; b) la maggiore applicazione della normativa legata all'ADE rispetto all'Italia, deriva dal fatto che questi due paesi hanno adottato formule legislative che legano la verifica della "dipendenza economica" a criteri economici di mercato; c) lo scarso utilizzo della disciplina può anche essere visto come qualcosa di non negativo, evitando di danneggiare, con una disciplina ad hoc che potrebbe risultare troppo "invasiva", i settori delle imprese nate a seguito dell'intensificarsi del decentramento produttivo; d) al di là dei casi di abuso di posizione dominante è difficile configurare un abuso di dipendenza economica che abbia effetti sull'assetto concorrenziale.

Con questo intervento desumiamo che per l'AGCM non solo la disciplina risulterebbe inutile, ma il suo scarso utilizzo potrebbe anche non essere considerato un male. Pertanto l'unica critica coerente e costruttiva la possiamo ritrovare nel solo punto b) mentre le altre sono da rigettare³⁶.

La X Commissione prese atto della sostanziale non attuazione dell'art. 9 a causa della modalità di formulazione della norma. I lavori si conclusero con una risoluzione³⁷ che auspicava un impegno del governo a monitorare costantemente l'attuazione della legge e un maggior coinvolgimento diretto dell'Authority, non solo per assicurare la tutela del corretto

³⁴ Art. 11 della Legge n. 57 del 5 marzo 2001 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati)

³⁵ Documento depositato presso l'ufficio di segreteria della X commissione permanente del Senato "Verifica dell'efficacia delle disposizioni di cui alla legge n. 192 del 18 giugno 1998", Roma 2 marzo 2000.

³⁶ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 11 e ss.

³⁷ Resoconto sommario della seduta di mercoledì 7 giugno 2000, n. 320 della X Commissione permanente del Senato della Repubblica.

svolgimento dei rapporti economici, ma anche per costruire un adeguato sistema di controlli e sanzioni.

La richiesta venne accolta con l'art. 11 della Legge n. 57 del 5 marzo 2001 recante «Disposizioni a tutela dell'apertura dei mercati» e prevedeva la modifica del terzo comma dell'art. 9 con il seguente:

«3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento del danno»

e l'aggiunta del comma 3-bis che attribuisce all'AGCM il potere di procedere a diffide e a sanzioni

«3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione dei terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso».

2.2 - La natura ibrida dell'abuso di dipendenza economica

L'ADE si presenta pertanto come un istituto particolarmente complesso che presenta innumerevoli collegamenti con il diritto dei contratti e con il diritto della concorrenza.

Come abbiamo potuto constatare, nel dibattito che ha contraddistinto il periodo antecedente la novella del 2001, legislatore e dottrina, a riguardo dell'individuazione della reale natura dell'istituto, si sono divisi in due versanti: da una parte i fautori della natura "civilistica" e dall'altra parte i fautori della natura "concorrenziale". Questa divisione in due blocchi, che ancora perdura in dottrina, porta i rispettivi sostenitori ad approfondire gli aspetti dell'istituto che ritengono maggiormente vicini a fattispecie astratte a loro note.

I primi ritengono l'ADE completamente estraneo alla disciplina antitrust e hanno focalizzato la loro attenzione soprattutto sul rapporto tra l'istituto e la normativa consumeristica, mentre i secondi considerano l'ADE una disposizione esclusivamente di natura concorrenziale e si

sono soffermati sul rapporto intercorrente tra normativa antitrust e l'abuso della posizione dominante.

Cercando di analizzare alcune delle posizioni sopra citate, tra i fautori della natura civilistica, spicca la tesi che tale istituto dovrebbe posizionarsi nello spazio della c.d. concorrenzialità libera, in quanto opera entro i confini della negazione lecita della concorrenza³⁸ e pertanto da considerarsi irrilevante ai fini antitrust.

Seguendo questo ragionamento la dipendenza economica sarebbe da intendersi quale espressione dello stato sociale e il valore tutelato sarebbe la protezione dei fattori esistenziali minimi del soggetto economico, lecitamente privato dal sistema economica della forza competitiva necessaria per sopravvivere autonomamente nel mercato³⁹.

Una tale presa di posizione troppo ideologica porterebbe a dover pensare che il diritto antitrust dovrebbe occuparsi esclusivamente del potere di mercato in senso classico rappresentato da una curva di domanda aggregata discendente (corrispondente ad una posizione di tendenziale monopolio) e non di una curva di domanda discendente relativamente ad un unico produttore.

Le conseguenze, che derivano dall'adesione ad una tale impostazione, porterebbero a limitare l'intervento dell'antitrust solo a quei casi in cui un'impresa abbia un potere assoluto sul mercato rilevante. Se ogni impresa aumentasse "individualmente" il prezzo del proprio prodotto portando ad un aumento generalizzato dei prezzi arriveremmo al paradosso che una tale situazione sarebbe del tutto estranea al diritto antitrust.

A questo punto arriveremmo a due distinte aree di competenza. La disciplina della concorrenza si occuperebbe di efficienza allocativa mentre al diritto civile non rimarrebbe che il perseguimento della giustizia distributiva. Una tale visione sarebbe troppo rigida e si porrebbe in contrasto con i fini che il diritto di concorrenza si prefigge, senza contare la perdita di benessere collettivo derivante dall'abuso di posizione dominante relativa.

È ormai assodato che anche l'abuso di dipendenza economica tende a stravolgere le condizioni di una possibile concorrenza effettiva. La fattispecie nasce infatti dall'incapacità del mercato di mettere a disposizione le alternative necessarie all'impresa debole per sottrarsi

³⁸ S. M. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in Riv. Dir. Industr., 1999, I, pag. 191.

³⁹ A. BARBA, *L'abuso di posizione dominante: profili generali*, in V. CUFFARO, *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, pag. 313.

alla sopraffazione della controparte, determinando una perdita in termini di benessere generale simile a quella derivante dall'abuso di posizioni monopolistiche.

Analizzare l'istituto attraverso una tale dicotomia è da definire alquanto azzardato, dato che i piani di intervento tra diritto civile e diritto della concorrenza non sono indipendenti: «ogni volta che si incide su un piano si generano ripercussioni più o meno evidenti sull'altro»⁴⁰.

Non dobbiamo nemmeno commettere l'errore di "impantanarci" nella dottrina civilistica. Dobbiamo infatti spaziare in altri istituti tipici del diritto commerciale operando delle interazioni con il mercato, con la concorrenza, con la contrattazione d'impresa e altri istituti. Il fine è quello di orientarci verso un piano di studi che sia più vicino possibile alla «concreta realtà economico-sociale del tempo moderno, nelle sue articolazioni strutturali e nei suoi aspetti funzionali»⁴¹, operando quindi una commistione tra materia civilistica e materia commercialistica⁴².

Il mercato non è altro che un insieme di contratti e il suo funzionamento è retto da norme sulla concorrenza; anche i singoli contratti possono incidere sulla sua struttura complessiva e ogni trattativa si intraprende sulle condizioni strutturali influenzate dal mercato in una sorta di rapporto biunivoco⁴³.

La disciplina della subfornitura è uno degli esempi di legislazione speciale prodotta a partire dagli anni novanta, che non ha solo confermato la decodificazione del Codice attuata con le leggi speciali targate anni settanta e ottanta, ma ne ha mutato notevolmente il paradigma di interpretazione. Le varie discipline riguardanti le cessioni di crediti d'impresa (legge n. 52/1991), i contratti negoziati fuori dei locali commerciali (d.lgs. n.50/1992), i contratti bancari e di credito al consumo (d.lgs. n. 385/1993), la disciplina dei pacchetti turistici (d.lgs. n.111/1995), i contratti di assicurazione vita (d.lgs. n. 174/1995) e di assicurazione danni (d.lgs. n. 175/1995), i contratti relativi alla prestazione di servizi finanziari (d.lgs. n. 58/1998), i contratti per la vendita di multiproprietà (d.lgs. n. 427/1998) e i contratti a distanza (d.lgs. n.185/1999) sono la testimonianza della c.d. "Europeizzazione" del contratto, una fase di legislazione speciale scaturita dall'attuazione di direttive europee che ha avuto il

⁴⁰ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 3.

⁴¹ R. NICOLO', *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, Riv. Dir. Comm., 1956, I, pag. 181.

⁴² G. B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in Riv. Dir. Comm., 1997, I, pag. 846.

⁴³ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 5.

fondamentale obiettivo di «regolare il mercato dando un assetto di maggiore efficienza ed equità alle relazioni fra i protagonisti istituzionali del mercato stesso»⁴⁴.

La scarsa effettività dell'istituto nei primi due anni di vita venne addebitata da una parte della dottrina alla figura del giudice ordinario, considerata a livello strutturale e culturale inadeguata ad occuparsi di abuso di dipendenza economica. Pertanto, con la novella del 2001, vennero conferiti poteri istruttori e sanzionatori anche all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato.

Da un certo punto di vista, è innegabile che l'Authority abbia una competenza più specifica, poteri penetranti e tempi di risoluzione delle proprie istruttorie più brevi. Le imprese stesse preferiscono affidarsi ad essa proprio perché l'attività istruttoria una volta avviata procede in modo autonomo senza gravare sulla parte denunciante.

È bene sottolineare però che l'AGCM ha risorse esigue che devono essere utilizzate per dirimere casi anticoncorrenziali "importanti" pertanto il ruolo di controllore è svolto dal giudice ordinario con modalità complementari al ruolo assegnato all'Autorità garante della concorrenza.

Con il nuovo Regolamento n.1/2003⁴⁵ si introduce, infatti, per i giudici e le autorità di concorrenza nazionali, un esplicito obbligo di applicazione del diritto antitrust comunitario alle intese e agli abusi di posizione dominante che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Nel nuovo sistema la Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali sono tutti ugualmente competenti ad applicare le norme comunitarie sulla concorrenza.

Non dobbiamo commettere l'errore di cercare di «dedurre la natura giuridica della disposizione "civilistica" o "concorrenziale", dall'organo deputato a conoscere, istruire, sanzionare gli abusi di dipendenza economica. Il bene giuridico protetto è sempre lo stesso: la salvaguardia della concorrenza del mercato. Diversi sono però i mezzi e le risorse utilizzati per proteggerlo»⁴⁶.

Riassumendo, in base alla gravità della minaccia verrà chiamato in causa uno o l'altro organo; nei casi complessi sarà richiesto l'intervento dell'Authority, mentre in quelli di lieve entità

⁴⁴ V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, pag. 7.

⁴⁵ Entrato in vigore il 1° maggio 2004, il nuovo Regolamento CE n.1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato di Amsterdam, oggi art. 101 e 102 del Trattato di Lisbona.

⁴⁶ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 21-22.

basterà il solo intervento del giudice ordinario, evitando di sprecare risorse che potrebbero essere meglio indirizzate. Si è attuato pertanto un giudizio di valore sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso e tale giudizio spetta esclusivamente all'AGCM, ferma restando la possibilità di impugnare tale provvedimento innanzi ai giudici amministrativi per violazione di legge o eccesso di potere.

Dall'interpretazione testuale del comma 3 bis emergono tre distinte fattispecie di abuso di dipendenza economica. La prima sarebbe quella che integra gli estremi del divieto di abuso di posizione dominante. La seconda identifica quella situazione in cui, pur non avendo gli estremi della precedente, abbiamo una rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. La terza, infine, non riscontrando nessuna casistica antitrust, legittima solo l'intervento del giudice ordinario.

Questa tripartizione è comunque criticabile dato che la seconda fattispecie in elenco non troverebbe alcun riscontro nel nostro ordinamento. Anzi denota una scarsa conoscenza del dato sistematico italiano e dell'argomento comparatistico, visto che l'art. 1 comma 4 della legge antitrust "collega" i principi comunitari con le disposizioni relative a intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni.

È pertanto da escludere che nel nostro ordinamento possa esistere un abuso di dipendenza economica rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato che però non integri gli estremi dell'art. 3 della legge antitrust. La novella, pertanto, «rischia di configurarsi, nella sua applicazione, priva di effetti pratici di rilievo, e di portare, contemporaneamente, a non poche difficoltà interpretative»⁴⁷.

La "creazione" di questa fattispecie ibrida nasce dal tentativo di riprodurre in modo sbrigativo e poco scrupoloso le normative tedesca e francese, ignorando che problemi analoghi in Italia possono essere risolti con il combinato disposto degli artt. 1, comma 4 e 3 della legge antitrust⁴⁸.

La definizione dei confini tra l'azione del giudice ordinario e dell'autorità può essere risolta andando oltre la mera interpretazione letterale. Dobbiamo rileggere la disposizione in chiave sistematica, evitando di evocare una terza fattispecie di a.d.e. che in realtà non dovrebbe esistere dato che non sarebbe utile a nessuno.

⁴⁷ G. MANGIONE, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Concorrenza e Mercato*, 2001, pag. 229.

⁴⁸ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 27-28.

Una modalità originale di lettura della novella è infatti rappresentata da un'interpretazione che ingloba la prima e seconda parte del comma 3 bis dell'art. 9 della legge sulla subfornitura nell'alveo dell'art. 3 della legge antitrust, relegando di fatto l'abuso di dipendenza economica alla sola fattispecie non rilevante a livello di concorrenza e mercato. Così facendo sarebbe chiamato ad intervenire solo il giudice ordinario⁴⁹.

La fattispecie di abuso che non ha rilevanza ai sensi dell'art. 3 della legge antitrust può essere definita "abuso di dipendenza economica contrattuale". Il suo ambito è da ricercare «non solo all'interno ma anche a ridosso di un contratto» e un esempio lo possiamo ritrovare nelle "interruzioni arbitrarie di relazioni commerciali" di cui ci occuperemo nel paragrafo relativo alle modalità di realizzazione dell'abuso (par. 2.7).

Una parte della dottrina rileva che i comportamenti opportunistici attuati dopo la stipula del contratto contraddistinguono le relazioni nelle quali una parte, per instaurare la relazione economica, abbia effettuato investimenti specifici.

L'abuso "contrattuale" è quindi riscontrabile nelle relazioni connesse al ciclo-produttivo, nei c.d. contratti di durata (che si svolgono nel corso del tempo) e, come già sottolineato, nelle situazioni in cui l'impresa, effettuando investimenti specifici, indebolisce la propria posizione nei confronti della controparte. Sarebbero questi, pertanto, i tre presupposti che inducono la parte non indebolitasi a cercare di modificare la divisione delle utilità che le parti si sono proposte di ottenere con la negoziazione del contratto⁵⁰.

2.3 – Gli aspetti economici della fattispecie

L'interesse della dottrina al ruolo svolto dalle piccole e medie imprese nello sviluppo economico del paese è iniziato a partire dalla riforma che ha interessato l'impresa artigiana⁵¹ e ha trovato il suo apogeo a cavallo tra gli anni sessanta e settanta. Le ragioni sono da ricercare in due retaggi ormai sfatati che riguardavano, in negativo, la presunta debolezza riconosciuta alle PMI, e in positivo, il miglior livello qualitativo dei rapporti personali presente all'interno delle imprese medio-piccole⁵².

⁴⁹ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 29.

⁵⁰ R. NATOLI, ult. op. cit., pp. 30-31.

⁵¹ Legge n. 860 del 25 luglio 1956, Norme per la disciplina giuridica delle imprese artigiane.

⁵² F. DENOZZA, *Piccola e media industria*, in Diz. diritto privato, vol. III a cura di U. Carnevali, 1981, pp. 714 e ss.

Col passare del tempo questa retorica fu abbandonata e il “muro” che separava nettamente il mondo delle PMI da quello della grande industria fu abbattuto. Ormai anche la piccola industria infatti poteva dire di aver raggiunto livelli di autonomia e dinamismo tali da poter essere l’ambiente ideale per lo sviluppo di nuove tecnologie⁵³.

Queste peculiarità sono da rilevare soprattutto alla luce del fatto che l’impresa subfornitrice subisce passivamente le scelte produttive dell’impresa committente. Anzi, può accadere che, vista “la capacità di riconversione dovuta alla grande flessibilità della forza lavoro”, la PMI abbia invece vaste opportunità di collocamento sul mercato dei propri prodotti⁵⁴.

La base comune dell’analisi economico-giuridica del fenomeno fu la presa di coscienza che le imprese subfornitrici facevano parte di una realtà molto eterogenea e complessa che poteva essere suddivisa in tre categorie⁵⁵: 1) le imprese satellite, caratterizzate dall’elevatissimo volume di produzione destinato ad un solo cliente; 2) le imprese di lavorazione, dove la flessibilità e l’adattabilità alle richieste del committente sono imperanti e vengono date con un breve preavviso; 3) le imprese di fase, che si contraddistinguono per la qualità e affidabilità del prodotto che si rivolgono ad un mercato più ampio dato che ciascun committente non incide più del quinto dell’intera produzione.

Definire strumenti di tutela che non siano in grado di concepire questa realtà frammentata finirebbe con il favorire indirettamente la grande industria⁵⁶ e a forme di decentramento che finirebbero per ripercuotersi negativamente nei confronti dei lavoratori dipendenti del settore⁵⁷. Si capì pertanto l’importanza di differenziare le varie forme di tutela in base a delle suddivisioni basate su parametri qualitativi ma la dottrina rimase divisa sulle motivazioni da dare alla protezione accordata⁵⁸.

Gli orientamenti di fondo erano tre. I primi due, prettamente giuridici, cercavano risposte direttamente nella Costituzione mentre il terzo era tecnico-produttivo e volgeva il suo sguardo all’analisi economica del diritto. Il primo gruppo si richiamava all’art. 3 della Carta evidenziando la possibilità data ai ceti subalterni di migliorare la propria condizione economica⁵⁹; la seconda corrente invece si richiamava all’art. 45 e, facendo un distinguo tra

⁵³ P. ZANELLI, *Decentramento produttivo*, in Digesto disc. priv. Sez. Comm., vol. IV, Torino, 1989, pag. 235.

⁵⁴ F. CAVAZZUTI, *Le piccole imprese*, in Tratt. Galgano, vol. II, Padova, 1978, pag. 586.

⁵⁵ M. BIN, *Impresa artigiana*, in Contr. Impr., vol. I n. 2 1986, pag. 227, pag. 243 e ss.

⁵⁶ F. GALGANO, *Proposta per una definizione giuridica della piccola e media impresa*, in AA.VV., in *La piccola e media industria nella crisi dell’economia italiana*, II, Roma, 1975, pag. 172 e ss.

⁵⁷ F. CAVAZZUTI, *Le piccole imprese*, in Tratt. Galgano, vol. II, Padova, 1978, pag. 582.

⁵⁸ R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 44 e ss.

⁵⁹ F. GALGANO, *La riforma dell’impresa*, in Riv. Soc., 1976, pag. 486.

piccola industria e impresa artigiana, puntava sull'importanza di garantire la sopravvivenza di simili attività produttive minacciate dal processo di industrializzazione⁶⁰; infine il terzo orientamento, certamente più moderno, sosteneva che le tutele dovevano essere differenziate in funzione dei metodi di produzione. Diversamente si rischierebbe di attuare una mera distribuzione di risorse anziché un vero e proprio indirizzo sul tipo di sviluppo da realizzare⁶¹.

Nel corso degli anni la dottrina abbandonò la prospettiva di differenziare le forme di tutela su semplici aspetti quantitativi, con la conseguente ratio che le piccole e medie imprese siano da tutelare per il solo fatto di essere di piccole dimensioni. La protezione deve essere accordata per incentivare quelle imprese che sono in grado di ricoprire porzioni di mercato che le grandi imprese tendono a non considerare per incapacità o per scelte strategiche o collegato ad una tipologia di servizi collegati differente⁶².

Possiamo considerare questa prospettiva come il miglior punto d'incontro tra le teorie elaborate negli anni settanta e l'istituto dell'abuso di dipendenza economica.

Nella nostra analisi la concorrenza rappresenta il bene giuridico da tutelare. Diventa quindi essenziale darne una definizione univoca che dovrà poi identificare l'oggetto che ci apprestiamo a proteggere. Nel corso degli anni infatti sono state utilizzate diverse nozioni che hanno finito per confondere le idee e rendere difficoltosa la comunicazione tra diritto ed economia, ormai fattore «indispensabile nel contesto delle relazioni del mercato»⁶³.

L'ordinamento dovrebbe pertanto focalizzarsi sul concetto di “concorrenza dinamica”, ossia quella stimolata da un «flusso continuo di proposte innovative» che nascono dalla selezione naturale operata dal consumatore normalmente informato per quanto riguarda prezzi, modalità di vendita, tecnologia utilizzata⁶⁴ e ogni altro elemento che possa caratterizzare una differenziazione dell'offerta.

Con la nostra analisi puntiamo a contrastare il concetto di concorrenza statica basato su una visione che punta al semplice equilibrio economico e non allo sviluppo del mercato.

L'evoluzione tecnologica e la crescente mobilità dei settori economici sono gli elementi che più di ogni altro hanno contribuito a modificare la strategia delle imprese in termini di

⁶⁰ M. BIN, *Impresa artigiana*, in Contr. Impr., 1986, pag. 246.

⁶¹ F. DENOZZA, *Imprese artigiane e decentramento produttivo*, in Giur. Comm., 1976, I, pag. 816.

⁶² F. DENOZZA, ult. op. cit., pag. 817.

⁶³ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 47.

⁶⁴ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in Riv. Dir. Comm., 2002, pag. 437.

concorrenza e indirettamente anche la struttura stessa del mercato ha finito per esserne influenzata⁶⁵.

L'impresa non è altro che un insieme di risorse, investimenti di beni materiali o immateriali che potrebbero potenzialmente dare a quest'ultima la capacità di prevalere sulla concorrenza: questo pacchetto di risorse vincenti viene definito il "vantaggio competitivo". E' bene sottolineare che per forza di cose non fa necessariamente riferimento alla creazione di un elemento originale ma è identificabile con la capacità di sapersi adattare prontamente alle esigenze del mercato⁶⁶.

La concorrenza dinamica, oltre a delineare in modo più dettagliato la realtà economica offrendo un aiuto al lavoro che deve svolgere il giurista, trova notevole riscontro anche sul piano del diritto positivo, essendo desumibile in vari articoli dal Trattato di Maastricht in poi.

Il fondamento politico della promozione della concorrenza dinamica si può riscontrare nelle disposizioni contenute nell'art. 3 del Trattato sull'Unione⁶⁷ europea. Attraverso la creazione di uno spazio senza frontiere e lo sviluppo di un mercato interno, l'Unione "si adopera per lo sviluppo sostenibile ... basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale", promuovendo contestualmente lo stesso progresso scientifica e tecnologico.

A questo punto dobbiamo chiederci cosa si debba intendere per tecnologia. Quest'ultima può essere descritta «sia come l'insieme dei progetti che definiscono la gamma di beni che possono essere prodotti dall'economia, sia le tecniche disponibili per produrli»⁶⁸.

Ripensando alla funzione di produzione aggregata nella quale vengono immessi i fattori capitale e lavoro, il livello di output viene pesantemente condizionato dallo stato della tecnologia. A parità di fattori produttivi utilizzati il paese che utilizza una tecnologia più avanzata è destinata a produrre di più⁶⁹ e «nel lungo periodo il progresso tecnologico è

⁶⁵ R. NATOLI, ult. op. cit., pp. 48 e ss.

⁶⁶ M.E. PORTER, *Competitive Advantage. Creating and sustaining superior performance*, New York, 1985 (trad. It. *Il vantaggio competitivo*, Milano, 1987)

⁶⁷ 2007/C 306/1 Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato il 13.12.2007 ed entrato in vigore 01.12.2009.

⁶⁸ O. BLANCHARD, *Macroeconomia*, Bologna, 1998, pp. 610-611.

⁶⁹ O. BLANCHARD, ult. op. cit., pag. 610.

destinato ad essere la chiave per sostenere un aumento del prodotto pro capite e del tenore di vita»⁷⁰

La maggior parte degli dello sviluppo innovativo è il risultato dell'attività di ricerca e sviluppo (R&S) svolta dalle imprese. La spesa di questo settore rappresenta circa tra il 2 e il 3 % del Pil di un paese economicamente avanzato. Le imprese investono in ricerca e sviluppo per aumentare i loro profitti attesi, aumentando la probabilità di scoprire e sviluppare nuovi prodotti⁷¹.

È pertanto ormai acquisito che lo sviluppo della tecnologia e, indirettamente della concorrenza, ci permette di raggiungere il progresso economico e sociale⁷² e ci conferma «come la prosperità economica passi sempre più attraverso l'innovazione tecnologica».⁷³

Degne di rilievo sono le innumerevoli nozioni collegate alla c.d. concorrenza dell'innovazione contenute nelle *Linee direttrici sugli accordi cooperazione*⁷⁴

La tesi della concorrenza dinamica influenza anche il modo una concepire la dimensione dell'efficienza economica. La definizione di quest'ultima non è univoca e ogni accezione comporta politiche della concorrenza differenti.

L'efficienza è allocativa se i beni e i servizi vengono assegnati, attraverso il meccanismo dei prezzi, ai soggetti che danno ad essi una valutazione maggiore; produttiva se i beni e servizi vengono prodotti privilegiando la combinazione di risorse produttive più conveniente in termini tecnologici e in fine innovativa (o dinamica) se l'invenzione permetta di sviluppare e diffondere nuovi prodotti in grado incrementare il benessere sociale⁷⁵.

Una policy che si prefigge l'obiettivo di mettere in pratica le teorie della concorrenza dinamica non può che rivolgersi in primis all'efficienza innovativa e indirettamente, all'efficienza produttiva. Diventa quindi essenziale focalizzarci sulle ragioni che portano un soggetto economico a scegliere di “internalizzare” la produzione.

Un soggetto economico sceglie se produrre in proprio oppure acquisirne i fattori sul mercato in base all'analisi dei c.d. costi di transazione; il primo ad occuparsi di questa problematica fu

⁷⁰ O. BLANCHARD, ult. op. cit., pag. 665.

⁷¹ O. BLANCHARD, ult. op. cit., pp. 639 e ss.

⁷² O. BLANCHARD, ult. op. cit., pag. 610.

⁷³ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 51.

⁷⁴ Comunicazione della Commissione 2011/C 11/01 Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale.

⁷⁵ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 54-55.

l'economista inglese Ronald Coase che in un famoso articolo pubblicato nel 1937⁷⁶ si mise a ridiscutere i motivi per il quale esiste l'impresa analizzando le cause che portano alla nascita dei processi di internalizzazione del sistema produttivo.

La sua teoria ebbe notevoli ripercussioni nel pensiero economico e giuridico degli anni successivi, e può essere sintetizzata nella seguente considerazione: «il funzionamento del mercato ha un costo... creando un'organizzazione e permettendo a una certa autorità di allocare le risorse, vengono risparmiati i costi del mercato»⁷⁷.

Tali costi nascono nel momento in cui si pone in essere una transazione, e possono descritti in varie azioni che consistono nell'individuare la persona con cui trattare, esternare al pubblico l'esigenza di trattare spiegandone le modalità, reperire le informazioni necessarie per raggiungere un accordo soddisfacente e infine condurre le negoziazioni che precedono l'accordo finale. «Queste operazioni sono spesso estremamente costose; in ogni caso, sufficientemente costose da impedire molte delle transazioni che sarebbero concluse in un mondo in cui il sistema dei prezzi funzionasse senza costi»⁷⁸.

Il pensiero coasiano, ancora troppo legato al paradigma marginalista marshalliano, è dunque superato se confrontato con il nuovo scenario economico che, nel corso del tempo, «s'è arricchito di considerazioni d'efficienza dinamica e di tutela dell'innovazione come motore di sviluppo»⁷⁹.

L'analisi fu comunque ripresa e aggiornata da Oliver Williamson che approfondisce la natura e le cause dei costi di transazione dandone un approccio dinamico. L'economista statunitense parte del presupposto che il bene sul mercato non è più solo semplice e standardizzato, reperibile da svariati produttori, ma un bene specifico che solo pochi fornitori sanno produrre⁸⁰. «La fabbricazione di un bene complesso richiede continue riprogettazioni tecnologiche e continue modifiche al volume di produzione in risposta alle diverse domande del mercato»⁸¹.

⁷⁶ R. COASE, *The nature of the firm*, in *Economia*, 1937 (trad. it. La natura dell'impresa) in ID, *Impresa mercato e diritto*, antologia in lingua italiana, a cura di M. Grillo, Bologna, 1995

⁷⁷ R. COASE, *Impresa mercato e diritto*, cit., pag. 80.

⁷⁸ R. COASE, *The problem of social cost* in 3 *Jour. Law & Econ.*, (traduz. It. *Il problema del costo sociale*); in ID., *Impresa mercato e diritto*, cit., pag. 201.

⁷⁹ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 59.

⁸⁰ G. VOLPATO, *Concorrenza impresa strategie*, Bologna, 1995, pag. 343.

⁸¹ R. NATOLI, ult. op. cit., pag. 60.

Williamson, in un suo celebre articolo⁸², schematizza le transazioni in tre dimensioni: 1) l'incertezza; 2) la frequenza con cui ricorrono, 3) l'ammontare degli investimenti in beni durevoli specifici. All'aumentare dei costi legati a queste tre dimensioni critiche il livello di integrazione verticale dei processi produttivi di un'impresa cresce. Il processo che porta a sostituire le transazioni di mercato con un'organizzazione interna viene chiamato "internalizzazione"⁸³.

Partendo dal presupposto che ogni contratto è incompleto e che ogni individuo è razionalmente limitato W. aggiunge a questa analisi anche l'elemento opportunismo. Tali comportamenti sono un rischio tipico delle relazioni economiche di lunga durata (c.d. *relational contracts*) dato che rispetto a quelle di breve (c.d. *spot contracts*) si caratterizzano per una maggior specificità degli investimenti (c.d. *asset specificity*). Più un investimento è specifico, maggiore sarà l'esigenza di una relazione lunga per ammortizzare il costo nel tempo⁸⁴.

Nel caso invece che l'investimento sia irrecuperabile (c.d. *sunk costs*) vista la sua non possibile riutilizzazione in un altro rapporto oppure recuperabile ma a costi elevati (c.d. *switching costs*) l'azienda si troverebbe nella difficile situazione di non trovare alcun operatore disposto a stipulare contratti di breve durata⁸⁵.

Il contratto a lungo termine però presenta lo svantaggio che una relazione tipicamente concorrenziale si potrebbe trasformare in un monopolio bilaterale, ossia una forma di mercato in cui due operatori, un monopolista e un monopsonista, si fronteggiano. Ognuno dei due sa di poter influire sull'altro e di dover a sua volta subire l'influsso della decisione della controparte.

Chiarite le ragioni del ricorso ai contratti di lungo termine e i rischi ad essi connessi e vista l'esistenza di una «proporzionalità diretta... fra la durata del contratto e il pericolo del

⁸² O. WILLIAMSON, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in 22 *Jour. Law & Econ.*, 1979; in ID. *Economic Organization*, Brighton, 1986 e *L'organizzazione economica, Imprese mercati e controllo politico*, traduzione italiana a cura di L. Lambertini, Bologna, 1991, pag. 143.

⁸³ O. WILLIAMSON, *Vertical Integration*, in ID. *L'organizzazione economica*, cit., pag. 114.

⁸⁴ O. WILLIAMSON, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in 22 *Jour. Law & Econ.*, 1979; in ID. *Economic Organization*, Brighton, 1986 e *L'organizzazione economica, Imprese mercati e controllo politico*, traduzione italiana a cura di L. Lambertini, Bologna, 1991, pag. 147.

⁸⁵ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pag. 13.

comportamento opportunistico»⁸⁶, emerge l'importanza di saper governare questo tipo di relazioni economiche attraverso la predisposizione di un contratto completo⁸⁷.

Un ulteriore passo avanti nello studio dei comportamenti opportunistici si è ottenuto col modello elaborato dai tre economisti americani in oggetto⁸⁸, che si concentra sul costo di utilizzo del mercato volto a evitare opportunismi post-contrattuali. Queste idiosincrasie comportamentali sono poste in relazione con l'esistenza delle c.d. "quasi rendite appropriabili" (*appropriable quasi rent*), ovvero la differenza tra il valore del bene e il valore del suo miglior uso alternativo (*salvagevalue*).

Al crescere della specificità dell'investimento questo valore aumenta generando un proporzionale innalzamento dei costi di contrattazione; al fine di evitare l'opportunismo post-contrattuale (*hold-up*) della parte che non ha sostenuto investimenti specifici. Questa situazione rende preferibile ricorrere a processi di internalizzazione, facendo prevalere l'impresa a scapito del mercato.

Per spiegare il concetto di quasi-rent ricorriamo al classico esempio della rotativa⁸⁹: ipotizziamo che un tipografo affitti una rotativa ad un editore per € 5.500 al giorno, che i costi di manutenzione giornaliera ammontino a € 1.500 e che l'ammortamento giornaliero sia di € 4.000; teniamo in considerazione che la rotativa non abbia un uso alternativo se non per essere rottamata ad una cifra di € 1.000. A questo punto possiamo calcolare la quasi-rendita, ossia la differenza tra il valore del bene e il valore del suo migliore uso alternativo: € 4.000 (affitto meno spese di manutenzione) - € 1.000 (rottamazione) = € 3.000. Qualora la rotativa non potesse essere affittata ad altri l'editore potrebbe appropriarsi della quasi-rendita offrendo al tipografo un affitto di € 2.501 rendendo conveniente il proseguo del rapporto rispetto alla rottamazione (sia pur di 1 euro).

Dobbiamo sottolineare come il grado di concorrenzialità del mercato, prima della stipula del contratto, non sia assolutamente collegabile alla potenziale situazione di *hold-up* che si verifica successivamente. «Prima dell'accordo, non v'è una parte in posizione di strutturale debolezza perché priva di alternative di mercato... non v'è un contraente debole, bensì un contraente che si indebolisce in seguito all'investimento effettuato...sicché l'abuso di

⁸⁶ F. MACARIO, ult. op. cit., pag. 31

⁸⁷ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 64

⁸⁸ B. KLEIN – R.A. CRAWFORD – A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contractin Process*, in 89 *Journal of Political Economy*, 1978.

⁸⁹ B. KLEIN – R.A. CRAWFORD – A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contractin Process*, cit., pag. 298-299; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, pag. 44.

dipendenza economica, essendo volto a proteggere il vantaggio competitivo realizza anche una funzione oggettiva di stimolo concorrenziale»⁹⁰.

Non possiamo pensare che l'azienda possa sempre reperire i fattori produttivi di cui ha bisogno: questo, se vogliamo, è uno degli aspetti critici da rilevare negli studi di Williamson e nel modello Klein-Crawford-Alchian, i quali ritenevano che il sistema si esaurisse nella dicotomia impresa e mercato. L'uso nel processo produttivo di tecnologie sempre più complesse e la ricerca di prodotti sempre più sofisticati costringe le aziende a sviluppare anche forme di partnership⁹¹, ossia forme di coordinamento basato sullo scambio di conoscenze integrabili reciproche, che di fatto ha rivoluzionato il concetto di concorrenza, non più solo dinamica, ma anche cooperativa⁹².

Attraverso queste collaborazioni, le aziende possono produrre componenti e prodotti finali di migliore qualità, ampliando notevolmente le proprie opportunità di profitto⁹³. Per salvaguardare questo tipo di concorrenza diventa però essenziale evitare che gli operatori possano incorrere nel rischio di subire estorsioni post-contrattuali.

Una partnership può nascere solo se la volontà di cooperazione tra imprenditori è suffragata da impegni credibili, basati sulla concreta possibilità di fare affidamento sul rispetto degli accordi. Sfortunatamente il sistema economico non è in grado di autoregolamentare tali garanzie di credibilità. Diventa quindi essenziale offrire un'adeguata tutela giuridica e l'art. 9 della legge sulla subfornitura rappresenta la risposta giusta a questo tipo di problema⁹⁴.

2.4 - L'ambito di applicazione soggettivo

Dal punto di vista soggettivo, l'istituto trova applicazione solo nei rapporti tra *imprese*. Il termine ha, in questo caso, un significato "traslato" in quanto riferibile al soggetto che l'impresa esercita⁹⁵. L'impresa infatti, pur essendo un fenomeno unitario economicamente, sotto l'aspetto giuridico presenta diverse definizioni relative ai diversi aspetti che contraddistinguono lo stesso fenomeno economico.⁹⁶

⁹⁰ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 69.

⁹¹ G. VOLPATO, *Concorrenza Impresa Strategie*, Bologna, 1995, pag. 299 e ss.

⁹² F. GOLFETTO, *Impresa e concorrenza nella nuova economia*, Milano, pag. 45

⁹³ G. VOLPATO, cit., pag. 301.

⁹⁴ R. NATOLI, ult. op. cit., pag. 73.

⁹⁵ V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, Riv. Dir. Civ., 2000, pag. 401.

⁹⁶ A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in Riv. Dir. Comm., 1943, fascicolo 1, pag. 1.

Proprio per questa ragione il legislatore, attraverso un collegamento indiretto, non ha voluto riferirsi all'attività esercitata, quanto piuttosto al soggetto economico protagonista della fattispecie prevista dall'art. 9. Tale soggetto, infatti, diventa il centro di imputazione a prescindere dall'esistenza effettiva dei requisiti previsti per «chi esercita professionalmente l'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi»⁹⁷.

Il concetto di impresa è pertanto un fenomeno poliedrico⁹⁸, la cui dimensione varia in relazione al tipo di disciplina applicata: questa dimensione sarebbe minima nel caso applicassimo lo statuto dell'imprenditore commerciale previsto dal Codice mentre sarebbe massima se fosse applicata la disciplina antitrust.

Ci sembra sostenibile constatare che la migliore definizione di impresa debba avvicinarsi più al concetto elaborato dall'antitrust che non a quello previsto dal Codice civile per rilievi di natura strutturale e funzionale.

Inserire nel dispositivo l'impresa anziché l'imprenditore ricalcherebbe infatti l'approccio adottato dalla legislazione antitrust nelle omologhe disposizioni tedesche e francesi e sarebbe collegabile all'originaria intenzione del legislatore di inserire la norma dell'abuso di dipendenza economica nella legge n. 287/1990⁹⁹.

La definizione di impresa in assetto concorrenziale è rivolta al mercato e non può che essere «una nozione ampia atta a comprendere qualsiasi attività nella cessione beni o servizi dietro corrispettivo, con la sola esclusione di quelle attività essenzialmente autoritative e di quelle puramente erogative; e con la conseguenza, pertanto, di sottoporre a controllo antitrust le attività economiche svolte da professionisti intellettuali e quelle svolte da strutture di natura pubblica»¹⁰⁰ a prescindere pertanto dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento¹⁰¹.

Le ragioni della preferibilità di una nozione “ampia” sono da analizzare sotto due aspetti. Dal punto di vista strutturale, infatti, pur essendo presenti nella stessa disposizione ex art. 9 due diverse figure di a.d.e., ossia l'abuso di posizione dominante e l'abuso “contrattuale”, i canoni di interpretazione logica ci consigliano di evitare una doppia definizione di impresa, che

⁹⁷ La definizione di imprenditore contenuta nell'art. 2082 del Codice civile, Libro V, Titolo II, Capo I, Sezione I

⁹⁸ A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in Riv. Dir. Comm., 1943, fascicolo 1, pag. 1.

⁹⁹ F. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, pag. 89.

¹⁰⁰ M. LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico it.*, Riv. Dir. Comm., 2000, pag. 497.

¹⁰¹ V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, Riv. Dir. Civ., 2000, pag. 402.

finirebbe per rendere troppo caotica la decifrazione di una fattispecie che è comunque da considerarsi unitaria. Per quanto riguarda il rilievo di natura funzionale, partiamo dalla considerazione che organi competenti diversi non alterano la natura omogenea del bene giuridico protetto. Di conseguenza anche il centro di imputazione della fattispecie dovrà essere unico¹⁰².

Il concetto “esteso” di derivazione comunitaria identificherebbe qualsiasi entità che esercita un’attività economica, indipendentemente dallo suo stato giuridico. Rientrerebbero pertanto nella fattispecie, oltre a tutte le tipologie di imprenditore, anche i liberi professionisti, le società c.d. occasionali e gli enti di diritto pubblico¹⁰³.

In tal modo si consente inoltre di applicare la norma anche a situazioni che potrebbero generare ripercussioni distorsive nel mercato, che altrimenti, seguendo una nozione ex art. 2082 c.c., rischierebbero di non entrare nella fattispecie in oggetto.

2.5 - L’ambito di applicazione oggettivo

In merito all’ambito applicativo oggettivo da assegnare all’art. 9 della legge n. 192/98, possiamo invece osservare un diffuso disaccordo in dottrina. La corrente maggioritaria e una parte della giurisprudenza conferiscono a tale divieto un carattere generale, un’applicazione che, non solo va oltre i rapporti di subfornitura, ma che riguarderebbe qualsiasi rapporto commerciale tra imprese¹⁰⁴.

¹⁰² R. NATOLI, *L’abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 105-106.

¹⁰³ V. PINTO, *L’abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, Riv. Dir. Civ., 2000, pp. 402-403.

¹⁰⁴ Tra gli autori appartenenti a queste prima corrente possiamo citare: A. BARBA, *L’abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998; 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 *Giur. Comm.*, 1998, I, pag. 833; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002; P. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006; G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica comparata*, Torino, 2004; C. OSTI, *L’abuso di dipendenza economica*, Merc. Conc. Reg., 1999, 236 e ss.; BERTI e GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999.

Un'altra corrente invece lo considera applicabile solo ai rapporti verticali tra imprese, aventi natura commerciale¹⁰⁵. Altri ancora, affermano che il divieto debba essere applicato solo ai "rapporti commerciale" tra imprese¹⁰⁶. Infine, una quarta corrente che lo fa ricadere esclusivamente nell'alveo dei contratti di subfornitura¹⁰⁷.

Per facilitare la nostra analisi attueremo una classificazione a due. Da una parte la c.d. interpretazione estensiva della norma e dall'altra la c.d. interpretazione restrittiva. Nel primo gruppo inseriremo le tesi che ritengono che il divieto sia applicabile a prescindere dal rapporto di subfornitura, optando pertanto un accorpamento delle varie correnti sopra menzionate, e nel secondo la tesi che ritiene l'ambito oggettivo di applicazione sia circoscritto solo a quel tipo di rapporto.

Analizzando le diverse prese di posizione di dottrina e giurisprudenza, possiamo constatare che mentre i giuristi tendono a conferire all'istituto un ruolo sistematico, visto che è in grado di incidere a fondo sulla disciplina del contratto¹⁰⁸, determinandone l'invalidità stessa¹⁰⁹, la giurisprudenza, quasi unanimemente, rifiuta questa centralità e sostiene invece che «è assolutamente contrario ai principi di ermeneutica giuridica, ritenere che una norma inserita in una legge di settore che disciplina la subfornitura nelle attività produttive, abbia un effetto così dirompente da stravolgere tutti i principi in materia contrattuale, introducendo un potere così penetrante in capo al giudice¹¹⁰»

¹⁰⁵ Tra gli autori appartenenti a questa seconda corrente possiamo citare: R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 99 e ss.; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* in Riv. Dir. Priv., 1998, pag. 733; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, Riv. Civ., 2000, pag. 403; E. NAVARRETTA, *Buona Fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in Riv. Dir. Civ. 2005, pag. 518-519; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese, in Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 220; questi autori si limitano a citare gli accordi verticali senza entrare nel merito della definizione.

¹⁰⁶ Tra gli appartenenti alla terza corrente citiamo: D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffeis, A. Salvadè, Milano, 1998, pag. 78 e L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, pag. 153 che escludono entrambi l'applicazione dell'istituto ai contratti bancari. Infine A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 180 che oltre ai contratti bancari la esclude anche per tutti i contratti transattivi.

¹⁰⁷ Tra gli appartenenti a questa quarta corrente citiamo: R. RINALDI, e F.R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Torino, 1999; pag. 124 e ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2003, pag. 483 e ss.; P. SCARSO, *L'abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust, I parte*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2008, pag. 273.

¹⁰⁸ R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, pag. 6.

¹⁰⁹ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pag. 234.

¹¹⁰ Tribunale di Bari ord. 2 luglio 2002, in *Foro It.*, 2002, I, c. 3208.

Possiamo definire l'esperienza giurisprudenziale e dottrinale ancora frammentata e disomogenea ma questo lungo dibattito, ormai ventennale, non solo ci permette comunque di dipanare la materia con ampie ricostruzioni ma anche di effettuare una scelta di campo ben definita che propende verso la corrente maggioritaria. Ci sentiamo pertanto di rigettare la tesi che limita la fattispecie ai soli contratti di subfornitura, non solo perché renderebbe vana tutta la nostra analisi ma perché sotto l'aspetto sistemico presenterebbe elementi non troppo convincenti.

2.5.1 - Interpretazione restrittiva dell'ambito oggettivo

Inizialmente l'interpretazione restrittiva si fece forza grazie ad alcune pronunce giurisprudenziali¹¹¹ che tendevano a contenere le potenzialità di una norma che sembrava scardinare i principi fondanti del sistema dell'autonomia privata¹¹².

I pilastri fondanti di questa concezione si basano essenzialmente su tre aspetti¹¹³ e possono essere così analizzati: 1) restare dentro questi confini sarebbe consono al fatto che l'istituto è pur sempre inserito "topograficamente" in una disciplina specifica e organica, 2) andare oltre la subfornitura non apparirebbe corretto dal punto di vista teleologico e sistematico, 3) si rischierebbe di avere una disciplina per le imprese deboli più favorevole rispetto a quella prevista a favore dei consumatori ponendo addirittura dubbi di costituzionalità; infatti, assisteremmo ad una disparità di trattamento, concedendo una tutela che viene invece negata nelle clausole negoziate dal consumatore.

L'inserzione dell'a.d.e. all'interno della disciplina della subfornitura e gli eventuali richiami ai lavori preparatori non sarebbero pienamente soddisfacenti: non possiamo negare infatti la nascita spontanea dell'istituto in rapporti tipici del decentramento produttivo, ma questo non vieta che tali abusi possano anche prodursi in altri rapporti verticali d'impresa, ad esempio nei rapporti di distribuzione¹¹⁴.

Sempre inerente all'argomento "topografico" gli insegnamenti di giuspubblicistica ci dimostrano come una corrispondenza univoca tra il titolo della legge e il proprio contenuto

¹¹¹ Oltre alla precedente si allineano a questa posizione Tribunale di Taranto 17.09.2003, in Foro It., 2003, I, c. 3440;

¹¹² Tribunale di Taranto 22.12.2003 in Foro It., 2004, I, c. 276 si denota il pericolo che la norma funga da «veicolo di un'autentica disarticolazione di tutta la tradizione sistematica dei contratti».

¹¹³ R. RINALDI, e F. R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit. pag. 125 e ss.

¹¹⁴ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 78-79.

non solo non sia sempre rispettato¹¹⁵ ma non abbia nemmeno valore vincolante nell'interpretazione di una norma¹¹⁶.

Nessuna rilevanza ai fini della nostra indagine da assegnare ai lavori preparatori, che, nel nostro caso specifico non hanno comunque mai dato adito ad un pieno convincimento che l'a.d.e. fosse stato creato per riequilibrare i soli rapporti di subfornitura¹¹⁷ e in generale è criticabile il voler dare ad essi un valore interpretativo eccessivo dato che «possono valere come indizio di una certa volontà legislativa, ma sono da adoperare con cautela e circospezione»¹¹⁸ e «pertanto non possono mai essere utilizzati da soli, ma devono appoggiarsi all'elemento sistematico»¹¹⁹.

L'analisi del terzo punto è molto più complessa e articolata visto il seguito di questa tesi in dottrina. Ci pare pertanto doveroso soffermarci in modo molto più dettagliato su questo. Abbiamo già detto che l'estensione della norma a tutti i rapporti verticali «condurrebbe (sotto il profilo del controllo sull'abusività di clausole contrattuali) ad una disciplina per le imprese in una situazione contrattuale “debole” irragionevolmente più favorevole rispetto a quella prevista a tutela dei consumatori»¹²⁰ che potrebbe persino sollevare dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 3 della Carta.

Una tesi particolare tra coloro che criticano tale posizione “restrittiva”, molto in voga soprattutto tra i sostenitori della natura “civilistica” dell'istituto, sostiene che l'art. 9 rappresenterebbe uno «strumento generale di controllo della congruenza economica delle prestazioni contrattuali»¹²¹. Si avvalora così l'esistenza di un'identità di ratio tra a.d.e. e normativa consumeristica che non solo consente di darne una lettura unitaria, ma che permetterebbe di «inferire un principio inespresso dell'ordinamento di equità e giustizia contrattuale»¹²².

Questa tesi è comunque da rigettare, vista la diversità di *rationes* tra le due discipline citate e, ammesso che fosse possibile identificare un'unica ratio, questa non sarebbe comunque estendibile analogicamente a casi consimili, mancherebbe il collegamento tra questo

¹¹⁵ G. ANDREOLI, in Foro It., 1948, I, c. 153; R. BOLAFFI, *Contenuto e titolo dei provvedimenti legislativi*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1950, pag. 168.

¹¹⁶ V. R. CERCIELLO, *Intitolazione delle leggi*, in Nuovo Dig. Ital., Vol. VII, Roma, 1938, pag. 122.

¹¹⁷ R. NATOLI, ult. op. cit., pag. 81.

¹¹⁸ F. FERRARA Sr., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, pag. 219

¹¹⁹ M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, Milano, 1939, pag. 127.

¹²⁰ R. RINALDI e F. R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di P. Sposato – M. Coccia, Torino, 1999, pag. 126.

¹²¹ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, pag. 397.

¹²² R. NATOLI, ult. op. cit., pp. 82-83.

“microsistema” di tutela del contraente debole che ingloba sia il consumatore che l'imprenditore debole e il sistema generale del diritto dei contratti¹²³.

Vale comunque la pena di analizzare sinteticamente la tesi della c.d. tutela unica che trae origine dalla presupposta analogia tra l'abuso di dipendenza economica e la protezione accordata al consumatore contro le clausole abusive¹²⁴. Lo strumento utilizzato in questo caso è il concetto di “gross disparity”, richiamato all'art. 3.10 dei *principi Unidroit*, che permetterebbe di elevare l'istituto ex art. 9 della subfornitura a «principio generale inespresso di giustizia contrattuale»¹²⁵. Tale principio cercherebbe di tutelare pertanto l'atto di autonomia privata, permettendogli di raggiungere e preservare gli interessi che si erano realmente prefissate le parti. Sembra pertanto da condividere l'assimilazione dell'a.d.e. alla figura dell'abuso di diritto e quindi, indirettamente, al comportamento contrario a buona fede.

Per la verità, questa tesi sarebbe da rigettare. Troppe sono infatti le differenze funzionali tra la disciplina consumeristica e il divieto di abuso di dipendenza economica. Una diretta conseguenza delle diversità di *rationes* ci nega la possibilità dell'analogia, dato che mancherebbe la c.d. *eadem ratio* che ci permetta di accorpate teleologicamente entrambe le normative.

Abbiamo più volte ribadito che la tutela accordata al consumatore contro le clausole abusive si giustifica per la posizione di asimmetria informativa che caratterizza quest'ultimo nei confronti della controparte professionale. Tale forma di tutela a favore del consumatore cessa solo nel momento in cui le clausole sono state oggetto di trattativa individuale secondo quanto previsto dall'art. 1469 ter, comma 4 del codice civile.

Nel caso dell'abuso di dipendenza economica invece, l'esigenza di colmare questo gap informativo non viene richiesta, visto che entrambe le parti sono operatori economici professionali che sanno valutare i propri interessi. Anche la Corte costituzionale, in una celebre sentenza, ha ribadito questa logica, ritenendo che «la preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che ... sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in

¹²³ R. NATOLI, ult. op. cit., pp. 85-86.

¹²⁴ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, pag. 644.

¹²⁵ F. PROSPERI, ult. op. cit., pp. 654 e ss.

esame di categorie di soggetti ... che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità»¹²⁶.

Possiamo concludere rigettando pure la paventata incostituzionalità ai sensi dell'art. 3. Tale tesi rilevarebbe «una disciplina per le imprese in una situazione contrattuale “debole” irragionevolmente più favorevole rispetto a quella prevista a tutela dei consumatori»¹²⁷.

L'irragionevolezza di una disciplina per violazione dell'art. 3 della Costituzione non sussiste in quanto è già stato ampiamente dimostrato che le due norme hanno una medesima ratio.

2.5.2 – Interpretazione estensiva dell'ambito oggettivo

Analizziamo ora la tesi della dottrina dominante, quella che abbraccia l'ambito di applicazione dell'a.d.e. estesa oltre il mero rapporto di subfornitura.

Le fondamenta di questa interpretazione estensiva, pertanto, non sono unanimi¹²⁸, ma sicuramente possono essere considerate maggiormente condivisibili della precedente da un punto di vista testuale e da un punto di vista storico¹²⁹.

Il primo aspetto riguarda l'espressione utilizzata dal legislatore in riferimento allo stato di dipendenza in cui si trova il soggetto che subisce l'abuso, ossia *un'impresa cliente o fornitrice*. Tale richiamo «non può essere letto come un'endiadi ... e il lemma cliente non può che evocare una distinzione semantica rispetto all'altro fornitrice. Da ciò si fa discendere, dunque, un ampliamento dei presupposti soggettivi della fattispecie»¹³⁰.

Anche i lavori preparatori sembrano seguire questa direzione. Abbiamo assistito a continue evoluzioni di una proposta di legge che, partita come istituto legato prettamente alla subfornitura, ha poi visto una notevole estensione della fattispecie rilevante. Alla fine dell'iter legislativo ha subito una riduzione del proprio ambito, ma possiamo rilevare che il mancato inserimento nella disciplina antitrust non sia derivato dalla volontà di relegare l'istituto a semplice “fenomeno” di subfornitura¹³¹.

È comunque necessario precisare che le principali critiche di chi contrasta tale interpretazione eccepiscono che il termine “fornitrice” non compare unicamente nell'art. 9, ma è già presente negli art. 2 comma 3 a riguardo dell'obbligo di forma scritta nei contratti ad esecuzione

¹²⁶ Sentenza Corte costituzionale del 22.11.2002, in *Contratti*, 2003, pag. 654.

¹²⁷ R. RINALDI e F.R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, pag. 126.

¹²⁸ R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009, pp. 3 e ss.

¹²⁹ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 92 .

¹³⁰ R. NATOLI, *ult. op. cit.*, pag. 93.

¹³¹ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 132-133.

continuata o periodica e nell'art. 7 inerente gli obblighi di riservatezza del subfornitore. Da ciò ne potrebbe derivare che la diversità linguistica tra il lemma fornitore e quello di subfornitore non sia rilevante dal punto di vista interpretativo, essendo da considerarsi sinonimi¹³².

A suffragare tale interpretazione estensiva c'è comunque il fatto che in tutti gli altri ordinamenti, a cui il legislatore si è ispirato, la figura dell'abuso di dipendenza economica non risulta circoscritta ai soli rapporti di subfornitura¹³³.

Il fatto che l'art. 9 sia all'interno della disciplina di questo tipo di rapporto non sembra sufficiente a suffragare una restrizione dell'ambito. L'a.d.e. infatti è una disposizione chiaramente non in linea con l'intero impianto della legge visto che tutela anche il cliente (committente) e non solo il fornitore (subfornitore) come avviene in tutte le altre disposizioni contenute nella legge n.192/98.

Altro elemento critico riguarda l'analisi del termine subfornitura, utilizzato per la prima volta giuridicamente con tale legge e pertanto da considerarsi assunto nel significato proprio delle scienze aziendalistiche, pertanto «dal punto di vista esegetico, le coppie terminologiche subfornitura/fornitura, subfornitore/fornitore, hanno significati del tutto coincidenti, corrispondendo semplicemente a due diversi modi di guardare allo stesso fenomeno»¹³⁴.

Vista la fragilità del sintagma "imprese fornitrici", la nostra analisi per suffragare la tesi estensiva generalizzata può anche concentrarsi sull'esegesi del binomio "imprese clienti". La disposizione contenuta nel secondo comma dell'articolo 9 che prevede come comportamento abusivo il rifiuto di vendere propende ad escludere che il soggetto in stato di dipendenza sia necessariamente un'impresa fornitrice¹³⁵.

Esistono pertanto situazioni in cui la debolezza contrattuale può andare fuori dal classico schema *subfornitore - contraente debole*. Infatti possiamo constatare che «per quanto nella pratica l'abuso venga normalmente perpetrato dal committente nei confronti del subfornitore, l'art. 9 vieta anche l'eventuale abuso realizzato dal subfornitore ai danni del committente,

¹³² R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pag. 93.

¹³³ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 133.

¹³⁴ R. NATOLI, ult. op. cit., pp. 93-94.

¹³⁵ M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in Riv. Dir. Ind., 1999, pag. 196.

come nel caso in cui la sua attività possa essere paralizzata dall'improvvisa cessazione delle forniture necessarie per il suo ciclo produttivo»¹³⁶.

Questa situazione viene definita *dipendenza economica rovesciata*, in quanto il soggetto interessato dalla legge non è quello assunto a paradigma dal legislatore, cioè il subfornitore. Un esempio è rappresentato da quei rapporti caratterizzati da un alto grado di specializzazione tecnica nei quali il subfornitore è portatore di un know-how indispensabile nel processo produttivo¹³⁷.

Seguendo questa analisi il concetto di abuso di dipendenza economica dovrebbe andare oltre l'argomentazione letterale per un'interpretazione estensiva dell'ambito soggettivo. Pertanto il lemma clienti dovrebbe abbracciare «non solo i committenti che si trovano in una situazione di dipendenza rovesciata, ma anche i distributori che si trovino in una situazione di dipendenza economica nei confronti dei produttori e dei grossisti»¹³⁸.

La giurisprudenza si mostrò subito divisa e contraddittoria sull'ambito applicativo. Nella prima ordinanza¹³⁹ si conferiva l'a.d.e. il compito di disciplinare “ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con un'altra impresa”. Nella seconda¹⁴⁰, sul reclamo contro la prima, si ribadiva invece che “l'art. 9 trova applicazione quando il soggetto debole da tutelare sia il subfornitore, per un abuso di dipendenza economica, perpetrato dal committente”.

Un tale approccio giurisprudenziale contribuì a rendere ancora più incerto un contesto già minato dalle molteplici divisioni dottrinali. Infatti, accanto alla tesi maggioritaria che prevede un'applicazione generalizzata dell'istituto, abbiamo chi guarda alle sole relazioni verticali oppure chi invece pur supportando la tesi generalizzata tende ad escludere i contratti stipulati fuori dalle dinamiche commerciali, come i contratti bancari o i contratti di garanzia (fidejussione) tra imprese¹⁴¹.

¹³⁶ 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 *Giur. Comm.*, 1998, I, pag. 824.

¹³⁷ R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 95-96.

¹³⁸ R. NATOLI, *ult. op. cit.*, pag. 99.

¹³⁹ Tribunale di Bari, ord. 06.05.2002, in *Foro It.*, 2002, I, c. 2178.

¹⁴⁰ Tribunale di Bari, ord. 02.07.2002, in *Foro It.*, 2002, I, c. 3208.

¹⁴¹ D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffeis, A. Salvadè, Milano, 1998 e L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, pag. 154.

2.6 - Il concetto di dipendenza economica

Secondo quanto previsto nel secondo e terzo periodo dell'art. 9 «si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti o di obblighi. La dipendenza è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti»

Il dispositivo utilizzato dal legislatore fissa il principio del divieto nel primo periodo mentre introduce il concetto di dipendenza economica legittima, nel secondo, utilizzando l'espressione "eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" che potrebbe evocare la condizione da vietare. Anche l'espressione "essere in grado" potrebbe generare degli equivoci, dato che farebbe pensare ad una situazione potenziale, ma è bene ribadire che la potenzialità della situazione non genera abuso essendo ancora un comportamento da considerare lecito.

Ad una lettura più attenta dobbiamo escludere questa considerazione, rilevando piuttosto che il concetto non è da considerarsi una vera e propria definizione, ma bensì un chiarimento circa la natura del presupposto necessario per verificare l'abuso¹⁴².

Diventa quindi fondamentale non confondere la mera dipendenza economica, consentita, da quella illegittima identificabile con l'abuso; si correrebbe il rischio di allargare in modo rilevante la fattispecie oggetto della disciplina¹⁴³

Uno dei presupposti per applicare la norma è che sussista il rapporto di dipendenza economica, una situazione di per sé non censurabile in quanto fisiologica nei rapporti tra imprese¹⁴⁴, che potrebbe riguardare entrambe le parti¹⁴⁵. Per identificare quando si realizza tale rapporto di dipendenza si deve prestare attenzione alla relazione esistente tra le due imprese, attuando il c.d. criterio bilaterale che cerca di valutare concretamente la posizione assunta dai due soggetti¹⁴⁶.

Il secondo presupposto riguarderebbe il verificarsi dell'abuso da parte della c.d. impresa forte. Tra questi due requisiti vi sarebbe un rapporto *prius/posterius*, ossia che «la condizione di

¹⁴² A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 181.

¹⁴³ A. DE NICOLA e L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive: il nuovo contratto di subfornitura ex Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1998, pag. 85.

¹⁴⁴ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Utet, 2000, pag. 180.

¹⁴⁵ V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., pag. 403.

¹⁴⁶ R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* in Riv. Dir. Priv., 1998, pag. 733.

dipendenza del soggetto economico che subisce il comportamento abusivo rappresenterebbe l'antecedente, mentre il conseguente, qualificato in termini di abuso, sarebbe dato dall'eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi nei rapporti commerciali¹⁴⁷. Tale rapporto risulta invece ribaltato nell'abuso di posizione dominante, dove l'antecedente è rappresentato dalla situazione di potere economico dell'impresa dominante e il conseguente verrà qualificato dall'accertamento dell'abuso in base a quanto dalla legge e dagli organi di controllo¹⁴⁸.

Ricordiamo pure che tale situazione di debolezza identifica una posizione di dominio "relativa", mette cioè in relazione una parte con un'altra, a differenza dell'abuso di posizione dominante che viene definita invece "assoluta" in quanto posta in relazione all'intero mercato. In dottrina c'è chi ritiene che la prima sia posta in relazione ad abusi perpetrati nei rapporti verticali mentre la seconda caratterizzerebbe i rapporti orizzontali tra imprese¹⁴⁹.

Abbiamo già sottolineato che quanto indicato nella disposizione non sia una vera e propria definizione legislativa ma una semplice descrizione di ipotesi di abuso che permette di lasciare molta discrezionalità al giudice¹⁵⁰.

La formula utilizzata ha tuttavia acuito i problemi interpretativi che si sarebbe comunque proposta di evitare: gli elementi di incertezza riguardano essenzialmente due aspetti.

La prima ambiguità riguarda la dicitura "eccessivo squilibrio di diritti o di obblighi", una similitudine che possiamo riscontrare nell'art. 1469-bis comma 1 del codice, oggi inserito all'art. 33 del Codice del consumo, che ha finito per confondere le identità di ratio delle due norme.

L'altro aspetto che crea notevole incertezza concerne l'utilizzo della congiunzione *anche* nel terzo periodo, che mette in relazione gli ultimi due periodi dell'art. 9, comma 1; questa modalità di scrittura della norma, ha di fatto spaccato in tre correnti la dottrina.

Nella prima interpretazione, si sostiene ci possa essere dipendenza pur se vi siano alternative di mercato soddisfacenti, quindi la condizione di rilevanza si concretizzerebbe al verificarsi

¹⁴⁷ S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese, in Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 220.

¹⁴⁸ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali* in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pp. 319-320.

¹⁴⁹ S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio ed usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 70.

¹⁵⁰ A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative, un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro It.*, 2002, pag. 2179.

dell'abuso stesso¹⁵¹: tale impostazione è da considerarsi anti-letterale, e pertanto da non accogliere, «la norma non vieta l'abuso in sé ma l'abuso dell'altrui dipendenza economica e definisce quest'ultima»¹⁵²

Nella seconda interpretazione, invece si rileva, che grazie a questa congiunzione, che serve a collegare l'ultima parte del primo comma con quella inerente l'eccessivo squilibrio, l'assenza di alternative (per la parte che subisce l'abuso) e la possibilità di determinare un eccessivo squilibrio diventino (a capo dell'impresa "forte")¹⁵³ entrambi elementi rilevanti nell'abuso¹⁵⁴.

Infine nella terza interpretazione, si rileva come la mancanza di alternative sia l'unico elemento dirimente, in quanto solo la possibilità di non rivolgersi altrove determinerebbe l'imposizione di condizioni contrattuali sperequate¹⁵⁵.

La mancanza di alternative relega il contraente debole ad assumere la condizione di partner obbligato¹⁵⁶ e tale situazione potrebbe essere addebitata a circostanze oggettive (esterne ai soggetti) o a circostanze soggettive (insite nella tipologia di rapporto creatosi tra le imprese)¹⁵⁷. Prima di addentrarci ad illustrare le caratteristiche specifiche di questa classificazione, è doveroso rilevare che per ricostruire la casistica dei tipi di dipendenza inseriti in ciascuna delle due situazioni abbiamo dovuto attingere alla dottrina e alla giurisprudenza straniera, in particolare a quella tedesca e a quella francese.

La prima tipologia di dipendenza economica sarebbe legata alle condizioni oggettive ed esterne ai soggetti che interagiscono in un determinato mercato e viene appunto definita *dipendenza oggettiva*: ne sono esempio le situazioni di monopolio, di oligopolio oppure di imprese in posizione dominante.

In questa ipotesi il problema dell'accertamento assume gli stessi caratteri dell'accertamento dell'abuso di posizione dominante. In entrambi i casi infatti si fa riferimento al mercato "rilevante", ossia il settore interessato dalla pratica abusiva¹⁵⁸.

¹⁵¹ D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffei, A. Salvadè, Milano, 1998, pag. 79.

¹⁵² M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

¹⁵³ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, pag. 31.

¹⁵⁴ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 139.

¹⁵⁵ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, pag. 44.

¹⁵⁶ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 182.

¹⁵⁷ A. CERIDONO, *Sub art. 9*, in AA.VV., *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, pag. 437 e ss. e C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, *Foro It.*, 2002, pag. 2184

¹⁵⁸ F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La responsabilità d'impresa*, a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, 2015, pag. 347.

Ne consegue che nei mercati rilevanti molto ristretti le due forme di abuso potrebbero addirittura coincidere: questa situazione, definita monopolio situazionale o anche micro-monopolio, potrebbe derivare non necessariamente da problemi strutturali ma anche da situazioni contingenti e transitorie che caratterizzano gli scambi¹⁵⁹.

Per individuarla diventa necessario effettuare un'analisi del mercato di riferimento, in relazione alla tipologia del prodotto o servizio offerto e alla dimensione geografica servita. Questa situazione si potrebbe verificare nei rapporti di agenzia, laddove il preponente rivesta la posizione di monopolio o oligopolio, costringendo l'agente a specializzarsi in un determinato ambito e a rendere difficile il proprio collocamento in un altro ambito all'interruzione del rapporto. La stessa considerazione, però, può essere fatta in caso di rapporti di subfornitura o altre tipologie contrattuali nel quale la parte forte detenga una cospicua fetta di mercato.

Derivano da condizioni esterne all'impresa, rispettivamente, la dipendenza da assortimento (a) e quella da penuria (b):

a) La dipendenza da assortimento

Questa situazione si verifica quando un intermediario, in mancanza di un bene prodotto da una determinata azienda, non sia in grado di mantenere la propria capacità commerciale. Ci riferiamo ad articoli di marca che ormai hanno acquisito una tale fama da stimolare incisivamente una propria specifica domanda sul mercato. Il rivenditore si vede quindi costretto ad averli nel suo stock di prodotti o servizi da offrire alla clientela, pena la propria esclusione dal mercato di riferimento¹⁶⁰.

In Francia, la giurisprudenza e l'authority hanno elaborato criteri di valutazione per la verifica di questo tipo di dipendenza basati in primis sulla notorietà del marchio, aiutandosi con un'attenta analisi che riguarda il prezzo, la qualità o la promozione pubblicitaria, e sulla capacità di sostituzione del prodotto/servizio con altri equivalenti, ma sono degni di nota anche l'incidenza del fornitore nel volume di affari del rivenditore e quota di mercato da questi detenuta¹⁶¹.

¹⁵⁹ G. CERIDONO, *Commento all'art. 9 (Abuso di dipendenza economica)* in *Commento della "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"*, a cura di N. Lipari, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2000, pp. 433 e ss.

¹⁶⁰ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica* in *Mer. Conc. Reg.*, fascicolo 1, 1999, pag. 12.

¹⁶¹ S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese, in Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 225.

Anche la dottrina tedesca segue gli stessi criteri ma va anche oltre, distinguendo due ipotesi di dipendenza da assortimento: assoluta, se il prodotto in questione esercita un effetto tale da non essere sostituito da parte del cliente, compromettendo di fatto la propria capacità concorrenziale e relativa, quando la sostituibilità riguarda un gruppo di prodotti di determinate marche e l'impossibilità di approvvigionarsi da parte dell'impresa debole riguarda i prodotti nel loro complesso¹⁶².

Per quanto riguarda i criteri della notorietà del marchio, menzionati precedentemente analizzando il contesto francese, dobbiamo considerare che la giurisprudenza tedesca non considera rilevante la quota di mercato posseduta dal produttore¹⁶³.

b) La dipendenza da penuria

In questo caso accade che l'impresa dipendente rimanga in modo imprevedibile ed improvviso senza una fonte di rifornimento e simultaneamente sia impossibilitata a reperire tali prodotti/servizi in tempi relativamente brevi. Questo inconveniente può essere addebitabile sia ad un calo dell'offerta sia ad un aumento improvviso della domanda¹⁶⁴.

L'esempio classico è quello della contrazione dell'offerta dei paesi produttori aderenti all'OPEC che ha provocato una contrazione dell'offerta ed ha incentivato alcune compagnie petrolifere a privilegiare i distributori della propria rete a scapito dei distributori indipendenti¹⁶⁵.

Nei casi in cui la situazione fosse addebitabile ad un comportamento dell'impresa debole, che si rifiuta di approvvigionarsi pur avendone la possibilità da un altro fornitore, si ritiene non sussistere tale forma di abuso¹⁶⁶.

La seconda circostanza sorge da una situazione soggettiva in cui la *parte debole* si è venuta a trovare dopo aver instaurato un rapporto continuativo con la *parte forte*, come accade dei rapporti di lunga durata in cui alcune imprese per rispondere ad esigenze specifiche dei clienti (non necessariamente un unico cliente) si vedono costrette a effettuare investimenti strutturali.

Tale situazione viene definita *dipendenza economica relativa*, e la propria analisi, a differenza della precedente, non riguarderà più il mercato ma si focalizzerà sul livello di integrazione che

¹⁶² C. OSTI, ult. op. cit., pag. 12.

¹⁶³ Vedi la sentenza della Corte Suprema Federale nel caso Rossignol, in Wu W/E BGH 1391, 1394

¹⁶⁴ C. OSTI, ult. op. cit., pag. 14.

¹⁶⁵ Vedi la pronuncia nel caso AGIP II, in WuW/E OLG 1499

¹⁶⁶ S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 226.

le parti hanno raggiunto tra loro, l'una in funzione dell'altra. Dovremmo pertanto verificare se vi sono alternative concrete in termini di riassetto produttivo e commerciale che l'impresa debole si è data nel tempo e per concrete dobbiamo intendere la valutazione dell'entità del rischio di conversione dell'attività¹⁶⁷. Un indice chiave di questa seconda situazione è rappresentato dal livello del fatturato realizzato con l'altro partner.

Per definire con maggior precisione i criteri della dipendenza economica soggettiva analizziamo i casi riguardanti la dipendenza da rapporti commerciali (c) e la dipendenza del fornitore (d):

c) La dipendenza da rapporti commerciali

Tal approccio nasce dall'esistenza di un rapporto tra le due imprese che impedisce all'impresa debole di potersi rivolgere ad altri senza subire pesanti ripercussioni economiche alla propria attività. Generalmente ci riferiamo a rapporti di lunga durata, soprattutto nei casi in cui l'impresa debole ha concentrato la propria attività su un unico fornitore obbligandola a sostenere ingenti investimenti specifici di difficile riconversione con un altro partner commerciale¹⁶⁸.

Esempio significativo potrebbe essere quello dei concessionari automobilistici, che assumendo l'immagine della casa automobilistica come proprio marchio distintivo finiscono per essere identificati dal cliente con lo stesso fornitore

Sono però da escludere i casi in cui l'impresa presunta debole abbia effettuato investimenti in previsione di un futuro rapporto nell'ottica di forzare un rapporto commerciale che di fatto non è ancora stato posto in essere¹⁶⁹.

La giurisprudenza tedesca valuta questa forma in un'ottica c.d. oggettivo-generalizzante cercando di non interferire troppo nel rapporto contrattuale, ma cercando contestualmente di impedire che l'impresa dipendente non si tuteli nelle dovute maniere, per esempio «perché abbia mancato di diversificare il rischio di una risoluzione a breve termine del rapporto contrattuale»¹⁷⁰.

Da non sottovalutare in questo genere di dipendenza è il fattore tempo, ossia l'elemento «messo a disposizione del dipendente per diversificare i propri sbocchi o il proprio accesso,

¹⁶⁷ L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, pag. 157.

¹⁶⁸ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica* in Merc. Conc. Reg., fascicolo 1, 1999, pag. 13.

¹⁶⁹ S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 227.

¹⁷⁰ C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica* in Merc. Conc. Reg., fascicolo 1, 1999, pag. 14.

rimanendo inconferente poi la possibilità che tale tempo non venga dal dipendente correttamente utilizzato¹⁷¹.

d) La dipendenza da fornitore

Concludiamo la nostra rassegna di casistiche legate alla dipendenza economica con la seconda situazione soggettiva. Si verifica dal lato della domanda, ossia quando un'impresa produca in modo quasi esclusivo in favore di un produttore determinato oppure affidi la propria produzione ad un unico distributore.

Questo tipo di dipendenza contraddistingue quei rapporti di lunga durata dove è presente una clausola di fornitura esclusiva, oppure quei casi in cui i costi di trasporto hanno una notevole incidenza per cui l'impresa difficilmente si rivolgerà ad altri acquirenti.

Attraverso questa analisi possiamo constatare che tale situazione prevista dall'art. 9 sia la condizione tipica dei rapporti di subfornitura, visto che le prestazioni si inseriscono nel ciclo produttivo del committente. Quasi sempre il subfornitore si vede costretto non solo a migliorare il proprio know-how ma soprattutto ad effettuare investimenti specifici che potrebbero essere difficilmente riutilizzabili in caso di interruzione del rapporto, soprattutto nei casi di mono-committenza.

Altro esempio tipico è il rapporto di franchising, dove l'affiliato si vede costretto ad effettuare investimenti per entrare nella rete di vendita, ma tale ipotesi caratterizza tutti i rapporti posti in essere con solo con un determinato soggetto e in cui sia pertanto prevista la clausola di esclusiva. Lo troveremo pertanto anche nei rapporti di agenzia e nelle concessioni di vendita con patto di esclusiva.

Attraverso la valutazione dei margini di manovra concessi all'impresa che subisce l'abuso, riconosciamo l'importanza dell'aspetto "relativo" della dipendenza economica¹⁷², la quale «deve essere necessariamente letta alla luce delle possibilità per la parte debole di slegarsi dal rapporto in essere. Per quanto gravate e squilibrate siano le clausole contrattuali che legano le parti, non si avrà la dipendenza economica se la parte svantaggiata ha la possibilità di sostituire il proprio partner commerciale senza danni»¹⁷³.

¹⁷¹ C. OSTI, op. cit. pag. 14 in merito a V. EMMERICH, *Kartellrecht*, 1994, pag. 299.

¹⁷² A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 182.

¹⁷³ A. DE NICOLA e L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive: il nuovo contratto di subfornitura ex Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1998, pag. 87.

Se dovessimo tracciare uno schema valutativo per l'applicazione dell'art. 9 possiamo pertanto affermare che il primo passo è quello di appurare se l'impresa debole ha la possibilità concreta di stipulare con terzi, alla risposta negativa a questa domanda possiamo considerarci in una situazione di dipendenza economica; successivamente dovremo «valutare se di tale condizione, di per sé lecita, l'impresa dominante abbia abusato»¹⁷⁴.

Vi sono comunque altre circostanze, pur non menzionate dal legislatore, che possono ricadere nella casistica inerente la determinazione di un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, a titolo d'esempio ne citeremo due. Il primo riguarda le forme di controllo societario, il secondo riguarda la c.d. dipendenza tecnologica, che non deve essere confusa con la semplice dipendenza economica, ma con un ulteriore livello di dipendenza nella quale il committente diventa l'unico sbocco per l'attività dell'impresa debole¹⁷⁵.

Una volta effettuata l'analisi sui presupposti per identificare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica, sarà compito del giudice, valutando i diversi interessi in gioco, verificare l'effettiva sussistenza di questa situazione, tenendo anche in considerazione la condotta della parte debole al fine di evitare una sorta di immunità della parte debole a danno della concorrenza¹⁷⁶.

Una corrente isolata tende a sottolineare che entrambi gli aspetti di incertezza rilevati poco sopra, abbinati ad un'incerta giurisprudenza, non farebbero altro che rendere la dipendenza economica un concetto dai contorni ancora indefiniti, sospeso tra la legge della subfornitura e la disciplina delle clausole vessatorie¹⁷⁷.

Rigettando questa visione dobbiamo invece rimanere ancorati al dato letterale che, inequivocabilmente, ci consente di considerare la dipendenza economica come una situazione autonoma, che anticipa e si distingue pertanto dall'abuso¹⁷⁸.

È pertanto da connotarsi come una distinzione duplice, che si dipana su un piano temporale. Infatti la «situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare un eccessivo squilibrio» consente di «tracciare una netta linea di confine tra il momento in cui l'abuso è solo

¹⁷⁴ A. BERTOLOTTI, ult. op. cit., pag. 182.

¹⁷⁵ L. DELLI PRISCOLI, *Franchising e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. di merito*, 2006 pag. 2155.

¹⁷⁶ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali* in AA. VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pag. 336.

¹⁷⁷ D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffei, A. Salvadè, Milano, 1998, pag. 80.

¹⁷⁸ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 139.

potenziale e quello in cui diviene attuale»¹⁷⁹ e su un piano concettuale, distinguendo tra il presupposto fattuale lecito dell'abuso, identificabile con la situazione di dipendenza, dall'abuso stesso, ossia la condotta vietata¹⁸⁰.

A questo punto purtroppo finiscono le certezze condivise dalla dottrina e inizia un universo di visioni divergenti. Ne è d'esempio la diversa modalità di concepire il termine "situazione" utilizzato nella nozione di dipendenza economica. Il legislatore in questo caso ha utilizzato un termine troppo generico che impedito alla dottrina di concretizzare una formulazione interpretativa compiuta.

Non concepire una vera e propria definizione di dipendenza cercando invece rifugio in un'espressione tanto vaga e fuggevole come può essere considerato il termine "situazione" non può altro che denotare una difficoltosa e incerta qualificazione della fattispecie, che di fatto non può che essersi conclusa con una non-definizione partorita dal legislatore.

Se poi aggiungiamo l'utilizzo di «espressioni idonee a concedere all'interprete spazi di manovra molto ampi, come ad esempio "eccessivo squilibrio", "reale possibilità", "alternative soddisfacenti"»¹⁸¹ non possiamo che confermare questo aspetto critico contenuto della disposizione che di fatto ha frastornato gli interpreti, portandoli a produrre un tipo di analisi che individuava *l'eccessivo squilibrio* e la *manca di alternative significative* come due elementi distinti.

Segnaliamo invece il metodo molto più lineare utilizzato nella giurisprudenza italiana che tende a considerare unitariamente la fattispecie interpretando questi due periodi come elementi che si originano e si consolidano l'un l'altro.

2.7 – Le modalità di realizzazione dell'abuso

A questo punto della nostra analisi possiamo dare per assodato come l'istituto trovi applicazione solo nell'orbita di un contratto, stipulato o da stipulare, ma al tempo stesso dobbiamo tenere in considerazione che comunque non a tutti i contratti viene accordato questo tipo di protezione: la ragione di questa tutela nasce dall'esigenza di stimolare e

¹⁷⁹ R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009, pag. 52.

¹⁸⁰ V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, Riv. Dir. Civ., 2000, pp. 404 e ss.

¹⁸¹ R. CATALANO, ult. op. cit., pag. 52.

preservare gli investimenti di lungo periodo scaturenti da rapporti di cooperazione tra le imprese¹⁸².

In un'economia di mercato è del tutto fisiologico che una parte possa perdere e l'altra guadagnare. Da questo punto di vista, pertanto, la sproporzione è giustificata se non deriva da una coercizione della libertà negoziale. In altre parole possiamo sostenere che «l'equivalenza delle prestazioni non è un valore essenziale per il sistema, almeno fin tanto che l'alterazione della corrispettività non attinga forme inaccettabili»¹⁸³.

Cercando di preservare ad ogni costo l'equivalenza delle prestazioni, ossia permettendo *in executivis* di far recuperare alle parti quelle utilità alle quali hanno rinunciato al momento della conclusione del contratto¹⁸⁴, si correrebbe il rischio di minare le ragioni fondanti dell'autonomia contrattuale, di fatto rendendo obsoleta e anacronistica la formula “il contratto ha forza di legge tra le parti”.

La logica ex art. 9 è quella di colpire pertanto solo le “forme inaccettabili di alterazione delle corrispettività” rafforzando «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 contrattuale»¹⁸⁵.

Il divieto non è pertanto da considerare come uno strumento che vada contro i principi dell'autonomia privata o che si metta di traverso alle logiche dell'economia di mercato, quanto piuttosto un mezzo di rafforzamento delle stesse.

Gli elementi costitutivi dell'abuso non ci vengono forniti in via diretta dal legislatore, ma li dobbiamo ricavare dalla nozione di dipendenza economica¹⁸⁶, descritta come “la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi” precisando di tenere in considerazione anche la reale possibilità che la parte coinvolta di “reperire sul mercato alternative soddisfacenti” secondo quanto previsto dall'art. 9 al comma 1.

¹⁸² R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, pp. 111-112.

¹⁸³ R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in Enc. Dir., vol. XV, Varese, 1989, pag. 128.

¹⁸⁴ S. J. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in FoodFaith*, in 94 Harv. L. Rev., 1980, pag. 369 (trad. it. *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in Riv. Cit. Dir. Priv., 1984, pag. 13 e ss.).

¹⁸⁵ R. NATOLI, ult. op. cit., pag. 115.

¹⁸⁶ F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La responsabilità d'impresa* a cura di G. Alpa e G. Conte, Milano, 2015, pag. 346.

Non esistendo pertanto una vera e propria definizione di abuso, il legislatore si è limitato ad elencare solo alcune fattispecie tipiche dello stesso, modalità peraltro seguita in quasi tutte le recenti disposizioni in materia di protezione del contraente debole¹⁸⁷.

Al comma 2 vengono poi indicate le tre ipotesi sintomatiche di comportamenti abusivi: a) il rifiuto di vendere o di comprare; b) l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie; c) l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Un'ulteriore tipologia¹⁸⁸ è rappresentata dal comportamento posto in essere dai titolare degli impianti o dai fornitori allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite al gestore al fine di creare le condizioni di una maggiore concorrenza. Come vedremo successivamente, costituisce comportamento abusivo a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica, invece, la violazione sistematica e diffusa della normativa sui ritardi nei pagamenti come previsto dal comma 3 bis.

Il legislatore, indicando le ipotesi di abuso di dipendenza economica, ingloba ad esse anche i casi in cui la condotta sia da addebitare a più imprese. In questo caso ci riferiamo sia a quelle condotte poste in essere da soggetti legati da rapporti di controllo o collegamento societario ex art. 2539 del codice, sia a collegamenti temporanei (vedi associazioni temporanee di imprese, joint venture, consorzi) ma anche ai casi in cui le imprese non siano legate tra loro da alcun rapporto¹⁸⁹.

Analizzeremo inizialmente l'ipotesi indicata al punto b) e successivamente i casi di rifiuto e interruzione dei punti a) e c) accorrandoli per ragioni di semplificazione.

- L'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie

Il punto maggiormente dibattuto in dottrina sulla configurazione dell'abuso è quello riguardante l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, ma è bene rilevare che in questo caso non opereremo quelle esclusioni previste dal comma 2 dell'art. 34 del Codice del consumo, riguardanti il valore delle prestazioni, in merito alla determinazione dell'oggetto e all'adeguatezza del corrispettivo¹⁹⁰.

¹⁸⁷ R. CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, pag. 87.

¹⁸⁸ Prevista dall'art. 17, comma 3, d.l. 24 gennaio 2012, n.1, convertito in Legge n. 27 del 24 marzo 2012.

¹⁸⁹ C. BERTI – B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, pag. 183.

¹⁹⁰ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Riv. Dir. Priv, 2001, pag. 779.

La nostra attenzione si concentrerà comunque sulle prime, poiché la dottrina ha sempre preferito focalizzarsi sulle condizioni gravose a scapito di quelle discriminatorie, dato che in queste ultime il senso dell'espressione è stata sempre considerata chiara e di intuitiva evidenza. Tra le condizioni ingiustificatamente gravose possiamo distinguere in dottrina quattro orientamenti.

Nel primo di questi la misura al quale fare riferimento sarebbe quella indicata dai *principi Unidroit*, in riferimento «all'eccessivo squilibrio tra le prestazioni delle parti (gross disparity) che attribuisce ad una parte un vantaggio ingiustificato (art. 3.10). Il vantaggio ... ottenuto sfruttando una posizione di debolezza dell'altra parte o, comunque sia privo di qualsiasi giustificazione, tenuto conto della natura e dello scopo del contratto»¹⁹¹. Una parte della dottrina contesta tale tesi, definendo non accettabile far riferimento in modo vincolante ai *principi Unidroit* per interpretare una norma di legge dato che si rischierebbe di selezionare i dati in modo arbitrario, partendo da proprie inclinazioni e questo perché la dottrina che ha supportato questa tesi non ha ben definito le ragioni per le quali si è scelto di attingere da questi principi¹⁹².

Nel secondo orientamento le condizioni gravose dovrebbero essere valutate in relazione alla buona fede in senso oggettivo, in base cioè ad una valutazione a posteriori del comportamento di un soggetto¹⁹³. Anche questa tesi desta forti perplessità dato che l'espressione "ingiustificatamente gravose" sarebbe identica a quella dell'abuso di posizione dominante ma in quel caso viene utilizzato riferendosi alla misura finale dell'accordo e non al comportamento dell'impresa forte ¹⁹⁴

Una terza tesi ricollega la valutazione dell'ingiustificata gravosità a quanto contenuto nell'art. 33 del Codice del consumo (già art. 1469-bis c.c.) in materia di clausole vessatorie, accomunandolo per identità di ratio e in ragione dell'utilizzo dell'espressione "significativo squilibrio di diritti e di obblighi" considerati equivalenti¹⁹⁵. Non si può non rilevare che lo squilibrio indicato nelle due fattispecie non sarebbe equiparabile perché riferibile a situazioni diverse. Quanto indicato nell'art.33 del codice del consumo infatti è riferibile alla misura

¹⁹¹ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pp. 654 e ss.

¹⁹² M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 149.

¹⁹³ T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, pp. 360 e ss.

¹⁹⁴ M. R. MAUGERI, *ult. op. cit.*, pag. 150.

¹⁹⁵ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pp. 644-645.

dell'abuso mentre le disposizioni dell'art. 9 allo stato di dipendenza, pertanto «non convince la sovrapposizione delle due formule effettuata sulla base della mera assonanza»¹⁹⁶.

Il quarto orientamento, infine, si riconduce all'equità ex art. 1374 c.c. ma può essere analizzato da due punti di vista, il primo punta a misurare l'abuso valutando la situazione dell'impresa in base a dei valori di mercato¹⁹⁷ mentre il secondo fa riferimento a valori concorrenziali¹⁹⁸, da questo punto di vista potrebbe essere utile l'analisi basata sui prezzi e su scelte di efficienza¹⁹⁹ che però difetta di precisazioni sul tipo di mercato cui occorra riferirsi²⁰⁰.

Anche questa tesi presenta dei limiti, da ricercare soprattutto sul rapporto di riconducibilità che lega le due disposizioni. Il nostro ordinamento prevede sì forme di intervento sul contratto rinviando a quei parametri di equità previsti dall'art. 1374, ma bisogna considerare che la funzione di questa disposizione, rispetto a quella prevista dall'art. 9 per misurare l'abuso, è quella «di assegnare al giudice [il compito] di completare il programma dell'operazione economica impostata dalle parti, sviluppandone la logica specifica secondo le indicazioni oggettive emergenti dal mercato»²⁰¹ e non di correggere l'accordo negoziale, rilevando inoltre che si ricorre all'equità solo in mancanza di espressa pattuizione delle parti o di norma di legge.

L'art. 9 interviene invece sulla misura scelta dalle parti, la cui entità è stata influenzata dagli investimenti specifici o dalla struttura stessa del mercato. In estrema sintesi «nell'integrare il contratto, il legislatore non ha interesse a modificare i rapporti esistenti all'interno del mercato in cui operano le parti, cosa che invece vuole fare attraverso l'art. 9»²⁰².

Se proprio bisogna intervenire sul contratto rinviando a parametri di mercato, non bisogna pertanto guardare all'art. 1374 quanto piuttosto all'art. 3 della legge antitrust. Sarà pertanto questa disposizione a darci la misura individuata dall'abuso di dipendenza economica in termini di potere rilevante.

La norma, facendo riferimento alle condizioni contrattuali gravose, deve pertanto essere interpretata in funzione dei parametri elaborati per la disciplina della concorrenza. L'abuso si

¹⁹⁶ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 150.

¹⁹⁷ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali* in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pp. 343 e ss.

¹⁹⁸ S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica*, Torino, 2010 pag. 514.

¹⁹⁹ A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica*, Roma, 2004, pp. 243 e ss.

²⁰⁰ M. R. MAUGERI, ult. op. cit., pag. 148.

²⁰¹ M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, pag. 551.

²⁰² M. R. MAUGERI, ult. op. cit., pag. 152.

identifica nella misura che diverge da quella praticata su altri mercati simili per struttura, geograficamente diversi ma comunque concorrenziali.

Se dovessimo fare un confronto con la disciplina delle clausole abusive ex art. 33 del Codice del consumo, dovremmo constatare che in questo caso lo squilibrio economico prevarrebbe su quello normativo, e visto che è comunque sempre il mercato a stabilire ciò che deve essere considerato lecito non ha nemmeno senso stilare un elenco di clausole abusive o non abusive²⁰³.

Altro punto degno di nota è che questa interpretazione concorrenziale non contrasta l'interesse che mira a proteggere l'art. 9 della subfornitura, ossia la protezione dei soggetti deboli obbligati a sottostare ad un rapporto che li vede legati ad un "partner obbligato". Esiste pertanto una perfetta sintonia con quanto previsto dalla disciplina antitrust che attraverso la regolamentazione del mercato ha permesso alle controparti delle imprese dominanti di essere poste in una situazione equiparabile al mercato concorrenziale²⁰⁴.

- Rifiuto di vendere o di comprare e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto

La norma di cui all'art. 9 prevede altre due forme di abuso strettamente correlate alle ipotesi di abuso di posizione dominante, indicate rispettivamente alla lettera a e alla lettera c della nostra classificazione. Il rifiuto di vendere o di comprare e l'interruzione delle relazioni commerciali, infatti, possono essere configurate come vere e proprie forme di barriera in entrata che si concretizzano con la conclusione di un contratto a condizioni eccessivamente squilibrate a sfavore della parte debole.

Queste due ipotesi «si collocano al di fuori del contratto, ossia nella fase antecedente alla stipulazione o in quella successiva all'esecuzione, e si differenziano per la presenza di una relazione commerciale pregressa i contraenti»²⁰⁵

L'esempio classico è quello fornito dalla sentenza del Tribunale di Bari del 06.05.2002 nella causa Milly Boutique v. Marina Babini. Tra la boutique e la casa produttrice di abiti d'alta moda, pur non essendoci una soluzione di continuità, intercorre un rapporto consolidato di oltre dieci anni. Non ci sono mai stati problemi e nemmeno inadempienze. A seguito di un ordine la Babini comunica di non voler provvedere alla fornitura in quanto la stessa non

²⁰³ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 153.

²⁰⁴ M. R. MAUGERI, op. cit., pag. 154.

²⁰⁵ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, un'analisi economica e comparata*, Torino, pag. 78.

ritiene più che la boutique rientri nei suoi target commerciali. Il titolare del negozio presenta ricorso sul presupposto che l'interruzione della relazione commerciale configuri un a.d.e. ex art. 9 subf. Il giudice, ribadendo l'ambito di applicazione esteso a tutti i contratti d'impresa, rileva che l'abuso è individuabile sulla base di un criterio bilaterale che valuta tanto la posizione dell'impresa dipendente quanto quella dell'impresa dominante.

Nella prima tipologia indicata una parte della dottrina rileva che l'abuso dovrebbe concretizzarsi solo a seguito dell'esecuzione di una precedente negoziazione contrattuale. In caso contrario si assisterebbe ad una vera e propria limitazione della libertà contrattuale²⁰⁶. Questa tesi, che nasce dall'esigenza di non comprimere la libertà delle imprese forti di potersi scegliere il proprio partner commerciale, sarebbe suffragata dalla giurisprudenza che non rileva casi di abuso in tema di rifiuto di contrarre in mancanza di precedenti rapporti con le parti.

Una tale concezione però non trova il favore della dottrina maggioritaria²⁰⁷, in quanto priverebbe le imprese esordienti nel mercato, i c.d. new-comers, che non hanno mai avuto relazioni commerciali con l'impresa in posizione di dominanza assoluta o relativa, di beneficiare della protezione ex art. 9. Si andrebbe in palese contrasto con la stessa ratio dell'abuso di dipendenza economica, che è quello di «favorire mediante la tutela dell'impresa economicamente dipendente, la dinamicità e l'efficienza del mercato»²⁰⁸.

Proseguiremo la nostra analisi accorpando i due casi previsti alle lettere a e c come fattispecie unica; infatti, «entrambe vanno intese in senso sostanziale o economico, come rifiuto di intrattenere, ossia iniziare, proseguire o riprendere, relazioni commerciali con la controparte dipendente»²⁰⁹; in estrema sintesi quelle situazioni in cui il vincolo contrattuale viene unilateralmente risolto attraverso il recesso, oppure quando non venga successivamente rinnovato.

La tutela prevista scatta se l'interruzione nelle relazioni commerciali, anche se legittima in termini di regole generali, sia da considerarsi arbitraria. Con tale termine si vuole qualificare l'interruzione del rapporto senza concrete giustificazioni²¹⁰.

²⁰⁶ G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, pag. 130.

²⁰⁷ Tra gli altri A. CERIDONO, *Sub art. 9*, in AA. VV. *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, pag. 449 e A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sub. Art. 9*, in AA. VV., *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, pag. 252.

²⁰⁸ F. PROSPERI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La responsabilità d'impresa* a cura di Guido Alpa e Giuseppe Conte, Milano, 2015, pag. 363.

²⁰⁹ P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, estratto contenuto nel sito Treccani – Diritto on line.

²¹⁰ Vedi sentenza Tribunale di Bari del 06.05.2006, cit., pag. 766.

Altri elementi rilevanti per qualificare le ipotesi di rifiuto a trattare e di interruzione arbitraria potrebbero essere ricondotte al fattore temporale, cioè al problema del tempo necessario per il recupero delle risorse investite. Gli investimenti specifici, infatti, in caso di interruzione del rapporto, costringono la parte debole a sostenere dei costi di conversione spesso molto elevati, a volta addirittura non pienamente recuperabili.

Il fattore è rilevante non solo in caso di investimenti specifici ma anche nel caso in cui l'impresa debole abbia dovuto acquisire un determinato know-how che non è riutilizzabile nei rapporti con diverse parti contrattuali. Un esempio potrebbe essere fornito dal rapporto di agenzia²¹¹ o nei rapporti di collaborazione tra imprese.

Per continuare, sono degne di nota, anche se non rientrano nei contratti tra imprenditori, le clausole di esclusiva previste nell'ambito dei rapporti di somministrazione. Tali rapporti nella pratica sono di frequente utilizzati nei rapporti tra imprenditori realizzando forme di integrazione verticale²¹². E' per questi motivi che si può ricollegare la legittimità del recesso, oltre che alla giusta causa, anche al tempo di preavviso concesso²¹³ e alla durata dei rapporti contrattuali pregressi.

Per quanto riguarda l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, nel caso specifico di rifiuto a rinnovare il contratto, l'elemento da prendere in considerazione dovrebbe essere quello dell'affidamento in *re ipsa*, ossia ingenerato nella controparte in ordine alla conclusione di ulteriori contratti. Ci riferiamo al caso in cui una parte abbia dovuto sostenere investimenti specifici per eseguire la prestazione e il cui costo non sia stato sufficientemente ammortizzato nel corso del rapporto commerciale interrotto nonostante le aspettative ingenerate dalla controparte in fase di conclusione del contratto²¹⁴.

La nostra analisi sull'applicazione dell'art. 9 va estesa anche al di là dei rapporti di subfornitura; nel franchising per esempio si potrebbe configurare l'abuso se il franchisor si rifiutasse, una volta concluso il rapporto contrattuale, di rinnovarlo senza una valida giustificazione oppure nel caso in cui, pur con una valida giustificazione, il diniego non

²¹¹ Sul contratto di agenzia si rimanda a: R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015 e A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Milano, 2013.

²¹² O. CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, vol. III, in *Trattato di diritto Privato*, t. XI, diretto da P. Rescigno, Torino, 2000, pag. 819.

²¹³ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA. VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pag. 349.

²¹⁴ G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, pag. 131.

pervenga al franchisee in un termine congruo che gli permetta di recuperare i propri costi relativi agli investimenti specifici effettuati²¹⁵.

A differenza dei rapporti contrattuali in atto, il rifiuto a vendere o a comprare opera in fase precontrattuale²¹⁶. Tuttavia anche in questo caso per qualificare l'abuso si ritiene necessario debba sussistere una valida giustificazione, come potrebbe essere quella dell'impossibilità economica di soddisfare la domanda.

Come abbiamo fatto notare precedentemente, la disposizione non contiene un elenco di ipotesi tassative che concretizzino l'abuso e è pertanto plausibile configurare diverse ipotesi di comportamenti vietati. Per esempio il rifiuto di rinegoziare il contratto a seguito di mutamenti intervenuti nel mercato dove opera l'impresa debole, che di fatto genera una situazione squilibrata che al momento della conclusione dell'accordo avrebbe comportato un differente contenuto contrattuale o addirittura avrebbe impedito di concludere l'accordo stesso.

Un'altra ipotesi abusiva potrebbe essere la violazione degli obblighi di informazione imposti alle parti stesse o dal legislatore. Sarebbe un ulteriore strumento da aggiungersi a quei casi in cui la parte debole non può far altro che ricorrere alle disposizioni previste per l'annullabilità per dolo o per errore.

Nel contratto di agenzia, potrebbe configurarsi come abuso di dipendenza economica il reiterato e ingiustificato rifiuto del preponente ad accettare le proposte fattegli pervenire dall'agente nell'esercizio della sua attività. In questo caso potrebbe celarsi l'intenzione del preponente di potersi liberare dell'agente indesiderato inducendolo al recesso del contratto. Per contrastare l'interesse della parte forte l'alternativa riservata all'agente sarebbe quella di un'azione inibitoria.

²¹⁵ A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 1999, pag. 196.

²¹⁶ A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2003, pag. 517 e F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, pag. 146.

2.8 - La nullità del patto

La concezione tradizionale delle invalidità negli ultimi anni è stata messa in crisi da nuove forme contrattuali e da nuovi istituti. L'abuso di dipendenza economica è un caso emblematico di questo "fervore da rivisitazione", anche alla luce dell'inevitabile necessità di tutela da accordare al contraente debole. Occorre dunque verificare quale conseguenza giuridica sia prevista per le forme di invalidità del contratto e la legittimazione ad agire ai sensi, rispettivamente, degli art. 1419 e 1421 del codice.

La dottrina ha escluso quasi unanimemente che la disposizione possa prevedere la nullità dell'intero contratto²¹⁷, facendo invece riferimento, con un'interpretazione letterale della disposizione, solo al patto. Quest'ultimo si identificerebbe con «l'unità precettiva negoziale che seleziona una misura diversa da quella voluta dal legislatore»²¹⁸ e non per forza di cose deve essere contenuta in un'unica disposizione.

Il legislatore però non chiarisce molti aspetti dell'istituto, tra questi le conseguenze della nullità parziale, i soggetti legittimati ad agire, oppure se il giudice può rilevarla d'ufficio e se può essere sanata. In aggiunta, vista la difficoltà nella ricostruzione di un regime di per sé già vario e diversificato, la configurazione unitaria di questo istituto in funzione di una sua applicazione a tutte le nullità testuali latita²¹⁹.

La dottrina ha cercato in vari modi di dare delle risposte e partendo dalle disposizioni contenute nel primo comma dell'art. 1419 del codice ha constatato di correre il rischio di travolgere l'intero contratto. Parte della dottrina ha accettato questa tesi²²⁰; altri invece, cercando di evitare una nullità totale, hanno interpretato il primo comma in senso oggettivo, ossia la clausola nulla travolge l'intero contratto solo se tra questa e le altre disposizioni vi sia un'oggettiva interdipendenza che li rende un solo elemento inscindibile²²¹.

Tale soluzione non è comunque accettata dalla maggioranza, in quanto non ritenuta consona a tutelare adeguatamente la controparte debole. Si rigetta pertanto l'applicazione dell'art. 1419 e si guarda invece favorevolmente alla c.d. destrutturazione della categoria della nullità,

²¹⁷ R. RINALDI e F. R. TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di P. Sposato – M. Coccia, Torino, 1999; confronta A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sub. Art. 9*, in AA. VV., *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999.

²¹⁸ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 158-159.

²¹⁹ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pp. 110-111.

²²⁰ D. MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffei, A. Salvadè, Milano, 1998, pag. 80.

²²¹ A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sub. Art. 9*, in AA. VV., *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, pag. 258.

utilizzando pertanto una sorta di nullità parziale necessaria. Negli ultimi anni una parte della dottrina, in contrasto con l'impostazione tradizionale, ha cercato di dimostrare, da un verso, che la nullità non è riferibile ad un'unica categoria e, dall'altro, che l'orientamento comunitario abbia permesso di guardare con occhi diversi il sistema delle invalidità²²².

L'idea di destrutturare la nullità parte da due presupposti: a) estendere analogicamente l'orientamento comunitario di tutela concessa al contraente debole alla nullità ex art. 9 e b) effettuare un'operazione ermeneutica di riduzione teleologica.

Nel primo punto si potrebbe ravvisare un'identità di ratio tra l'art. 9 della Legge sulla subfornitura e gli art. 33 e ss. del Codice del consumo. Le esigenze di coerenza dell'ordinamento ci imporrebbero di utilizzare tecniche uguali per le due discipline e pertanto possiamo affermare che la nullità della clausola può anche non estendersi all'intero contratto²²³ e che sia da considerarsi relativa²²⁴, sempre che non riguardi il prezzo pattuito poiché, in tal caso, cadrebbe l'intero contratto²²⁵.

Questa tesi per la verità, è stata suffragata ancora prima della creazione dell'abuso di dipendenza economica²²⁶. Infatti, la dottrina favorevole all'identità funzionale dell'invalidità, si è sforzata di applicare la destrutturazione in via analogica anche a rapporti diversi²²⁷, quali per esempio le discipline sul Testo unico bancario²²⁸.

I giuristi che avversano tale tesi, ribadendo che «le *rationes* sottese alle discipline invocate possono anche essere differenti»²²⁹, non hanno fatto altro che stimolare le dottrine innovative, questa volta direttamente in relazione alla fattispecie ex art. 9 subfornitura, a tentare la strada dell'operazione ermeneutica di riduzione teleologica dell'art. 1419 del codice.

L'esigenza parte dal presupposto che tale disposizione si porrebbe in contrasto con lo scopo di tutela introdotto dal legislatore a favore della parte debole; per esigenze di razionalità e coerenza si deve pertanto escludere l'estensione dell'invalidità all'intero negozio, indipendentemente dalle intenzioni dei contraenti. Il fondamento normativo risiederebbe quindi nell'art. 9 l. subfornitura e non nella disposizione del codice, altrimenti, con la nullità

²²² M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 160.

²²³ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pag. 645.

²²⁴ F. PROSPERI, op. cit., pag. 657.

²²⁵ F. PROSPERI, op. cit., pag. 659.

²²⁶ M. R. MAUGERI, ult. op. cit., pp. 164-165

²²⁷ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pag. 21 e ss.

²²⁸ Vedi D.lgs. n. 385 del 1 settembre 1993, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, art. 117, 124, 127.

²²⁹ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 166.

totale, si rischierebbe di rendere vano il fine di tutela previsto dall'abuso di dipendenza economica²³⁰.

Sfortunatamente questa nullità parziale necessaria non sarebbe applicabile nel caso in cui la clausola riguardasse l'oggetto del contratto e non ci fossero criteri legali per determinarlo, e se la fattispecie abuso non potesse essere imputata ad una parte in quanto realizzata dal contratto nel suo complesso.

È bene comunque fare un passo indietro e soffermarci su un punto essenziale, ossia le critiche mosse dalla dottrina dominante al tentativo di ricorrere ad interpretazione analogica per equiparare varie discipline all'art. 9 della subfornitura, supponendo l'esistenza di una comune identità di ratio.

In riferimento al primo tentativo di disciplinare lo squilibrio strutturale tra le parti per analogia con la disciplina presente nel Testo unico bancario, la dottrina dominante ritiene queste disposizioni applicabili alle condizioni economiche e non a quelle normative, in quanto intervengono nel temperamento degli interessi tra le parti attraverso l'imposizione di precise informazioni²³¹.

L'art. 9 della L. 192/1998 non mira a colmare il gap informativo dell'impresa debole, bensì a far includere nel contratto uno specifico contenuto economico. Possiamo pertanto sostenere che le due discipline non hanno un'identica ratio. Le disposizioni del TUB ci aiutano ad arrivare ad una scelta di autonomia privata, quelle dell'art. 9 l. subfornitura impongono un determinato contenuto al rapporto negoziale²³².

Per quanto riguarda l'assimilazione della ratio dell'art. 9 a quella dell'art. 33 e ss. del Codice del consumo, è bene specificare che entrambe mirano innegabilmente a tutelare il contraente debole, ma hanno comunque presupposti diversi. La debolezza del consumatore ex art. 33 e ss. è una debolezza legata all'asimmetria informativa, che inevitabilmente ha ripercussioni sul funzionamento del mercato e costringe il legislatore a intervenire sulla determinazione del contenuto del contratto.

A riprova di questa tesi, secondo quanto previsto dall'art. 34 del Codice del consumo, la clausola oggetto di trattativa individuale non può essere considerata abusiva, garantendo la

²³⁰ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, pag. 1190 e ss.; a favore del concetto di invalidità flessibile anche P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, pag. 246.

²³¹ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 169.

²³² M. R. MAUGERI, *ult. op. cit.*, pp. 171-172.

conoscenza del contenuto contrattuale da parte del consumatore. Lo stesso ragionamento può essere utilizzato per le clausole relative al prezzo e quelle relative alla determinazione dell'oggetto del contratto, in quanto «l'accettazione degli stessi può considerarsi di norma il frutto non di una mera "adesione" ma di una scelta ponderata e consapevole»²³³.

Si può pertanto sostenere che le disposizioni degli art. 33 e ss. relative alle clausole vessatorie si limitano a tutelare il consumatore – contraente debole in merito al consenso informato e consapevole²³⁴, per sopperire cioè a squilibri informativi e non ad istanze di equilibrio in senso sostanziale²³⁵. Le disposizioni ex art. 9 invece vanno oltre la tutela del gap informativo, cercando di riequilibrare l'assetto economico del contratto²³⁶. Il tentativo di «ricostruire un microsistema di regole applicabile a tutti i contratti con asimmetria di forza negoziale, derogatorio rispetto a quello dettato dal Codice civile»²³⁷ suscita parecchie perplessità. Dobbiamo pertanto rigettare tale tesi ed escludere l'estensione analogica.

Affermare che nel sistema coesistano diverse tipologie di nullità, con molte di queste "escluse ad arte" dalla disciplina dell'art. 1419 c.c., è cosa ben diversa dal voler attribuire a queste tipologie una «dignità concettuale e disciplina organica»²³⁸. La casistica della nullità di protezione è infatti molto eterogenea: abbiamo le c.d. invalidità testuali relative ex art. 127 comma 2 del D.lgs. n. 385/1993, le ipotesi di nullità assoluta ex art. 36 del Codice del consumo, i casi di nullità relativa espressamente rilevabili d'ufficio ex art. 134 cod. cons. o di nullità relative non espressamente rilevabili d'ufficio ex art. 2 D.lgs. n. 122/2005 e per finire i casi di nullità rilevabili d'ufficio alle quali non si accompagna l'espressa indicazione dei soggetti legittimati a farla valere ex art. 7 D.lgs. n. 231/2002. Possiamo pertanto sostenere che non basta il sintagma "contraente debole" per accorpate tutte queste nullità in un corpo unico e strutturato.

Una parte della dottrina si è mossa invece lungo la strada della riduzione teleologica dell'art. 1419 del codice, sostenendo che estendere la nullità all'intero contratto sarebbe contrario all'interesse perseguito dall'art. 9 mentre attuare la sostituzione della clausola nulla con quanto indicato dalla stessa disciplina permetterebbe di soddisfarlo.

²³³ G. D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, pag. 283

²³⁴ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 175.

²³⁵ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in Eur. Dir. Priv., 2000, pag. 969.

²³⁶ S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto, in Squilibrio e usura nei contratti* a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 472.

²³⁷ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pag. 115.

²³⁸ A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva europea)*, in Contr., 2003, pag. 201.

Anche questa tesi sarebbe contestabile in quanto ipotizzando che un'impresa forte imponga una condizione discriminatoria, una mera sostituzione di clausole non garantirebbe affatto la cessazione della discriminazione poiché non esclude che l'impresa debole si giovi di clausole meno gravose di quelle praticate da altre imprese non dipendenti sul mercato. È assolutamente da escludere che si possa considerare che esista un rapporto biunivoco tra la tutela del contraente debole e la disciplina dell'invalidità. La sostituzione può sopperire a mancanze informative ma è garanzia di tutela della capacità concorrenziale dell'impresa sul mercato²³⁹.

Assodato che l'applicazione analogica dell'art. 36 del Codice del consumo sia da escludere rimane da sciogliere il nodo delle conseguenze della nullità della clausola "ingiustificatamente gravosa": travolge l'intero contratto o consente di ricondurre il tutto ad equità conservando la parte restante?

La dottrina unanimemente concorda sul fatto che la nullità estesa all'intero contratto sarebbe una soluzione lesiva nei confronti della parte debole ma si spacca in due nella proposta di soluzioni per risolvere questo problema: una parte prospetta la conservazione del contratto in tutti i casi di nullità "ingiustificatamente gravosa"²⁴⁰ mentre altri ritengono che si debba distinguere tra le clausole che determinano squilibrio normativo e quelle che comportano uno squilibrio economico, nel primo caso la nullità non travolgerebbe l'intero contratto mentre nel secondo sì²⁴¹.

La conservazione del contratto può essere attuata attraverso la c.d. operazione ermeneutica di riduzione teleologica dell'art. 1419 c.c. che ne esclude l'applicazione se l'invalidità estesa all'intero contratto contrasti le finalità di tutela. Infatti al comma 1 la disposizione cita un contratto negoziato, mentre in questo caso siamo di fronte ad un contratto imposto da una parte a danno dell'altra, non siamo pertanto di fronte ad intenzione comune dei contraenti²⁴².

Nel caso dello squilibrio economico il contratto viene travolto interamente in quanto sarebbe manifesta «l'oggettiva impossibilità di realizzare effetti corrispondenti al contenuto ridotto del contratto». Il riequilibrio si attuerà pertanto attraverso il risarcimento e la ripetizione dell'indebitito²⁴³.

²³⁹ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 177-178.

²⁴⁰ M. R. MAUGERI, ult. op. cit., pag. 181.

²⁴¹ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pag. 118.

²⁴² G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il Terzo Contratto* di Gitti e Villa, pag. 131.

²⁴³ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, pag. 1195.

Sulla soluzione di mantenere in vita il contratto la dottrina si trova in perfetto accordo; gli elementi di differenziazione emergono dalla valutazione, data dall'interprete, degli interessi protetti dalla norma nulla²⁴⁴. Per questo motivo possiamo eccepire che la nullità si configura in relazione alle varie scelte di politica legislativa da associare a determinate ipotesi.

Unanime è anche il giudizio in merito alla ratio dell'art. 9, ossia l'esigenza di proteggere il contraente debole, ma anche in questo caso l'analisi di questo elemento offre lo spunto per dividere i giuristi in merito alla scelta degli strumenti di tutela. I quesiti che nascono da questa discussione sono: la clausola nulla è condannata all'irrilevanza? oppure deve essere plasmata per conformarsi al resto del contratto? La risposta affermativa nel primo caso permette di proteggere l'interesse del contraente debole a non prestare esecuzione a clausole inique mentre nel secondo caso garantirebbe al contraente debole un accordo equo²⁴⁵.

Per effettuare una scelta bisogna andare oltre l'esame degli interessi protetti e cercare di verificare l'esistenza di regole che ci permettano di ricondurre il contratto ad equità dopo l'estromissione, attuata con la deroga di quanto disposto dall'art. 1419 comma 1 del codice, delle clausole "ingiustificatamente gravose".

2.8.1 - Nullità e inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c.

Parte della dottrina ha ritenuto di applicare al contratto viziato da abuso l'art. 1339 c.c.²⁴⁶, anche tenendo in considerazione che la c.d. "ingiustificata gravosità" si debba identificare, anziché attraverso la discriminazione, con il contemperamento degli interessi (ossia la valutazione degli opposti interessi).

In base a questi presupposti, una recente dottrina ha utilizzato il concetto del contemperamento degli interessi per individuare la misura dell'abuso, sia pur attraverso un'applicazione analogica. Seguendo questa tesi, il giudice «potrebbe riscoprire nell'equità un valore di libertà economica da acquisire al contratto»²⁴⁷ sostituendo alla misura scelta dalle parti una propria misura ricollegabile ai valori concorrenziali indicati dal mercato.

Questa ricerca affannosa a utilizzare la riduzione teleologica o l'estensione analogica, partirebbe dall'uso di due presupposti diversi utilizzati dalla dottrina. Un filone non ritiene che la disciplina dell'a.d.e. sia da considerarsi una norma imperativa (e quindi

²⁴⁴ A. ALBANESE, ult. op. cit., pag. 1192.

²⁴⁵ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pp. 120-121.

²⁴⁶ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nei rapporti economici*, Milano, 1969, pag. 240.

²⁴⁷ A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive* a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pag. 354.

inderogabile)²⁴⁸, tesi peraltro assolutamente da escludere visto che le parti non sono in condizioni di disporre dell'equilibrio contrattuale. L'altro, invece, ritiene che la sostituzione della clausola abusiva debba avvenire tramite una disposizione contenuta nel codice²⁴⁹. Si ritiene, in altri termini, che l'art. 9 non possieda i requisiti necessari per effettuare un'integrazione cogente.

È importante sottolineare che entrambi i presupposti ci permetterebbero di eludere l'art. 1419 del codice o addirittura di affidarci direttamente all'art. 1339 senza in realtà fornirci delle vere e plausibili motivazioni. A voler essere ancora più incisivi si potrebbe anche pensare che la dottrina si sia fatta influenzare da un trend di evoluzione del sistema accomunando erroneamente la disciplina dell'a.d.e. ad altre aventi caratteristiche diverse²⁵⁰.

Attraverso un'analisi del campo di applicazione dell'art. 1419 la dottrina ha cercato di dare delle risposte ai dubbi alimentati da questo modus operandi ma anche in questo caso constatiamo delle divergenze.

- a) Alcuni giuristi rilevano che la sostituzione della clausola nulla contraria a norme imperative dovrebbe avvenire solo nei casi previsti espressamente dalla legge, l'art. 1419 c.c. verrebbe utilizzato solo di fuori di questi casi²⁵¹.
- b) Altri sostengono che il legislatore avrebbe indicato le norme aventi forza sostitutiva in modo indiretto attraverso le disposizioni contenute nell'art. 1339 del codice attuando una vera e propria sostituzione delle clausole difformi²⁵².
- c) Infine, un'altra corrente sostiene che l'art. 1419 comma 2 non sarebbe altro che una norma di rinvio ad altre norme ulteriori a quelle che possano prevedere espressamente o indirettamente ex art. 1339 la sostituzione²⁵³.

Visto che la disciplina nella sua emanazione originaria non aveva previsto la sostituzione, a questo punto diventa essenziale rispondere a tre quesiti, ciascuno contrassegnato dalla lettera della tesi a cui farebbe riferimento. Nel caso della tesi a) dovremo constatare se il legislatore richieda che la sostituzione debba avvenire solo se espressamente prevista; nel caso b) se l'art.

²⁴⁸ A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, pag. 1194.

²⁴⁹ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 183.

²⁵⁰ M. R. MAUGERI, *ult. op. cit.*, pag. 184.

²⁵¹ G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pag. 225 e ss.

²⁵² G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pag. 219.

²⁵³ R. SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro Civ.*, 1951, pag. 358.

9 della subfornitura rivesta il ruolo di norma con forza sostitutiva; infine nella tesi c) se l'art. 9 faccia riferimento ad ulteriori categorie di norme con forza sostitutiva²⁵⁴.

L'art. 1339 del codice è tra le norme maggiormente contestate dalla dottrina. C'è chi, nel corso degli anni ne ha caldeggiato l'abrogazione, e chi invece la considera una disposizione che testimonia una positiva evoluzione della vecchia concezione liberale che riservava libertà economica d'azione solo a pochi soggetti privilegiati. La connotazione negativa potrebbe essere individuata nell'eccezionalità della propria applicazione, limitata solo ai casi di inequivocabile volontà sostitutiva²⁵⁵.

In base a tale disposizione, le clausole e i prezzi di mercato verrebbero di diritto inseriti nel contratto, sostituendo le clausole difformi apposte dalle parti²⁵⁶. Sarebbe prerogativa dell'autorità giudiziaria sostituire la clausola nulla, scelta dalle parti in modo non conforme al mercato, con una clausola che rispetti quanto indicato dal codice. Anche in questo caso per impedire che la clausola nulla travolga l'intero contratto troverebbe applicazione il cpv. dell'art. 1419 del codice civile²⁵⁷.

Questa soluzione, pur avendo il pregio di salvaguardare il contratto, risulta criticabile in quanto la norma ex art. 9 non prescrive una specifica misura del rapporto e non realizza una integrazione cogente degli effetti del contratto. Semplicemente «si limita a vietare un determinato assetto di interessi, e non prescrive all'autonomia privata una entità della prestazione»²⁵⁸.

2.8.2 - Nullità e determinabilità dell'oggetto nei contratti commerciali

Dopo aver escluso l'inserzione automatica di clausole ex art. 1339 del codice, un'altra parte della dottrina ritiene che si possa integrare il contenuto del contratto con norme suppletive ogniqualvolta sia prevista dal legislatore una determinazione *aliunde* dell'oggetto²⁵⁹.

A differenza di quanto accade nei contratti dei consumatori, la determinazione dell'oggetto nei contratti tra imprenditori non è un elemento essenziale. Nel caso il contenuto contrattuale fosse incompleto, quest'ultimo può essere integrato ricorrendo ad indice esterni.

Una conferma la possiamo trovare nell'art. 1474 del codice, che precisa come, in mancanza del prezzo della vendita commerciale, si possa individuare il “giusto prezzo” rinviando a fonti

²⁵⁴ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pp. 185-186.

²⁵⁵ G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pag. 225 e ss.

²⁵⁶ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pag. 122.

²⁵⁷ M. R. MAUGERI, *ult. op. cit.*, pag. 196.

²⁵⁸ G. DI LORENZO, *ult. op. cit.*, pag. 123.

²⁵⁹ G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti d'impresa*, pag. 27.

extracontrattuali. Ma gli esempi sono molteplici, ne citiamo solo alcuni: somministrazione (art. 1561 c.c.), appalto (art.1657 c.c.) e contratto di commissione (art. 1733 c.c.).

Le implicazioni sono evidenti: da un lato la nullità per indeterminatezza dell'oggetto diventa un problema inesistente e dall'altro viene confermata la nullità parziale della clausola²⁶⁰.

2.8.3 - Integrazione degli effetti del contratto ed equità

Nel tentativo di evitare che la nullità parziale investa tutto il contratto danneggiando l'imprenditore debole, sembrerebbe poco convincente l'utilizzo di una c.d. invalidità parziale quantitativa²⁶¹. Questa tecnica considera nulla solo la porzione di prezzo o prestazione che eccede il livello massimo consentito ma determinerebbe un'inevitabile riduzione dell'autonomia privata²⁶².

Per evitare ciò, l'interprete dovrebbe individuare una norma che permetta di assegnare prevalenza alla conservazione del contratto a scapito del principio di tutela dell'autonomia privata. Questa norma potrebbe essere individuata nel D.lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002, la disciplina che contrasta i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali²⁶³.

L'art. 7 del decreto citato prevede la nullità delle clausole "gravemente inique" riferibili ai pagamenti e conferisce al giudice il potere scegliere se applicare termini legali oppure ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo.

A questo punto dobbiamo chiederci se la disposizione possa essere applicata per analogia a tutti i contratti tra imprese caratterizzati da disparità di forza negoziale. Il carattere eccezionale della norma, però, ci fa propendere per una risposta negativa anche se dobbiamo evidenziare che l'eccezionalità non esclude a priori di qualificare la norma come speciale o generale.

Tali caratteri sono il frutto di un giudizio di comparazione tra due norme e pertanto una medesima disposizione può essere giudicata speciale o generale a seconda del proprio termine di comparazione. In questo caso, la norma ex art. 7 della disciplina dei ritardi sui pagamenti verrebbe considerata speciale se posta in confronto con la disposizione ex art. 9 della subfornitura. È importante notare che mentre l'art. 9 si prefigge di accertare la dipendenza

²⁶⁰ G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, pag. 128.

²⁶¹ G. DI LORENZO, ult. op. cit., pag. 130.

²⁶² P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, pag. 492

²⁶³ G. DI LORENZO, ult. op. cit., pag. 131.

economica dell'impresa, l'art. 7 dei ritardi di pagamento mira a identificare la "grave iniquità" in relazione alla condizione dei contraenti e dei loro rapporti commerciali. Entrambe sono indiscutibilmente rivolte a tutelare il contraente debole, ma la seconda ha un ambito di applicazione più circoscritto, essendo riferita solo all'accordo sulla data del pagamento e alle conseguenze del ritardo mentre l'a.d.e. sanziona tutte le situazioni ingiustificatamente gravose.

L'art. 7, modificato a seguito del recepimento della II Direttiva con il decreto n. 192/2012, identifica i confini degli accordi derogatori in modo più preciso e più ampio. L'accertamento della grave iniquità è stato reso più facile grazie ad una migliore precisazione delle circostanze che il giudice può identificare ai fini della possibile nullità²⁶⁴.

Nel nuovo testo, la riconduzione ad equità è scomparsa ed ogni suo riferimento va inteso non in senso tecnico, ex art. 1374 c.c., bensì come implicito richiamo all'abuso della libertà contrattuale, al fine di controllare l'esercizio della libertà contrattuale e dare pieno sviluppo a un regime di mercato concorrenziale. Il contrasto delle clausole "gravemente inique" è esercitato, non con la tradizionale norma imperativa, che risulterebbe troppo restrittiva dell'autonomia privata, bensì attraverso il controllo della deroga al diritto dispositivo. La libertà di deroga è quindi ammessa ma deve essere al di sotto di una certa soglia di ragionevolezza, oltre la quale diverrebbe abusiva²⁶⁵.

Ad ogni modo, la nuova stesura dell'art. 7 (innovando rispetto alla precedente), alleggerisce in parte il compito del Giudice, enucleando tre ipotesi in cui la grave iniquità deve presumersi esistente. Si presume innanzitutto gravemente iniqua, senza possibilità di prova contraria, la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora; si presume poi gravemente iniqua, ma in questo caso con possibilità di prova contraria da fornirsi dal debitore, la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero del credito; si considera infine gravemente iniqua (altra presunzione assoluta), nelle transazioni in cui sia debitrice una P.A., la clausola avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. Risulta difficile, allo stato, prevedere se le disposizioni del Decreto, così come modificate dal recente intervento legislativo, riusciranno (nonostante le incertezze applicative tuttora derivanti dalla poco agevole interpretazione di alcune clausole – quali ad esempio quella sulla "grave iniquità") a centrare gli obiettivi che si propongono di perseguire.

²⁶⁴ A. M. BENEDETTI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, pag. 96.

²⁶⁵ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, pp. 134-135.

Ciò che si può sin d'ora osservare è che un idoneo apparato di contrasto ai ritardi di pagamento dovrebbe comporsi, oltre che di regole sostanziali chiare ed uniformi, altresì di strumenti processuali in grado di consentire la sicurezza e la rapidità del recupero delle somme dovute. Il compito del legislatore, comunitario e nazionale, non potrà dunque ritenersi concluso sino a che non verranno elaborati strumenti, ulteriori a quelli già in essere (quali ad esempio il cd. decreto ingiuntivo europeo), capaci di ridurre significativamente i tempi, e connessi costi, di recupero dei crediti.

2.8.4 - Legittimazione ad agire

In relazione alla legittimazione ad agire, visto che il legislatore non specifica a chi spetti, dobbiamo cercare di comprendere se si debbano applicare le disposizioni generali, legittimando chiunque ne abbia interesse, oppure quelle speciali, che riconoscono la legittimazione soltanto in capo a determinati soggetti nel cui interesse è prevista la c.d. nullità relativa.

La dottrina tradizionale, facendo riferimento all'art. 1421 del codice, ritiene che la nullità relativa debba essere di carattere eccezionale. Negli ultimi anni, invece, una parte di giuristi ha prospettato di andare oltre questa eccezionalità, attraverso una vera e propria limitazione della legittimazione ad agire per quanto riguarda la nostra fattispecie ex art. 9 della subfornitura²⁶⁶. A seguito dei numerosi interventi a livello comunitario che hanno introdotto varie ipotesi di nullità di protezione che sono nullità relative. In alcuni casi, la legittimazione attiva è espressamente indicata dal legislatore a tutela della parte interessata: ne sono di esempio l'art. 127 del d. lgs. n. 385/1993 e gli art. 23 comma 3, 24 comma 2 e 30 del d. lgs. n. 58/1998, entrambi in materia di tutela bancaria e creditizia, che prevedono che la nullità possa essere fatta valere solo dal cliente. In altri casi invece non viene previsto espressamente, ma si dovrebbe desumere dalle finalità che la norma mira a garantire. È questo il caso dell'art. 36 del codice del consumo sulle clausole vessatorie nulle, dell'art. 3 della Legge n. 129/2004 sul franchising che indica che il contratto non redatto per iscritto è nullo e dell'art. 7 del d. lgs. n. 231/2002 sulla nullità del patto gravemente iniquo in danno al creditore.

Per l'elaborazione di questa tesi i giuristi si sosterebbero sull'applicazione analogica delle discipline precedentemente analizzate e sull'elaborazione di un principio generale che richiami forme di invalidità *ad hoc* in relazione all'interesse da tutelare.

²⁶⁶ T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, pag. 375 e ss., F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, pag. 657; M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 197;

La natura relativa della nullità non esclude comunque la rilevabilità d'ufficio, dal momento che se l'interesse da tutelare fosse particolare, il giudice potrebbe intervenire d'ufficio per soddisfare la tutela dello stesso interesse. Come possiamo constatare, la selezione dei soggetti legittimati è diversa ed eterogenea tra le discipline, in materia di tutela bancaria e creditizia la nullità può essere fatta valere solo dal cliente mentre ai sensi dell'art. 36 del Codice del consumo opera a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Sia l'*analogia legis* che il paventato principio generale presente nell'ordinamento in grado differenziare la legittimazione in relazione all'interesse da tutelare sono comunque da escludere. La prima, in quanto, come abbiamo potuto constatare precedentemente, le discipline richiamate tutelano interessi diversi rispetto all'art. 9. Il secondo poiché non si eviterebbe il rischio di avvantaggiare ulteriormente l'impresa forte favorendone la liberazione da un vincolo non gradito²⁶⁷.

Alla luce di quanto analizzato e visto che la norma è finalizzata a tutelare un interesse particolare dell'imprenditore debole, appare fisiologico scaricare su quest'ultimo la scelta se conservare o meno il vincolo contrattuale, applicando pertanto all'art. 9 sulla subfornitura la c.d. nullità relativa, rilevabile dalla parte debole oppure d'ufficio dal giudice nell'interesse dell'imprenditore che subisce l'abuso²⁶⁸. Viste le considerazioni effettuate possiamo far rientrare questa invalidità tra le ipotesi di nullità di protezione introdotte dalla disciplina comunitaria, con le caratteristiche peculiari di parzialità e relatività.

Originariamente la disposizione prevedeva solo e semplicemente la sanzione della nullità. Col passare del tempo si comprese che tale strumento non era idoneo a tutelare compiutamente la parte debole. La novella del 2001 colmò tale lacuna introducendo il rimedio dell'inibitoria e del risarcimento del danno. Quest'ultimo avrebbe una duplice natura: nel caso di rifiuto a vendere o di contrarre darebbe origine ad una responsabilità precontrattuale mentre negli altri casi a responsabilità contrattuale.

Il risarcimento, tuttavia, non sarebbe troppo favorevole per la parte debole in quanto non la ripagherebbe degli investimenti effettuati dato che, trattandosi di responsabilità precontrattuale, il danno sarebbe risarcibile nei limiti dell'interesse negativo²⁶⁹.

²⁶⁷ G. VILLA, *Invalidità e contratti tra imprenditori*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, pag. 134.

²⁶⁸ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pag. 191.

²⁶⁹ M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti e i rimedi*, pag. 719.

Tornando ai casi di rifiuto di vendere o comprare e ai casi di interruzione arbitraria delle trattative, la dottrina si pone il quesito se sia fattibile l'applicazione dell'obbligo di stipulare il contratto, come previsto dall'art. 2597 del codice in merito al monopolio legale. Questa opzione, che amplierebbe notevolmente la tutela e farebbe scattare non più una responsabilità precontrattuale ma contrattuale, sarebbe da rigettare in quanto non si configurerebbe come una forma di esecuzione specifica, non esistendo alcuno schema di contratto al quale fare riferimento. Si ritiene pertanto plausibile ricorrere al solo risarcimento del danno²⁷⁰.

Infine dobbiamo segnalare la problematica relativa ad una condotta illecita che abbia rilevanza concorrenziale. Con le modifiche del 2001, l'AGCM d'ufficio o su iniziativa di terzi può intervenire comminando diffide e sanzioni, previste dall'art.15 della Legge antitrust, nei confronti delle imprese che abusano della propria posizione dominante.

In questo caso si creerebbero dei problemi di coordinamento di competenze tra il giudice ordinario e l'Authority. Per prima cosa diventa essenziale individuare la soglia di rilevanza del comportamento abusivo in termini di concorrenza. Se l'effetto distorsivo si esaurisce nel mero ambito della concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. la competenza spetta unicamente al giudice ordinario. Se invece gli effetti distorsivi si producono su una parte rilevante del mercato la competenza spetta all'Authority²⁷¹.

Avremmo un cumulo di sanzioni oppure dovremmo ritenere che l'AGCM prevalga sul primo? Secondo la dottrina sarebbe preferibile una forma di tutela cumulativa e non alternativa, in quanto potrebbero porsi in essere diversi illeciti tra loro autonomi e di competenza di giudici diversi²⁷².

²⁷⁰ A. BERTELOTTI, *Il contratto di subfornitura*, pag. 188.

²⁷¹ B. GRAZZINI, *Sub. Art. 9 Abuso di dipendenza economica*, pag. 181.

²⁷² B. GRAZZINI, *ult. op. cit.*, pp. 184 e ss.

LA LEGGE SULLA SUBFORNITURA: ULTERIORI SPUNTI NORMATIVI

Tra gli strumenti a protezione dell'imprenditore debole possiamo comunque far rientrare tutta la Legge n. 192/98 in materia di subfornitura nelle attività produttive. Nel precedente capitolo abbiamo analizzato solo l'aspetto riguardante il divieto di abuso della dipendenza economica, contenuto nell'art. 9, istituto che trova applicazione in ogni tipo di relazione di imprese. Ci apprestiamo pertanto ad analizzare il resto della disciplina che regola invece solo i rapporti di subfornitura.

Questa legge rappresenta una vera e propria svolta nell'ambito della tutela del soggetto debole imprenditore, dato che in precedenza gli unici interventi a tutela dell'imprenditore debole erano quelli previsti dall'art. 1469 *quinquies* che oggi è inserito nell'art. 36 del Codice del consumo. Con questo articolo, in materia di contratti con i consumatori, si stabilisce il diritto di regresso del venditore nei confronti del fornitore in caso di clausole abusive dichiarate inefficaci.

La disciplina, pur non nascendo dal recepimento di direttive comunitarie, è stata a lungo sollecitata dagli organismi europei fin dalla comunicazione della Commissione del 30.08.1989 "Sviluppo della subfornitura della Comunità" a cui ha fatto seguito una "Guida pratica sugli aspetti giuridici. Per dovere di cronaca citiamo anche la successiva comunicazione della commissione CE del 17.01.1992, seguita qualche anno più tardi dalla raccomandazione 95/198/CE del 12.05.1995.

Con la sua entrata in vigore dopo un lungo cammino e un acceso dibattito si è portato a compimento la disciplina di un rapporto «normativamente atipico, ossia non regolato dalla legge, ma socialmente tipico... modello contrattuale lungamente praticato nel mondo degli affari, con diffusione peraltro internazionale»²⁷³.

Questo fenomeno nacque in seguito alla tendenza delle grandi e medie imprese di attuare forme di decentramento produttivo. Quest'ultime iniziarono infatti ad affidare ad imprese

²⁷³ VETTORELLO, *Il contratto di subfornitura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, II, Torino, 1995, pag. 1351.

esterne inizialmente l'esecuzione di singole parti del prodotto per arrivare a delegare lo svolgimento di specifiche fasi del processo produttivo²⁷⁴.

Inizialmente questo decentramento fu visto come segno di subalternità piccola-grande impresa²⁷⁵ ma a partire dagli anni ottanta gli è stata riconosciuta la «funzione di motore di sviluppo e di competitività ... la natura di strumento organizzativo volto a favorire la flessibilità nel processo produttivo ... la specializzazione e la qualificazione della piccola impresa»²⁷⁶

Con tale legge, si disciplina “il contratto con il quale una parte si impegna a effettuare, per conto di un'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 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”.

L'art. 1, sopra menzionato, non sarebbe una vera e propria definizione ma piuttosto una nozione. Infatti, si ha l'impressione che il legislatore abbia voluto elencare solo alcune specifiche ipotesi nella realtà della subfornitura. In questa vasta e variegata realtà infatti vengono inglobate fattispecie economicamente e giuridicamente assai diverse: congiunturale o specializzata, contingente o ordinaria, trasparente o non trasparente²⁷⁷.

Possiamo distinguere tra subfornitura di lavorazione, che riguarda la lavorazione di semilavorati e materie prime fornite dal committente e la subfornitura di prodotti e servizi, che si focalizza sull'attività di fornire al committente prodotti o servizi che verranno incorporati o utilizzati nell'attività del medesimo, o nella produzione di un prodotto complesso²⁷⁸.

Nonostante l'accezione “contratto di subfornitura” si ritiene che il legislatore abbia voluto evitare di introdurre una nuova fattispecie contrattuale tipica, attuando quindi una tipizzazione a metà, e questa scelta certamente non aiuta a conferire uno stato giuridico certo alla subfornitura. E' una legge così detta trasversale²⁷⁹ che a seconda della diversa fattispecie

²⁷⁴ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 1.

²⁷⁵ R. LECCESE, *Subfornitura (contratto di)*, in *Digesto comm.*, XV, Torino, 1998, pag. 239.

²⁷⁶ R. LECCESE, *ult. op. cit.* pag. 239.

²⁷⁷ G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, pp. 448-449.

²⁷⁸ A.R. ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010, pag. 60 e ss.

²⁷⁹ R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?* in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, pag. 724.

A.R. ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010, pag. 59.

contrattuale che si realizzerà in concreto vedrà applicate le norme “generali” per il tipo contrattuale di cui ricorreranno gli elementi, alle quali si aggiungeranno le regole “speciali” dettate in tema di subfornitura²⁸⁰; che si inserisce nel quadro di altri contratti disciplinati dal codice civile.

Per quanto riguarda l’ambito di applicazione la dottrina si divide tra coloro che sostengono che la disciplina debba venire applicata sempre a prescindere dalle dimensioni e dal potere contrattuale delle parti²⁸¹, e invece tra chi propugna la sua applicazione solo nei casi di debolezza del subfornitore²⁸².

Sulla seconda tendenza bisogna comunque fare un distinguo. Una tesi minoritaria, infatti, sostiene che la debolezza sia insita nella dipendenza tecnologica in riferimento a quanto previsto all’art. 1 a riguardo della prestazione da svolgersi “in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente”.

Le tesi che collegano la debolezza del subforniture con le dimensioni aziendali o con la dipendenza tecnologica sono comunque da rigettare in quanto non sempre l’azienda più piccola è anche quella più debole²⁸³: il passaggio menzionato all’art.1 è da intendersi semplicemente all’obbligo di adeguamento a quanto stabilito dal committente e ci impone di tenere distinto il concetto di dipendenza tecnologica con quello di soggezione alle direttive²⁸⁴.

La vera ragione della debolezza deve essere ricercata nel mancato sbocco diretto sul mercato del subfornitore, in quanto la sua prestazione è integrata al procedimento produttivo del committente²⁸⁵, la sua produzione dedicata è pertanto la ragione stessa della sua debolezza²⁸⁶. Il fatto di non avere mercato lo relegherebbe a disporre di minor potere contrattuale, a prescindere dai suoi conferimenti tecnologici, ma in molti casi bisogna rilevare che il subfornitore potrebbe essere in una posizione di forza rispetto al committente vista la peculiarità del proprio conferimento collegata ad una mancanza di alternativa di quest’ultimo; tali situazioni di incertezza spingerebbero a rimettere alla valutazione del giudice l’applicazione della legge in questione²⁸⁷.

²⁸⁰ F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, pag. 516.

²⁸¹ F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, pag. 42.

²⁸² G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. Dir. Priv.* 1998, pag. 449.

²⁸³ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, pag. 31.

²⁸⁴ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 13.

²⁸⁵ A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, pag. 23.

²⁸⁶ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, pag. 15;

²⁸⁷ F. PROSPERI, *op. cit.*, pag. 30.

L'art. 2 impone la forma scritta a pena di nullità, evidenziando la ratio di tutela del contraente debole, il quale, grazie allo scritto, vede fissati i suoi diritti e i suoi obblighi²⁸⁸; la norma inoltre specifica che soddisfa questo requisito ogni comunicazione di consenso ai fini contrattuali effettuata per telefax o per via telematica. La dottrina maggioritaria conviene che si tratti di una nullità assoluta, mancando una previsione specifica in senso contrario e non nega il diritto al subfornitore di ottenere il pagamento delle prestazioni già effettuate e il risarcimento delle spese sostenute in buona fede per eseguire il contratto²⁸⁹.

Al secondo comma del presente articolo, si rileva il riconoscimento dell'accettazione del contratto da parte del subfornitore anche solo per *facta concludentia*, escludendo l'applicazione dell'onere previsto per colui che propone il contratto. Si può pertanto constatare che tra le parti contrattuali, ossia tra il proponente e l'accettante vi possa essere una asimmetria a riguardo dell'onere della forma, essendo a carico di una sola delle parti, in questo caso il committente²⁹⁰.

L'accettazione tacita deve comunque sottostare all'applicazione dell'art. 1341 c.c. relativo alle condizioni generali del contratto²⁹¹ e non essere viziata dalla presenza di clausole vessatorie. Questa situazione porta il committente a rischiare di rimanere vincolato ad un regolamento contrattuale diverso da quello proposto o sul quale si era precedentemente raggiunto un accordo²⁹².

Anche il subfornitore è soggetto a dei rischi, infatti, nel caso il committente si rifiutasse di concludere secondo le forme richieste è prevista la nullità per difetto di forma che però è controbilanciata dal diritto a ottenere il pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede²⁹³.

Al quinto comma sono previsti degli obblighi riguardanti il contenuto minimo richiesto dal contratto al fine di garantire una maggiore trasparenza; devono infatti essere specificati i requisiti del bene o del servizio richiesto dal committente, il prezzo pattuito e i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento. Sfortunatamente non vengono determinate le conseguenze della mancanza di questi elementi.

²⁸⁸ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 58.

²⁸⁹ M. SCHININA, *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura delle attività produttive*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2000, pag. 380.

²⁹⁰ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il Terzo Contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, pag. 47.

²⁹¹ G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, in *Giur. It.*, 1999, pag. 673.

²⁹² F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, pag. 533.

²⁹³ A. BERTOLOTTI, *ult. op. cit.*, pag. 60.

Si potrebbe per analogia interpretare il comma 5 alla stessa stregua del 2, applicando quindi la nullità del contratto, ma sarebbe penalizzante per il subfornitore. Per non ledere l'interesse di quest'ultimo si potrebbe considerare come relativa la nullità in questione. Dobbiamo comunque sottolineare che su questo passaggio la dottrina si divide, in quanto c'è chi sostiene la tesi che la forma scritta richiesta per tali elementi non contrasta necessariamente con le esigenze di tutela dell'imprenditore debole: se questi mancano il subfornitore non sarebbe in grado di eseguire la prestazione²⁹⁴.

L'art. 6 si occupa invece del divieto di inserire a priori determinate clausole, sanzionato con la nullità di queste ultime. I casi previsti dal legislatore sono tre: il c.d. divieto dello *ius variandi*, ossia il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto. Il patto che attribuisca ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso, e infine, il patto con cui il subfornitore dispone, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale.

Ciò che caratterizza l'art. 6 è che queste clausole vengono sempre considerate nulle, non essendo prevista la valutazione del giudice, a prescindere dall'esistenza di una trattativa, ponendole di fatto su un piano sostanzialmente diverso da quelle previste dall'art. 33 del codice del consumo. La nullità in questione è da ritenersi relativa, in quanto non si riferisce all'intero contratto ma solo al patto.

L'art. 3 disciplina i termini di pagamento e di fatto anticipa l'intervento comunitario della Direttiva 35/2000, di cui approfondiremo i contenuti nel proseguo descrivendo la disciplina sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali. Ai fini della legge sulla subfornitura tali termini non possono eccedere sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Sono previsti comunque termini più lunghi, comunque non eccedenti novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici.

È bene sottolineare come l'art. 3 differisce significativamente dal d.lgs. n. 231/2002 che analizzeremo successivamente; infatti, mentre quest'ultimo lascia ampi spazi all'autonomia privata, consentendo alle parti di scegliere limiti differenti, la norma in questione è una disposizione imperativa. La pattuizione di un termine differente comporta pertanto la nullità

²⁹⁴ F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, pag. 73.

della clausola e la sostituzione del termine previsto con quello legale, tale soluzione soddisfa maggiormente il principio di conservazione²⁹⁵.

La situazione si complica nel caso in cui non venga pattuito alcun termine. In questo caso infatti la dottrina si divide tra chi sostiene si debba applicare la disciplina generale in materia di obbligazioni prevista dall'art. 1183 c.c. secondo cui la prestazione debba essere immediatamente esigibile²⁹⁶ o tra chi sostiene, a maggioranza, si debbano applicare i termini previsti dall'art. 3 e che pertanto il contratto non possa essere considerato nullo²⁹⁷.

In caso di inosservanza dei termini, il legislatore ha espressamente previsto delle conseguenze gravose sul committente, in quanto quest'ultimo dovrà garantire al subfornitore la corresponsione di un interesse pari al saggio previsto dalle principali operazioni di rifinanziamento presso la Banca centrale europea maggiorato di sette punti percentuali²⁹⁸ salva pattuizione contraria prevista dalle parti.

Il trattamento del subfornitore è favorevole visto il carattere imperativo della norma, tenendo anche conto del fatto che gli si aggiunge il beneficio, previsto peraltro anche nel d.lgs. 231/2002 di non doversi costituire in mora. Un ulteriore tutela è rappresentata dalla c.d. penale, nel caso dei ritardi del pagamento eccedenti i trenta giorni previsti dal termine convenuto: in questo caso il committente insolvente dovrà sostenere in aggiunta il cinque per cento della parte dell'importo non corrisposto per il rispetto dei termini²⁹⁹.

Concludiamo l'analisi della legge sulla subfornitura con le varianti in corso d'opera; in molti casi può accadere che vengano apportate delle modifiche al contratto per adeguare la produzione alla domanda proveniente dal mercato. Ciò può comportare un aumento significativo dei costi a danno del subfornitore, che va quindi tutelato attraverso un adeguamento del prezzo anche se non previsto contrattualmente.

Nel contratto di appalto, previsto dall'art. 1661 del c.c., il committente ha la possibilità di apportare variazioni seppur entro un certo limite, ma questa disciplina non trova applicazione in quanto risulta condizionata dal consenso del subfornitore pena la nullità. Tali variazioni sono ammesse solo nei casi di accordi contrattuali nei quali il committente deve precisare,

²⁹⁵ A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, pag. 178.

²⁹⁶ F. ASTONE, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, in *La subfornitura*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pag. 106.

²⁹⁷ F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, pag. 96; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 100.

²⁹⁸ La disciplina originaria prevedeva 5 punti percentuali ma è stata successivamente modificata dal d.lgs. n. 231/2002.

²⁹⁹ F. BORTOLOTTI, *ult. op. cit.*, pag. 105.

entro termini e limiti prefissati, le quantità da produrre e i tempi di esecuzione della fornitura. Spicca quindi una certa rigidità sulla disciplina delle variazioni in corso d'opera che non tiene conto di aumenti dei costi dovuti a cause contingenti legate al mercato delle materie prime o del lavoro. In questo caso saremmo di fronte ad una tutela inferiore a quella prevista dal codice civile³⁰⁰, potremmo definire una certa miopia nell'affrontare il problema.

In questi casi, per ovviare al problema, potremmo utilizzare gli strumenti previsti dall'art. 1664 c.c. in materia di appalto, andando però oltre all'appalto stesso, attraverso un'applicazione in via analogica applicabile a quelle fattispecie simili al contratto tipico previsto dal codice³⁰¹. Nel nostro caso quindi potremmo chiedere una revisione di prezzo quando in caso di circostanza imprevedibili ci siano stati degli aumenti di costi eccedenti il decimo del prezzo.

³⁰⁰ A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, pag. 93.

³⁰¹ A. BERTOLOTTI, op. cit., pag. 91.

LA LEGGE SUL FRANCHISING

Il franchising o affiliazione commerciale è un metodo di commercializzazione con il quale dei prodotti o servizi vengono distribuiti attraverso una rete di punti vendita indipendenti, che utilizzando un'immagine comune vengono percepiti dal consumatore come parte di un'unica catena³⁰².

Il contratto di franchising nasce negli Stati Uniti alla fine degli anni '20 e dopo aver conosciuto un discreto successo nell'immediato dopoguerra, si diffonde in Europa a partire dagli anni sessanta, ma, mentre oltreoceano viene regolamentato in diversi *statutes*, nel nostro continente acquisisce una tipizzazione sociale non univoca tra i vari stati. In Italia la sua legittimazione legale si è basata sul principio di autonomia negoziale³⁰³ previsto dall'art. 1322 del codice³⁰⁴ e ha trovato grande sviluppo pur non possedendo, per parecchi anni, una vera e propria definizione legislativa³⁰⁵.

La caratteristica vincente che ne ha favorito la notevole espansione è stata la flessibilità, che lo ha reso adattabile ad ogni categoria merceologica e nel corso degli anni ottanta e novanta abbiamo assistito ad un vero e proprio boom di nuove reti di distribuzione e di servizi³⁰⁶.

Inizialmente venne disciplinato per analogia assimilandolo nella maggior parte dei casi alla concessione di vendita³⁰⁷, un contratto di distribuzione commerciale, mediante il quale una parte (detta *cessionario*), agendo in veste di acquirente-rivenditore, assume stabilmente l'incarico di vendere i prodotti del concedente in una determinata zona. La caratteristica principale di tale contratto è rappresentata dall'obbligo assunto dal concessionario di promuovere la vendita dei prodotti del concedente.

³⁰² F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2004, pp. 3-4.

³⁰³ A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, pp. 2 e ss.

³⁰⁴ Art. 1322 c.c. così recita: «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

³⁰⁵ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, pag. 11.

³⁰⁶ A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, pag. 2.

³⁰⁷ Essendo un contratto atipico, le disposizioni del codice civile applicabili sono quelle relative al contratto in generale, ovvero gli artt. 1321 - 1469- sexies, le norme sulla somministrazione (artt. 1559 e seguenti), quelle in tema di mandato (artt. 1703 e seguenti) e di agenzia (artt. 1742 e seguenti).

Il franchising, conosciuto in Italia anche con il termine affiliazione commerciale, è sempre stato definito un contratto atipico, che grazie alla sua diffusione, alla copiosa dottrina e alla sua regolamentazione comunitaria è diventato il più tipico dei contratti atipici di distribuzione³⁰⁸.

La prima disciplina italiana si concretizzò con la Legge n. 129 del 6 maggio 2004, che ha tipizzato una fattispecie già molto diffusa e riconosciuta dalla giurisprudenza stessa, in quanto idonea a realizzare interessi meritevoli di tutela³⁰⁹ secondo l'ordinamento giuridico.

Prima della sua regolamentazione, una definizione specifica non esisteva, la si poteva solo desumere dalle varie pronunce giurisprudenziali. La più famosa è quella che ha fornito la Corte di Giustizia europea nel caso *Pronuptia* nel 1986, che definiva il franchisor come «l'impresa che si sia stabilita su di un mercato come distributore e che abbia così potuto mettere a punto un insieme di metodi commerciali (e che) concede, dietro corrispettivo, a dei commercianti indipendenti la possibilità di stabilirsi su altri mercati usando l'insegna ed i metodi commerciali che le hanno garantito il successo»³¹⁰.

La giurisprudenza italiana invece l'ha definito un "contratto atipico a prestazioni corrispettive"³¹¹ consistente nel "trasferimento di alcune facoltà imprenditoriali specificamente determinate"³¹² con il quale l'impresa affiliata "mantiene la propria autonomia"³¹³. Da questo taglia e incolla delle tre sentenze citate possiamo pertanto abbozzare una definizione ante litteram che assomiglia molto a quanto poi stabilito dal legislatore³¹⁴.

La definizione legislativa di franchising adottata dalla legge n.129/2004 è contenuta nell'art. 1 comma 1: «l'affiliazione commerciale è il contratto, comunque denominato, fra 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

³⁰⁸ A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, pag. 11.

³⁰⁹ Nella sentenza del Tribunale di Milano, del 28.02.2002 Borrelli c. Soc. W.D. C., in *Giurisprudenza milanese*, 2002, 273 si evidenzia come "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."

Nella sentenza n. 8376, del 20.06.2000, emessa dalla I sezione della Corte di Cassazione, in *Giustizia Civile*, 2001, I, 1327, emerge "l'affiliazione costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata, garantito dall'art. 1322 c.c. e ancora prima dall'art. 41 cost., il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione e comunque la collaborazione tra imprese."

³¹⁰ Causa 161/1984, 28 gennaio 1986, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte*, 1986, pag. 374.

³¹¹ Sentenza App. Bologna 12 febbraio 1994.

³¹² Sentenza Cassazione 23 agosto 1990, n. 8618.

³¹³ Sentenza Pret. Palestrina 14 febbraio 1987.

³¹⁴ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, pag. 12.

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 e servizi».

Una parte della dottrina³¹⁵ ha criticato questa legge, in quanto non in grado di ordinare e regolare in modo organico il contratto di franchising, materia di per sé già frastagliata, anche se comunque è apprezzabile da parte del legislatore il tentativo di riequilibrare il rapporto contrattuale a favore del franchisee (affiliato) qualificato come imprenditore fortemente debole.

Per quanto riguarda l'ambito applicativo della legge, uno dei presupposti per l'applicazione della legge riguarda l'autonomia giuridica ed economica tra i due soggetti. L'indipendenza dal punto di vista giuridico sta a significare che l'affiliato deve essere un soggetto diverso dall'affiliante e apparire come tale nei confronti dei terzi³¹⁶; l'indipendenza economica richiede invece che l'affiliato si assuma il rischio dell'insuccesso commerciale della propria attività³¹⁷. E' bene sottolineare quindi l'esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione tra i due soggetti, compreso il fatto che non possano essere società facenti parte di uno stesso gruppo³¹⁸ e nemmeno possano aver siglato un accordo di joint venture. Con ciò si vuole differenziare il franchising da qualsiasi forma di contratto di lavoro subordinato o anche parasubordinato³¹⁹.

Altri elementi caratteristici sono il know-how, ossia il patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, elemento non noto, da contrapporre ai c.d. diritti di proprietà industriale o intellettuale (quali marchi, brevetti, disegni, diritti d'autore ecc.) pacchetto di conoscenze brevettabili. Il primo elemento è segreto mentre il secondo no.

Le caratteristiche intrinseche del know-how, fanno di questo pacchetto di conoscenze un elemento centrale e caratteristico, essenziale per il successo della rete di franchising. Oltre al fattore segretezza, in quanto elemento non noto o per lo meno non facilmente accessibile, le altre caratteristiche di questo "pacchetto" sono l'essere sostanziale in senso commerciale,

³¹⁵ G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contr.*, 2004, pp. 764 e ss.

³¹⁶ F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2004, pag. 17.

³¹⁷ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, pag. 15.

³¹⁸ F. BORTOLOTTI, *ult. op. cit.*, pag. 17.

³¹⁹ A. FRIGNANI, *ult. op. cit.*, pag. 14.

ossia utile o fruibile per la gestione della propria attività ed infine l'essere individuabile attraverso una descrizione sufficientemente esauriente³²⁰.

Lo scopo del contratto è inserire il franchisee all'interno di una rete, ossia un sistema di affiliati che favorisca la commercializzazione del prodotto o del servizio in un certo mercato. L'affermazione sembrerebbe ovvia, ma spesso accade che questo network sia in fase di costruzione e quindi parte della dottrina esclude si possa parlare di vera e propria affiliazione quando siamo di fronte ad un singolo contratto³²¹; altri invece sostengono si possa parlare di franchising anche gli inizi della fase di creazione della rete³²².

Sebbene questa tipologia di contratto sia utilizzabile in ogni settore economico, bisogna comunque fare un distinguo tra il franchising c.d. di distribuzione, per il quale questa affermazione risulta vera, e il franchising c.d. di produzione che viene escluso dall'ambito di applicazione di questa legge³²³.

Gli obiettivi del franchisor sono quelli di contenere i costi di distribuzione pur mantenendo il controllo dei piani strategici del processo di distribuzione. Di converso il franchisee, pur avendo meno autonomia, sfrutta l'immagine e il prestigio del bene o servizio utilizzando tecniche commerciali già provate³²⁴.

Per quanto riguarda gli obblighi in capo al produttore (franchisor) troviamo l'assistenza tecnica e commerciale, la messa a disposizione della licenza dei marchi e il conferimento del know-how. Si discute in dottrina se questi elementi, il c.d. package, debbano essere messi a disposizione tutti nella loro interezza; la soluzione preferibile è “un numero tale di elementi da costituire un insieme significativo che giustifichi l'obbligo di un corrispettivo” precisando però che “alcuni elementi come il know-how debbano necessariamente essere messi a disposizione”³²⁵.

Per quanto riguarda l'affiliato (franchisee) questi, oltre a dover rispettare le direttive impartitegli dal franchisor, è tenuto a pagare un duplice corrispettivo per la concessione dei diritti di proprietà industriale o intellettuale; uno all'inizio del rapporto, il c.d. diritto di ingresso (entry fee), e un altro periodico, le c.d. royalties, in proporzione al proprio

³²⁰ A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, pag. 110 e ss.

³²¹ G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, pag. 146.

³²² A. BERTOLOTTI, *La nozione*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, pag. 82.

³²³ A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, pag. 109.

³²⁴ A. DASSI, *ult. op. cit.*, pp. 1 e ss.

³²⁵ F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2004, pag. 21.

fatturato³²⁶. Il pagamento della merce fornita dal franchisor non rappresenta elemento caratterizzante questa tipologia contrattuale: qualora fosse l'unica forma di pagamento all'interno di questo rapporto possiamo escludere categoricamente l'applicazione della disciplina in analisi³²⁷.

La nostra analisi si focalizzerà sulla figura del franchisee che verrà pertanto normalmente equiparato all'imprenditore debole; l'affiliato infatti, sostenendo investimenti che non sono riutilizzabili in contesti diversi, subirà una forte ingerenza nella propria capacità organizzativa, senza contare la dipendenza che si crea nel corso degli anni a marchi e ad insegne, legandole indissolubilmente alla propria clientela.

Al fine di evitare forme di abuso tramite i contratti di franchising, il legislatore nel 2004 è intervenuto con una disciplina di protezione. L'art. 3, che prevede la forma scritta a pena di nullità, è infatti uno strumento di protezione preventiva per il potenziale affiliato in modo di garantirgli la conoscenza dell'intero assetto economico-giuridico dei rapporti tra le parti e proteggere pertanto il contraente ritenuto più debole³²⁸. Si tratta di una nullità relativa, in quanto diversamente, ne potrebbe derivare un pregiudizio nei confronti dell'affiliato, rendendo pertanto evanescente la logica di protezione della disciplina. Possiamo definirlo lo strumento più idoneo alle finalità protettive in quanto si pone a livello intermedio tra la nullità assoluta e l'annullabilità, possiede infatti le caratteristiche della prima ma solo la parte a favore della quale è prevista risulta legittimata ad azionarla³²⁹.

In dottrina per forma scritta, a livello trasversale, non si intende la trascrizione di ogni singola pattuizione, ma sarebbe sufficiente limitarsi al contenuto minimo del contratto o comunque ai suoi elementi essenziali³³⁰. Per quanto riguarda invece la definizione di contenuto minimo possiamo scegliere tra varie formule elaborate in dottrina: «lo schema tipico previsto dalla legge»³³¹ oppure «tutti gli elementi fondamentali per l'identificazione causale del rapporto»³³² o ancora quella paradossalmente immediata «gli elementi essenziali del contratto»³³³.

³²⁶ F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto della distribuzione*, Padova, 2007, pp. 71 e ss.

³²⁷ G. DE NOVA, *Il franchising*, Venezia, pag. 7.

³²⁸ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, 2012, pag. 61.

³²⁹ G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, *Il franchising. L. 6 maggio 2004, n.129*, Milano, 2004, pp. 12-13.

³³⁰ C. COPPOLA, *La determinabilità dell'oggetto nei contratti con forma scritta "ad substantiam"*, in *Contratti*, 1999, pag. 1090.

³³¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*; Napoli, 2003, pag. 895.

³³² A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, pag. 94.

³³³ E. MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, pag. 229.

Al pari di quanto previsto in materia di subfornitura anche in questo caso abbiamo un contenuto minimo al quale si debbano attenere i contraenti al fine di mettere in condizione la parte debole di valutare la convenienza del regolamento contrattuale. È un chiaro esempio di tipizzazione attuata attraverso una stringente delimitazione dell'ambito di applicazione in materia di franchising.

Anche la fase delle trattative è stata oggetto di disciplina, e in questo caso ci avviciniamo molto alle soluzioni adottate nei contratti dei consumatori; l'art. 4 prevede specifici obblighi a carico dell'affiliante (o franchisor) nella fase precontrattuale, tra questi la consegna, almeno trenta giorni prima, della sottoscrizione, di una copia del contratto corredato da specifici allegati all'aspirante affiliato.

La documentazione deve contenere tutti i principali dati dell'affiliante, i propri segni distintivi e i marchi utilizzati, le caratteristiche principali dell'attività, un elenco degli affiliati e una descrizione sintetica dei procedimenti giudiziari o arbitrari promossi nei confronti del franchisor nei tre anni precedenti la sottoscrizione. In altre parole si punta a «dare al potenziale franchisee un quadro completo delle potenzialità e degli oneri connessi all'ingresso alla rete»³³⁴. L'art. 4 deve essere letto in congiunzione con l'art. 3. Entrambi infatti contengono il nocciolo delle informazioni che devono essere fornite all'aspirante affiliato; è indifferente se siano contenute nel contratto o negli allegati, quello che conta è che vengano fornite³³⁵.

L'obiettivo è quello di permettere che le informazioni raggiungano il franchisee con congruo anticipo rispetto alla firma del contratto³³⁶, perseguendo la ricerca di una informazione completa, non solo quindi a riguardo del regolamento contrattuale ma anche attinente la situazione soggettiva della controparte. In questo lasso di tempo, da alcuni giudicato troppo lungo rispetto alle normative di altri stati membri, l'aspirante affiliato può fare tutte le verifiche necessarie circa la solidità economica dell'affiliante e l'effettiva titolarità del marchio nonché prendere contatto con altri affiliati, reperire i finanziamenti necessario e quant'altro³³⁷. Possiamo pertanto considerare il termine di trenta giorni adeguato per arrivare ad una decisione *ex-professo*³³⁸.

³³⁴ G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, *Il franchising. Legge 6 maggio 2004, n.129*, Milano, 2004, pag. 64.

³³⁵ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, pp. 78-79.

³³⁶ G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, ult. op. cit. pag. 63.

³³⁷ A. FRIGNANI, ult. op. cit. pag. 78.

³³⁸ Vedi sentenza Cassazione, 29 maggio, 1998, n. 5297, *STB c. Tami* secondo cui «nella fase antecedente alla conclusione del contratto le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla

Il rispetto delle due precedenti disposizioni dovrebbe rendere completa la visione riguardante la tipologia e la convenienza alla stipulazione del contratto. Tuttavia il legislatore è andato oltre prevedendo nel primo e terzo comma dell'art. 6 specifiche disposizioni di chiusura a tutela della realizzazione di corrette trattative; a tal fine, è bene precisare che le ulteriori informazioni menzionate si differenziano per collocazione cronologica dalle precedenti in relazione al progressivo stringersi dei rapporti e alla conseguente maggior fiducia reciproca raggiunta. Ogni informazione data alla controparte implica rischi notevoli per l'azienda affiliante che deve agire come una gelosa custode del proprio know-how. Una sottovalutazione di questo fattore o una precipitosa concessione di fiducia rischierebbe di consegnarla in mano a sedicenti aspiranti che potrebbero usarla per scopi estranei al contratto³³⁹.

Questa preoccupazione è stata comunque recepita dal legislatore che, di converso, ha previsto al secondo comma dell'art. 5, in capo all'aspirante franchisee e ai suoi collaboratori/dipendenti, un obbligo di riservatezza sul contenuto dell'attività oggetto di affiliazione commerciale, non solo durante ma anche dopo la conclusione del contratto.

Tornando agli obblighi precontrattuali, il semplice comportamento secondo buona fede ex art. 1337 c.c. in fase di trattativa non si rivela completamente idoneo a garantire tutela al franchisee; infatti potrebbe permettere al franchisor di sottrarsi agli obblighi previsti.

Per questa ragione sono previsti gli obblighi precontrattuali di comportamento presi in considerazione all'art. 6, il quale prevede una condotta, a carico di entrambe le parti, ispirata a lealtà, correttezza e buona fede. Una disposizione che richiama la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 e l'esecuzione in buona fede ex art. 1375 c.c. e che quindi consente di constatare una certa continuità con quanto contenuto nel codice.

L'elemento invece che sembrerebbe caratterizzante sarebbe l'obbligo a carico dell'affiliante di fornire tempestivamente all'affiliato ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di franchising. In questo passaggio ho usato il condizionale in quanto come già detto precedentemente l'affiliante (franchisor) potrebbe sottrarsi a detti obblighi adducendo motivazioni di riservatezza delle informazioni oppure sostenendo che queste ultime possono ledere i diritti di terzi.

stipulazione e di richiedere tutto a quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche future obbligazioni».

³³⁹ G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, *Il franchising. L. 6 maggio 2004, n.129*, Milano, 2004, pp. 79 e ss.

In modo speculare, in capo all'affiliato, secondo quanto previsto dall'art. 6 co. 3, è previsto l'obbligo di fornire tempestivamente e in modo esatto e completo, al franchisor, ogni informazione e dato necessario per la stipulazione del contratto, anche se non espressamente chiesto da quest'ultimo. Tale obbligo è accompagnato all'ulteriore obbligo di non divulgare informazioni che siano state apprese durante la fase delle trattative.

La disciplina delle informazioni da fornire non è comunque perfettamente biunivoca e sovrapponibile tra i contraenti dal punto di vista degli oneri: l'affiliante deve infatti fornire solo ciò che gli viene richiesto mentre l'affiliato fornisce le informazioni indipendentemente da una richiesta della controparte. In questo secondo caso si forniscono non solo le informazioni necessarie e utili ma anche, con evidente senso rafforzativo, quelle opportune.

In entrambi i casi la disciplina degli art. 4 e 6 non prevede delle sanzioni specifiche in caso di inosservanza di detti obblighi. Scatta pertanto la c.d. responsabilità precontrattuale, che può determinare in alcuni casi l'annullabilità del contratto per errore o dolo.

L'unica norma che sanziona espressamente le inottemperanze (Le sanzioni sono invece previste all'art. 8 che in caso di inottemperanza...) agli obblighi informativi è contenuta all'art. 8 e prevede in capo ad entrambe le parti la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto ex art. 1439 c.c. e il risarcimento del danno nel caso in cui la controparte abbia fornito false informazioni. È pur vero che il richiamo al dolo potrebbe prestarsi ad ambiguità rendendo di fatto la norma una semplice ripetizione di quanto previsto dal codice.

Per quanto attiene la durata del rapporto, la disciplina prevede un minimo di tre anni, indipendentemente dal contratto concluso. Questo passaggio fu molto discusso in passato, e ne sono testimonianza i diversi progetti legge presentati, dato che la facoltà delle parti di recedere dal contratto diventa pregiudizievole per entrambi ma grava maggiormente sulla parte più debole.

La scelta del legislatore permette al franchisee, da una parte, di ammortizzare le spese e gli investimenti che ha sostenuto per iniziare il rapporto, e dall'altra di evitare forme ricattatorie attuate dalla parte forte, permettendo a quest'ultima di estorcere condizioni contrattuali più favorevoli; «il franchisor infatti utilizzando lo strumento del recesso avrebbe potuto ricattare la parte debole la quale aveva sostenuto numerosi investimenti per imporre le sue

condizioni»³⁴⁰. Assistiamo in questo modo a una funzione di riequilibrio del potere contrattuale.

In caso di un termine di durata inferiore, pur stabilito dalle parti, la conseguenza più logica che ne deriva è quella della sostituzione della clausola invalida con i termini legali.

Possiamo constatare come questa legge si caratterizzi per la presenza di numerosi strumenti di tutela per la parte debole, pur non intaccando la libertà e l'autonomia privata³⁴¹. Strumenti di protezione più formali che sostanziali, in quanto con i secondi ci sarebbe stato il rischio di una restrizione della libertà degli operatori di creare fattispecie contrattuali flessibili per soddisfare le specifiche esigenze di questo sistema³⁴².

La disciplina dedica alla fase precontrattuale ben tre (art. 4, 6, e 8) dei nove articoli complessivi, confermando l'importanza della fase precontrattuale e l'obiettivo del legislatore di «concentrarsi sulla prevenzione di eventuali fenomeni di utilizzo abusivo della formula... in questo modo viene garantita, seppure entro certi limiti, la possibilità di effettuare valutazioni comparative tra le varie formule di franchising presenti sul mercato»³⁴³. Adottando la tecnica della *disclosure* si permette alle parti di venire a conoscenza di informazioni essenziali per poi decidere se, e a che condizioni, contrarre.

Dobbiamo infine segnalare l'esistenza di un c.d. Codice deontologico predisposto dall'Associazione italiana del franchising del 1995 successivamente aggiornato nel 2006. Le condotte previste da questo codice sono obbligatorie per tutti i franchisor iscritti all'AIF e procedono per quanto riguarda i contenuti parallelamente a quanto stabilito dalla disciplina prevista dalla legge n. 129/2004.

Gli elementi che lo differenziano dalla disciplina del legislatore riguardano essenzialmente la risoluzione del contratto. Mentre nella legge questo aspetto è trascurato, nel codice si prevede espressamente che il contratto debba indicare chiaramente i possibili casi di scioglimento dello stesso. La risoluzione automatica per inadempimento viene ammessa solo per quanto riguarda le clausole importanti del contratto mentre per quelle di minore rilevanza si cerca sempre di salvare il rapporto con la semplice messa in mora della parte inadempiente per dare modo a quest'ultima di sanare il vizio e indirettamente non penalizzando la parte debole³⁴⁴. La

³⁴⁰ D. FRISANI, *Il franchising*, in *I contratti di distribuzione*, a cura di G. Cassano, Milano, 2006, pag. 600.

³⁴¹ A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, pag. 155.

³⁴² A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004, pag. 25.

³⁴³ G. DE NOVA – C. LEO – A. VENEZIA, *Il franchising. L. 6 maggio 2004, n.129*, Milano, 2004, pp. 62-63.

³⁴⁴ Art. 10 Codice deontologico AIF, Associazione Italiana del Franchising.

stessa giurisprudenza ha ribadito più volte che è illegittima la risoluzione automatica e immediata per inadempimenti non gravi.

Anche le condotte da tenere nei casi di un eventuale rinnovo o di un eventuale cessione del contratto sono espressamente da indicare nel contratto stesso, specificando anche le obbligazioni che devono essere poste in essere dopo la cessazione del rapporto tra le parti.

La corretta e integrale osservanza di queste condotte, nonché di quanto previsto dalla disciplina in materia di franchising spetta all'AIF, che nel caso di violazione può adottare nei confronti dei soci le sanzioni previste limitandosi comunque all'esclusione di questi ultimi dall'associazione.

Come possiamo notare, tra l'affiliato e l'affiliante esiste una disparità economica, e le direttive imposte dal primo fanno emergere la possibilità che si possa configurare su di esso un abuso di dipendenza economica³⁴⁵.

Mentre la prevalente dottrina si è subito espressa per un'estensione applicativa dell'art. 9, la giurisprudenza si è inizialmente attestata su posizioni differenti, dando un'interpretazione restrittiva dell'ambito operativo della norma. Solo in un secondo momento abbiamo assistito ad un cambiamento di prospettiva.

È bene sottolineare che nel franchising l'applicazione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura potrebbe avere delle implicazioni negative, dato che alcune "restrizioni" della libertà dell'affiliato sono insite nel rapporto stesso. La stessa normativa antitrust comunitaria prevede particolari deroghe in materia di affiliazione, riconoscendo situazioni che in altre tipologie di rapporto non sarebbero ammesse³⁴⁶.

La prima applicazione sull'abuso di dipendenza economica relativa ai contratti di franchising avviene con l'ordinanza 22 dicembre del 2003 del Tribunale di Taranto, che si rifiuta di applicare l'art. 9 per "differenza tipologica" con i contratti di affiliazione: «I rapporti di franchising, in quanto non riconducibili alla tipologia del contratto di subfornitura, non ricadono nella sfera di applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica»³⁴⁷.

In senso inverso, l'ordinanza del Tribunale di Bari del 22 ottobre 2004 afferma «la disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi

³⁴⁵ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, pag. 219.

³⁴⁶ A. FRIGNANI, *ult. op. cit.*, pag. 223.

³⁴⁷ Tribunale di Taranto, (ord. coll.) 22 dicembre 2003, *Avis Autonoleggio c. Mad*, in *Foro it.*, 2004, I, pag. 262, nota Colangelo.

compreso il franchising... posto che il mancato rinnovo del contratto di affiliazione commerciale può costituire un abuso del diritto, in quanto contrario all'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, solo laddove assuma connotati impreveduti ed arbitrari alla luce del comportamento tenuto nel corso del rapporto, va respinta la richiesta di provvedimenti urgenti avanzata da chi lamenti l'illegittimità della disdetta pattiziamente consentita»³⁴⁸.

Come possiamo notare dagli estratti delle due sentenze citate gli argomenti utilizzati dalla dottrina non trovano riscontro unanime nelle decisioni degli organi giudiziari. Infatti, “anche quando hanno affermato l'applicabilità della disposizione al caso sottoposto al loro esame, i giudici hanno quasi sempre introdotto piccole distinzioni o eccezioni al principio, che ne hanno rivalutato la portata”³⁴⁹.

³⁴⁸ Tribunale di Bari, (ord.) 22 ottobre 2004, Tride c. Natuzzi, in Foro it., 2005, I, pag. 1604.

³⁴⁹A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, 2012, pag. 223.

IL CONTRATTO DI AGENZIA

Il contratto di agenzia si è configurato attraverso la prassi commerciale fin dall'inizio dell'ottocento ma è stato recepito a livello legislativo soltanto verso la fine del secolo; venne infatti inserito nel Codice di Commercio del 1882, precisamente menzionato con il termine "agenzia" al n. 21 dell'art. 3, inglobandolo tra gli atti commerciali "le imprese di commissioni, di agenzie e gli uffici di affari"³⁵⁰.

Con l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, la disciplina normativa del contratto di agenzia è stata formulata agli articoli 1742-1753, rientrando nel novero dei cosiddetti contratti tipici, ossia quelli specificatamente previsti e regolati dal codice stesso³⁵¹.

Nella nozione prevista all'art. 1742 per questa tipologia di contratto "abbiamo una parte, detta agente, che assume stabilmente l'obbligo di promuovere per conto di un altro soggetto, detto preponente, e verso corrispettivo, la conclusione di contratti in una zona determinata".

La figura dell'agente è sempre stata considerata come una "figura mista", termine utilizzato nella relazione del ministro Guardasigilli all'attuale Codice, in quanto presenta caratteristiche molto simili a quelle di altre figure e istituti in esso contenuti, ma è bene precisare, comunque, che col passare del tempo ha acquistato una propria distinta personalità³⁵².

L'agente, di regola, è un imprenditore, che svolge professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi al fine di perseguire lo scopo di lucro³⁵³. L'eventuale mancanza di un'organizzazione stabile non ne escluderebbe la qualifica imprenditoriale, benché essa sia da considerare di piccolo imprenditore. La questione della presenza o meno di organizzazione di beni e persone ha comunque fatto nascere in dottrina delle divisioni.

Dal punto di vista giuridico dobbiamo considerare ineccepibile l'equiparazione dell'agente all'imprenditore commerciale ma è doveroso fare dei distinguo in relazione all'esistenza dei

³⁵⁰ F. BORTOLOTTI – G. BONDANINI, *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, 2003, pag. 2.

³⁵¹ E. BRANDOLINI, *Il contratto di agenzia nella normativa nazionale, internazionale e comunitaria*, in *Diritto Presente*, collana diretta da G. Cassano, Torino 2010, p. 11.

³⁵² R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pag. 31.

³⁵³ V. CERAMI, voce *Agenzia (contratto di)* in *Enciclopedia del Diritto*, I, 1958, pag. 875.

presupposti indicati dall'art. 2082 del codice civile. Non ci sono dubbi sul requisito della professionalità, in quanto l'attività dell'agente ha il carattere di abitudine, continuità e sistematicità.

I problemi sorgono in merito al riconoscimento del requisito dell'organizzazione, che dovrebbe attenersi ad un complesso di beni e al lavoro altrui. Alcuni sostengono che questo elemento debba sempre sussistere, e l'attività dell'agente, consistente nel solo impiego di energie lavorative, priverebbe quest'ultimo del carattere imprenditoriale. L'agente sarebbe quindi una figura caratteristica di lavoratore autonomo, non equiparabile di per sé all'imprenditore commerciale: lo diventerebbe solo in presenza di un'organizzazione imprenditoriale³⁵⁴.

Altri giuristi, invece, rilevano come la nozione di impresa, adottata dal codice, sia tanto estesa da comprendere ogni lavoratore autonomo (non intellettuale), «il requisito dell'organizzazione finisce, dunque, con il rivelarsi uno pseudo-requisito: la sua mancanza non impedisce di assumere la qualità di imprenditore³⁵⁵».

Una parte della dottrina, invece, pone la questione da un altro punto di vista. Si considera l'agente un c.d. "lavoratore parasubordinato", un soggetto intermedio tra il lavoratore autonomo e il lavoratore dipendente. Essendo incaricato di promuovere o concludere contratti per conto di un altro soggetto e svolgendo la propria attività in forma prevalentemente personale non sarebbe una figura indipendente quanto piuttosto parasubordinata³⁵⁶.

Ciò nasce dal presupposto che il rischio d'impresa sia sconosciuto all'agente, visto che l'attività si limita alla promozione di prodotti altrui. È da rilevare che anche la rappresentanza diretta gli impedisce comunque di agire come soggetto imprenditore autonomo³⁵⁷.

Bisogna precisare che il Codice civile non prevede alcuna figura intermedia di lavoratore, disciplinando solo il lavoro autonomo e quello subordinato. La creazione di questa figura non sarebbe altro che uno stratagemma giuridico per estendere la disciplina lavoristica all'agente che, non lavorando in piena autonomia, non sarebbe da considerarsi imprenditore normale³⁵⁸.

³⁵⁴ R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pp. 66-67.

³⁵⁵ F. GALGANO, *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Bologna, 1996, pag. 31.

³⁵⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, pp. 9 e ss.

³⁵⁷ A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012, pag. 56.

³⁵⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, pp. 9 e ss.

La tutela riservata dal diritto del lavoro all'agente avrebbe sì il fine di proteggere il contraente più debole ma finirebbe per forzare senza motivo la disciplina giuridica prevista unicamente per il lavoratore subordinato questo tipo di rapporto. Si rischierebbe di cadere nella demagogia cercando di far scomparire una figura giuridica autonoma all'interno della disciplina del lavoro subordinato, non tenendo conto degli adeguamenti normativi comunitari degli ultimi anni tesi a riaffermare l'autonomia dell'agente di commercio³⁵⁹.

La tesi del "lavoratore parasubordinato" sarebbe quindi da rigettare, anche alla luce del fatto che l'agente svolge sovente la propria attività per più preponenti.

La tendenza generale infatti è stata sempre quella di tenere separate le due figure contrattuali, escludendo di applicare all'agenzia istituti tipici del lavoro subordinato³⁶⁰; la stessa giurisprudenza è sempre stata molto attenta a non "confondere" i due istituti ammettendo solo alcuni aspetti peculiari della norma lavoristica nel rapporto di agenzia. Tra questi possiamo citare il recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c., tipica tutela riservata al lavoratore subordinato, che può essere utilizzata anche nel rapporto di agenzia vista la fondamentale importanza anche in questo rapporto del fattore fiduciario che lega agente e preponente.

Per un certo periodo di tempo l'unica forma di regolamentazione prevista dal nostro legislatore è stata quella connessa all'iscrizione al ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio³⁶¹, istituito alla fine degli anni sessanta presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, al quale erano tenuti ad iscriversi coloro che intendevano svolgere tale attività. Con il riordino della materia nel 1985, l'iscrizione all'albo divenne obbligatoria e subordinata al possesso di determinati requisiti³⁶² fino alla sua completa abrogazione³⁶³ emanata nel 2010 con la quale l'ordinamento italiano ha recepito la direttiva europea che mirava alla semplificazione delle procedure di accesso all'attività di agenzia.

La disciplina, tuttavia, ha acquisito una certa organicità solo attraverso l'intervento del legislatore comunitario che, cercando di conferire una certa armonizzazione della materia tra i vari stati membri, ha predisposto delle vere e proprie tutele a favore dell'agente. La Direttiva 653 del 18 dicembre 1986, recepita in Italia con i D.lgs. n. 303/1991, e n. 65/1999, sottolinea infatti come «Le differenze tra le varie legislazioni nazionali in materia di rappresentanza

³⁵⁹ R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pp. 43-44.

³⁶⁰ A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Milano, 2013, pag. 25.

³⁶¹ Legge n. 316 del 12 marzo 1968, Disciplina della professione di agente e rappresentante di commercio.

³⁶² Legge n. 204 del 3 maggio 1985 rispettivamente art. 2 (obbligo di iscrizione) e art. 5 (requisiti necessarie).

³⁶³ L'abrogazione del ruolo è stata approvata dal D. lgs. n. 59 del 26 marzo 2010, art. 74 in recepimento della Direttiva comunitaria 2006/123/CE, ma la sua effettiva soppressione è stata resa operativa solo dal 12 maggio 2012, quando è entrato in vigore il Decreto Ministeriale attuativa del 26 ottobre 2011.

commerciale influenzano sensibilmente le condizioni di concorrenza e l'esercizio della professione, pregiudicando il livello di protezione degli agenti commerciali nelle loro relazioni con il preponente, nonché la sicurezza delle operazioni commerciali»³⁶⁴.

Il recepimento della direttiva citata ha innovato le disposizioni contenute nel Codice civile in merito agli istituti della forma del contratto, della provvigione, dell'esclusiva, dell'indennità di fine rapporto e del patto di non concorrenza dopo la cessazione del contratto.

Successivamente, la Legge comunitaria 21 dicembre 1999, n.526 ha radicalmente modificato la disciplina della clausola dello "star del credere" e la Legge comunitaria 29 dicembre 2000, n.422, è intervenuta ulteriormente sul patto di non concorrenza.

È bene sottolineare che gli strumenti di tutela previsti dalla disciplina pur essendo apprezzabili non sono sufficientemente incisivi a tutelare l'agente inteso come imprenditore debole; possiamo infatti constatare come si verifichino facilmente situazioni asimmetria di potere contrattuale e quindi eventuali abusi ai danni di quest'ultimo. La condizione di debolezza deriva dal fatto che l'agente, pur essendo formalmente indipendente, non sempre gode di una certa autonomia, in quanto svolge un'attività nella quale vi possono essere delle ingerenze da parte del preponente.

L'agente svolge un'attività che deve essere stabile e, di regola, esclusiva. Per stabilità intendiamo lo svolgimento dell'attività che non può essere riferibile semplicemente ad un'unica operazione, ma bensì ad un numero indeterminato di affari. Questo requisito distingue la figura dell'agente da quella del procacciatore d'affari e del mediatore³⁶⁵.

L'agente si obbliga a promuovere gli affari del preponente rispetto a terzi ma potrebbe anche concluderli direttamente se dotato del potere di rappresentanza previsto dall'art. 1752 del codice, e ha diritto alla corresponsione di una provvigione commisurata al valore e al numero degli affari conclusi³⁶⁶.

In ragione dell'importanza del rapporto fiduciario intercorrente fra il preponente e l'agente, la legge prevede che la loro relazione debba essere caratterizzata dall'*esclusiva* reciproca. Il preponente, secondo quanto previsto dall'art. 1743 c.c., non può avvalersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, e l'agente,

³⁶⁴ Considerazioni contenute nella presentazione del testo della Direttiva n. 653 del 18 dicembre 1986

³⁶⁵ Cassazione, sentenza n. 1916 del 16 febbraio 1984.

³⁶⁶ V. FERRARI – P. LAGHI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2012, pag. 224.

contemporaneamente, non può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro.

L'*esclusiva*, a differenza della stabilità, non è da considerarsi un requisito essenziale del negozio, ma solo un elemento naturale che le parti sono libere di escludere con una pattuizione specifica. È importante notare inoltre che questa reciprocità nega il ruolo di caratteristica forma di tutela a favore dell'imprenditore debole.

Le parti, in virtù del divieto di concorrenza e del rapporto di esclusiva, sono pertanto poste «nelle condizioni migliori al fine di trarre dall'esecuzione del rapporto il massimo beneficio possibile»³⁶⁷, una sorta di riequilibrio reciproco dei diritti e degli obblighi in capo a entrambe le parti, e non invece una forma di tutela specifica pro agente.

Pur a fronte di una disposizione apparentemente semplice nella sua espressione letterale, si pongono nella prassi diversi problemi interpretativi che finiscono con il manifestarsi anche nel non raro contenzioso in materia fra le parti»³⁶⁸.

Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza (Cass. 19 marzo 1994, n. 2634) il diritto di esclusiva costituisce un elemento *in re ipsa* del contratto di agenzia, in ragione del quale l'agente, anche in assenza di una clausola che lo preveda, non può svolgere la sua attività per conto di un altro imprenditore che sia in concorrenza col primo nella zona territoriale assegnatagli (c.d. zona riservata)³⁶⁹.

La disposizione di cui sopra ha evidentemente l'obiettivo di “tutelare l'agente, e le sue prospettive di guadagno. Se, in una stessa area, il preponente potesse utilizzare più agenti, questi vedrebbero ridotte in modo significativo le proprie prospettive di profitto: gli agenti si troverebbero in concorrenza l'un l'altro e le provvigioni spettanti per gli affari conclusi da uno di essi non potrebbero essere riconosciute agli altri. In altre parole, in presenza di più agenti operanti nella medesima zona il mercato viene diviso fra un numero maggiore di persone, con conseguente inevitabile riduzione dei guadagni”

Tra le disposizioni a tutela dell'agente rientra il diritto alla provvigione, previsto dall'art. 1748 del codice, il diritto cioè al corrispettivo della propria attività prestata, ossia quella inerente

³⁶⁷ V. SANGIOVANNI, *Il diritto di esclusiva nel rapporto di agenzia*, in *I Contratti*, 1, 2014, pag. 73.

³⁶⁸ V. SANGIOVANNI, *ult. op. cit.*, pag. 73.

³⁶⁹ G. AULETTA-N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, a cura di A. Mirone, XIX edizione., Milano, 2012, pag. 497.

agli affari conclusi per effetto del suo intervento. Ma tale remunerazione, applicando il diritto di esclusiva, matura anche in relazione ad affari conclusi direttamente dal preponente con terzi appartenenti alla zona assegnata all'agente.

Diversamente, se questo diritto di esclusiva non è previsto, spettano all'agente comunque anche le provvigioni relative agli affari conclusi dal preponente con clienti da lui in precedenza acquisiti. In gergo tecnico vengono chiamate "provvigioni indirette" e premiano l'agente degli sforzi effettuati per la promozione della propria attività rendendo vane eventuali intromissioni da parte del preponente.

È bene sottolineare tuttavia, che il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui il contratto tra terzo e preponente viene concluso. L'agente vede pertanto realizzarsi la propria remunerazione solo se si verificano a scalare tre episodi: 1) l'agente ha adempiuto i propri obblighi di promozione, 2) che il contratto venga stipulato e 3) che lo stesso abbia regolare esecuzione.

Quest'ultimo punto risulta molto "insidioso" per l'agente in quanto, all'art. 1748 comma 6 c.c., è prevista una condizione risolutiva del diritto alla provvigione. Si prevede infatti l'estinzione se e nella misura in cui sia certo che il contratto tra il terzo ed il preponente non sarà eseguito oppure che la mancata esecuzione non sia dovuta a circostanze imputabili al preponente.

Come possiamo constatare la disciplina potrebbe ritorcersi contro l'agente delineando ipotesi di abuso da parte del preponente. Un caso concreto potrebbe essere riassunto nella situazione in cui l'agente adempia correttamente alla propria prestazione, e nonostante questo il preponente si rifiuti pretestuosamente di concludere il contratto dopo aver precedentemente indotto l'agente al recesso.

Altro esempio di abuso si potrebbe prospettare nelle c.d. provvigioni indirette, nel caso in cui il preponente decidesse di non formalizzare l'accordo proprio al fine di impedire il sorgere del diritto alla provvigione a favore dell'agente.

Gli obblighi previsti dall'art. 1479 a carico del preponente, impongono a quest'ultimo di comportarsi nei confronti dell'agente secondo lealtà e buona fede, fornendo la documentazione necessaria relativa a beni e servizi trattati e le informazioni necessarie per dare esecuzione al contratto. E' uno dei punti cardine della disciplina nata nel corso degli anni

novanta per recepire la Direttiva 86/653³⁷⁰ e rappresenta una assoluta novità nel panorama comunitario, in quanto, per la prima volta compare l'espressione "buona fede" nel testo di una direttiva³⁷¹. Sicuramente tutte queste prescrizioni possono essere utili per l'agente, ma più che di strumenti di tutela a favore di una parte debole, in questo caso dovremmo parlare di strumenti finalizzati a migliorare l'esecuzione della prestazione.

La ratio della protezione legislativa dell'agente risiede nella sua particolare posizione contrattuale rispetto al preponente: la condizione di asimmetria di mercato "ha la sua radice precisamente nel fatto che l'agente è il fornitore della prestazione contrattuale caratteristica, consistente in un'attività di distribuzione" in ragione della quale "l'agente affronta spesso investimenti specifici che rendono estremamente rischiosa per lui la prospettiva di una fine prematura del rapporto e, quindi, lo pongono in una posizione di sostanziale dipendenza economica dal principale"³⁷².

La disciplina del contratto di agenzia prevede all'art. 1742 del codice, l'obbligo della forma scritta *ad probationem* e il diritto, al quale entrambe le parti non possono rinunciare, di ottenere un documento sottoscritto che riproduca i termini dell'accordo tra le stesse intercorso. Emerge la rilevanza della forma nella redazione delle singole clausole ma comunque in funzione di *disclosure*. Risulta evidente quindi la rilevanza assunta dalla forma per tale tipologia di contratto relativamente alla corretta redazione delle singole clausole, sia che si tratti degli elementi tipici del rapporto (quali, a titolo esemplificativo, il potere di rappresentanza e il vincolo di esclusiva) oppure di elementi accessori (quali il patto di prova, il patto di non concorrenza disciplinato dall'art. 1751-bis c.c. ovvero l'assunzione dell'impegno alla riscossione dei crediti del preponente di cui all'art. 1744 c.c.)

Il contratto di agenzia svolge i propri effetti in un determinato arco temporale, che può essere limitato ab origine, se il contratto è a tempo determinato, oppure lasciandolo alla libera disponibilità delle parti, se è a tempo indeterminato. Il rapporto quindi si può estinguere alla scadenza del termine nel primo caso o con un recesso unilaterale da parte di una delle parti. Oltre a queste cause tipiche si devono aggiungere le risoluzioni consensuali, per inadempimento e per impossibilità sopravvenuta.

³⁷⁰ C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II, Milano 2007, p. 1083.

³⁷¹ G. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (a cura di L. GAROFANO), I, Padova 2003, p. 194.

³⁷² M. L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano 2016, p. 189; p. 189; V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* in *Corr. Giur.* n.2, 2009, p. 270.

Il recesso fa sorgere a chi lo esercita l'obbligo di comunicazione della propria volontà alla controparte con un congruo anticipo. Solo decorso tale preavviso si potrà considerare sciolto definitivamente il vincolo contrattuale.

In merito allo scioglimento del contratto svilupperemo la nostra analisi distinguendo tra: 1) contratti d'agenzia a tempo determinato e 2) quelli a tempo indeterminato.

1) Lo scioglimento del contratto d'agenzia a tempo determinato

Originariamente il codice non faceva alcun riferimento al contratto di agenzia a tempo determinato. Con il d.lgs. 303/1991 non solo si riconobbe questa tipologia contrattuale a termine, ma si precisò che nel caso il rapporto continui oltre la scadenza il contratto si trasformi a tempo indeterminato. Questo sempreché il nuovo contratto non preveda un rinnovo o proroga con un'ulteriore nuova scadenza³⁷³.

Una cessazione anticipata non concorde può ritenersi legittima solo se dovuta ad inadempienza dell'altra parte. Ma se quest'ultima non dovesse essere accertata è la parte che recede anticipatamente che deve considerarsi inadempiente con annesso risarcimento dei danni. Nel caso il recesso illegittimo fosse addebitabile al preponente, l'agente avrà diritto a considerare le provvigioni che perde in conseguenza dello scioglimento anticipato³⁷⁴. Il calcolo farà riferimento «o alla media delle provvigioni in precedenza percepite dall'agente e commisurate al periodo "non lavorato"³⁷⁵, ovvero alle provvigioni effettivamente maturate nel periodo in cui l'agente non era presente fino al termine originario di scadenza del contratto

Oltre alle ipotesi di risoluzione ex art. 1453 c.c., e di risoluzione consensuale resta il recesso per giusta causa che la giurisprudenza applica all'agenzia in base all'art. 2119 del codice. Attraverso questa estensione analogica si concede alle parti di recedere *ante tempus* esonerandole dal preavviso purché la causa sia effettivamente sussistente, ossia tale da giustificare una non prosecuzione del rapporto³⁷⁶.

Ipotesi tipiche di risoluzione anticipata del contratto da parte dell'agente per inadempimento addebitabile al preponente sono: «a) il mancato pagamento delle provvigioni nei termini di legge o contrattuali; b) la violazione dell'esclusiva, laddove esistente, attraverso l'introduzione nella zona di altro agente, o attraverso un'organizzazione di vendita diretta,

³⁷³ A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Milano, 2013, pp. 365 e ss.

³⁷⁴ R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pag.323.

³⁷⁵ Vedi gli art. 11 e 9 degli Accordi economici e collettivi sulle indennità di preavviso del 30.02.2009 e 30.07.2014

³⁷⁶ A. BALDASSARI, ult. op. cit., pp. 369-370.

senza il consenso dell'agente; c) reiterato e non giustificato rifiuto di concludere i contratti promossi dall'agente; d) abituale e non giustificato ritardo nell'esecuzione delle ordinazioni accettate, in violazione dei termini di consegna»³⁷⁷.

2) Lo scioglimento del contratto d'agenzia a tempo indeterminato

Se il contratto è a tempo indeterminato, ciascuna parte, dandone comunicazione all'altra entro un termine stabilito, può recedere in qualsiasi momento. È un atto costitutivo in senso estintivo la cui forma della dichiarazione di volontà non è predeterminata dalla legge³⁷⁸. Neppure i motivi a supporto all'azione sono da considerarsi rilevanti³⁷⁹.

L'articolo 1750 del codice prevede che il recesso debba essere comunicato entro un termine determinato che non può essere inferiore ad un mese per il primo anno, due per il secondo, tre per il terzo, quattro per il quarto, cinque per il quinto e sei mesi per il sesto e tutti gli anni successivi. Sono pertanto dei termini minimi, le parti infatti possono stabilire anche termini più lunghi ma il termine a carico del preponente non dovrà mai essere inferiore di quello a carico dell'agente³⁸⁰.

Tali termini possono comunque essere derogati in base a quanto stabilito dagli Accordi economici e collettivi (AEC), che variano a seconda della parte che recede, a seconda della durata che ha avuto il contratto e a seconda che si tratti di un agente mono o plurimandatario ma non sono mai inferiori a quelli stabiliti dal codice³⁸¹.

A seguito di una modifica dell'art. 1750, non abbiamo più menzione nel codice civile della possibilità di sostituire il preavviso con il pagamento di un'indennità sostitutiva. Tale riferimento è comunque rimasto negli AEC e si ritiene possa conservare la propria efficacia anche se non previsto nell'ultima direttiva in materia³⁸².

L'art. 1750 c.c. non esaurisce i possibili casi di scioglimento del rapporto pur rappresentandone senza dubbio la forma naturale e tipica di cessazione. Il contratto può sciogliersi anche quando una delle parti tenga un comportamento ravvisabile come inadempimento ex art. 1453 c.c. e in particolare ex art. 1458 c.c.

³⁷⁷ R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pp. 327.

³⁷⁸ A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Milano, 2013, pag. 372.

³⁷⁹ A. BALDASSARI, ult. op. cit., pag. 377.

³⁸⁰ R. BALDI – A. VENEZIA, ult. op. cit., pag. 331.

³⁸¹ A. BALDASSARI, ult. op. cit., pp. 385-386.

³⁸² R. BALDI – A. VENEZIA, ult. op. cit., pag. 334 e ss.

In questi casi non avremo né preavviso né indennità sostitutiva ma contro l'inadempiente potrà essere addebitata una responsabilità per danni. Come già menzionato poco sopra anche in questo caso applicheremo per analogia l'art. 2119 c.c. sul lavoro subordinato, in base al quale «l'obbligo del recedente dal contratto a tempo indeterminato di dare il preavviso non sussiste qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto»³⁸³

A tutela dell'agente possiamo rilevare il caso tipico del mancato pagamento delle provvigioni, a quello del rifiuto sistematico di accettare ordini proposti dall'agente. In questo caso si può ottenere la risoluzione del rapporto oltre al risarcimento dei danni per le mancate provvigioni ricollegabili agli affari non accettati dal preponente. A simili conseguenze può comunque portare anche il caso in cui vengano applicati prezzi fuori mercato, imposti dal preponente a danno dell'agente, per boicottare l'attività di vendita di quest'ultimo³⁸⁴.

All'art. 1751 c.c. troviamo una tutela particolare riservata all'imprenditore debole sempre nel caso di cessazione del rapporto, la c.d. indennità di scioglimento. Questa forma di tutela, rappresenta uno degli aspetti più controversi e maggiormente dibattuti in giurisprudenza. Le soluzioni, infatti, sono diverse e variano in relazione al fatto di dare prevalenza agli AEC o a quanto contenuto nel codice civile. I primi sarebbero, secondo un orientamento, preferibili in quanto più favorevoli per l'agente mentre le disposizioni dell'art. 1751, secondo altra giurisprudenza, dovrebbero essere considerate inderogabili³⁸⁵.

L'indennità, originariamente, veniva riconosciuta ad ogni ipotesi di scioglimento, limitandosi a rimandare agli AEC per determinarne il suo ammontare. La nuova formulazione dell'articolo³⁸⁶ prevede l'obbligo a carico del preponente solo in presenza di determinati presupposti ed lo estende anche ai rapporti a tempo determinato.

Il preponente è tenuto a corrispondere l'indennità se l'agente ha procurato nuovi clienti oppure se ha sensibilmente sviluppato affari con i vecchi clienti esistenti in modo tale da conferire ancora sostanziali vantaggi a favore del preponente. Tali indennità deve essere equa, in considerazione di tutte le circostanze del caso, soprattutto in funzione delle provvigioni che l'agente perde con la mancata maturazione di questi affari.

³⁸³ R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pp. 339-340.

³⁸⁴ A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Milano, 2013, pag. 407.

³⁸⁵ A. BALDASSARI, ult. op. cit., pag. 411.

³⁸⁶ A seguito dell'emanazione del D.lgs. n. 303/1991 in attuazione della Direttiva 86/653/CEE.

Una parte della dottrina equipara questo tipo di indennità ad una sorta di perdita da avviamento a danno dell'agente. Quest'ultimo, infatti, verrebbe considerato un elemento dell'organizzazione produttiva dell'azienda e il risultato positivo della sua attività contribuirebbe all'incremento dell'avviamento del preponente. L'interruzione del rapporto si tradurrebbe pertanto in una contestuale perdita per l'agente. Tale indennità mirerebbe pertanto a «ripagare l'agente sia di un eventuale apporto all'incremento patrimoniale dell'impresa, sia di un danno che in effetti può aver subito»³⁸⁷.

La quantificazione economica è prevista al terzo comma dell'art. 1751 del codice e «non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni», nel caso invece il contratto in oggetto avesse una durata inferiore a tale periodo «sulla media del periodo in questione».

Il quinto comma invece sottolinea che è onere dell'agente richiederla, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dall'intervenuto scioglimento del contratto.

Il preponente è sollevato da questo obbligo solo se dimostra: a) che sia lui a risolvere il contratto per inadempimento grave dell'agente che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto; b) che l'agente recede senza giustificati motivi, legati all'età, a infermità o malattia e a tutte quelle situazioni che impediscono ragionevolmente la prosecuzione dell'attività; c) se sigla un accordo con l'agente che cede ad un terzo i diritti e gli obblighi legati al contratto.

Per finire, dobbiamo sottolineare che la risoluzione consensuale del rapporto non deve essere equiparata al recesso unilaterale dell'agente. Tale orientamento, fatto proprio dalla giurisprudenza di Cassazione³⁸⁸, non è pertanto ostativo al riconoscimento dell'indennità di scioglimento³⁸⁹.

³⁸⁷ R. BALDI – A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, IX edizione, Milano, 2015, pp. 360-361.

³⁸⁸ Sentenza Cassazione, n. 17992 del 16.12.2002.

³⁸⁹ A. BALDASSARI, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Milano, 2013, pag. 413.

LA DISCIPLINA DEI RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI

Un'altra forma di tutela prevista per l'imprenditore debole si può individuare nella disciplina per contrastare i ritardi sui pagamenti nelle transazioni commerciali che è stata oggetto di un'attenta analisi nell'arco di due decenni.

Imporre termini di pagamento più lunghi non rappresenta solo un semplice inadempimento della prestazione, ma anche una vera e propria forma di abuso perpetrata dal contraente "forte" nei confronti del contraente "debole". Le ripercussioni sul mercato unico europeo sono evidenti e il forte pregiudizio che ne deriva alle piccole e medie imprese ha sollecitato il legislatore comunitario a trovare una soluzione.

Tutto ha avuto inizio con il decreto legislativo n. 231/2002, che ha dato attuazione alla Direttiva comunitaria 2000/35/CE, successivamente corretta dalla direttiva 2011/7/UE recepita in Italia con il decreto legislativo n. 192/2012. L'aggiornamento della disciplina fu reso necessario in quanto il primo decreto non fu in grado di tutelare in modo adeguato le piccole e medie imprese come ci si sarebbe aspettato, senza contare gli effetti della crisi finanziaria ed economica che dal 2007 hanno acuito il problema del ritardo dei pagamenti, soprattutto tra imprese e pubblica amministrazione.

Le cause di questa prassi sono varie e sono individuabili principalmente nei limiti della disciplina previgente, che ha sempre permesso alle stesse imprese e alla P.A. di inserire nel contratto clausole volte a ritardare eccessivamente il termine di esigibilità del corrispettivo, nei tassi di interesse moratori troppo bassi e infine nell'inefficacia della procedura di recupero crediti, che di fatto ha reso sempre più conveniente il pagamento in ritardo; accadeva spesso, infatti, che i costi sostenuti dal debitore in caso di ritardo fossero inferiori a quelli che avrebbe dovuto sostenere in caso di pagamento tempestivo.

In Italia, questo fenomeno ha raggiunto dimensioni più marcate rispetto agli altri paesi europei, soprattutto riguardo ai pagamenti a carico delle pubbliche amministrazioni. Le ragioni sono da ricercare nell'iter burocratico farraginoso e nei "tempi tecnici" eccessivamente lunghi dei processi decisionali. Gli effetti prodotti da questo fenomeno sono molteplici e si possono tradurre sinteticamente in maggiori oneri a carico della finanza

pubblica, maggiori costi bancari di rifinanziamento a carico delle imprese, distorsione dell'allocazione delle risorse tra i diversi settori economici e distorsione della concorrenza. Nasce da qui il susseguirsi di interventi degli organismi comunitari a partire dagli anni novanta in tema di obbligazioni pecuniarie³⁹⁰.

Il decreto di recepimento non rappresenta degli esempi di vera e propria *novellazione* del Codice in quanto ne mantengono la disciplina al di fuori di esso: parte della dottrina si è espressa favorevolmente a questa scelta³⁹¹ ritenendo l'impianto coerente con la natura speciale della disciplina, i critici, invece, ritengono che il decreto si sia limitato ad un intervento settoriale piuttosto di intervenire in modo più corposo ad un rinnovamento generalizzato della materia³⁹².

In estrema sintesi potremo dire, e su questo la dottrina concorda unanimemente, che il legislatore si è limitato a recepire passivamente la direttiva perdendo l'occasione di una completa armonizzazione in modo da risolvere alcuni nodi nel coordinamento tra il decreto e quanto previsto dal codice civile³⁹³.

L'ambito di applicazione del decreto non è generale, essendo infatti limitato, dal punto di vista soggettivo, ai soli contratti stipulati tra imprenditori o tra imprenditori e P.A., e dal punto di vista oggettivo, ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale.

Nel primo ambito, soggettivo, possiamo notare che la nozione di imprenditore della direttiva è quella fornita dai trattati dell'Unione europea. Riguarda pertanto ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata, o una libera professione, anche se svolta da una sola persona. È quindi una definizione più ampia di quella prevista dall'art. 2082 del codice civile, idonea a inglobare anche gli enti no profit che svolgono attività imprenditoriali e i soggetti che esercitano una libera professione³⁹⁴.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, l'art. 2 definisce la transazione commerciale come ogni contratto concluso tra imprese o imprese e P.A. che comporti in via esclusiva o prevalente la consegna di merci o la prestazione di servizi verso il corrispettivo di un prezzo.

³⁹⁰ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013 pp. 2-3.

³⁹¹ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, pag. 463.

³⁹² A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, in *Ritardi nei pagamenti*, Milano, 2004, pp. 6 e ss.

³⁹³ G. DE CRISTOFARO, *ult. op. cit.*, pp. 463 e ss.

³⁹⁴ E. RUSSO, *La nuova disciplina nei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. Impr.*, 2003, pag. 452.

La dottrina sostiene che il legislatore comunitario utilizzi una nozione “a-tecnica” di transazione commerciale³⁹⁵, che si discosta dal nostro sistema civilistico. Infatti quanto previsto dall’art. 1965 del codice civile è di significato totalmente diverso.

Per una parte minoritaria questi termini “a-tecnici” sarebbero stati utilizzati semplicemente in quanto il legislatore italiano tende a tradurre in modo non troppo specifico i termini utilizzati dal legislatore comunitario³⁹⁶. Tali termini non utilizzati o comunque estranei al nostro sistema in caso di dubbio dovrebbero pertanto essere interpretati in accordo con i principi informativi della *II direttiva* o, più in generale, della disciplina e dei principi comunitari, che devono considerarsi prevalenti sui criteri ermeneutici nazionali³⁹⁷.

Il termine “prevalente” è stato aggiunto in fase di recepimento e tenderebbe ad inglobare nell’ambito di applicazione anche i contratti misti, ossia che riguardano sia la consegna di merci sia la prestazione di servizi. Per “merci” debbono intendersi i beni economici mobili destinati alla vendita e sono quindi da escludere beni immobili oppure la vendita occasionale di beni mobili da parte dell’imprenditore³⁹⁸.

Per aiutarci a comprendere meglio il significato del termine “merce” può essere utile prendere come riferimento i criteri interpretativi adottati dalla Corte di giustizia per individuare i beni ai quali può essere applicata la libera circolazione delle merci ex. art. 23 del trattato UE³⁹⁹. Nonostante il termine rievochi la natura materiale della cosa, possiamo ricomprendere nell’ambito di applicazione del decreto anche i beni c.d. immateriali, riprendendo la tesi che il legislatore utilizzi nozioni “a-tecniche” nella stesura della disciplina⁴⁰⁰.

Il termine “pagamento” indica invece che si deve trattare di un’obbligazione pecuniaria, un’obbligazione di valuta e non di valore⁴⁰¹, applicabile a qualsiasi contratto sinallagmatico. Possiamo pertanto sottolineare il carattere generale e non settoriale del decreto, che mira a disciplinare tutti i contratti conclusi tra imprese o tra imprese e pubblica amministrazione,

³⁹⁵ A.M. BENEDETTI, *L’ambito applicativo*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003, pag. 26

³⁹⁶ E. RUSSO, ult. op. cit., pag. 456.

³⁹⁷ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013, pag. 24; confronta sentenza Corte Cost. 07 giugno 2000, in *Giur. Cost.*, 2000, 1630.

³⁹⁸ V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, pag. 19.

³⁹⁹ V. PANDOLFINI, ult. op. cit., pag. 20.

⁴⁰⁰ E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.*, in *Contr. e impr.*, 2003, pag. 456.

⁴⁰¹ E. RUSSO, ult. op. cit., pag. 454.

inglobando sia contratti tipici che contratti atipici⁴⁰², che comporti la consegna di merci o la prestazione di servizi a fronte del pagamento di una somma di denaro.

Per quanto concerne la definizione di P.A. con le modifiche del Decreto legislativo n. 232/2002 è bene segnalare che con questa nuova nozione si intende il gruppo di tutte le amministrazioni di cui all'art. 3, comma 25, del Decreto legislativo n. 163/2006 e ogni altro soggetto che svolga attività per la quale è tenuto al rispetto della disciplina del predetto decreto.

La scelta del legislatore di non indicare espressamente le tipologie contrattuali ha aperto un dibattito in dottrina tra chi sostiene si possa applicare la disciplina anche ai contratti atipici quali il *leasing operativo*, il *franchising* e l'*engineering*, e chi invece rifiuta ogni possibilità di applicazione estensiva o analogica. Tra coloro che rigettano questa alternativa, le ragioni sono da ricercare o nel carattere sanzionatorio della disciplina⁴⁰³, o nel fatto che l'ambito di applicazione oggettivo sia tanto preciso da escludere questa seconda possibilità di applicazione estensiva⁴⁰⁴.

All'art. 1 co. 2 è prevista un'elencazione di eccezioni, casi cioè da escludere dall'ambito di applicazione appena analizzato. Troviamo i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, per i quali esiste già una specifica disciplina, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito e infine i pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un'assicurazione.

Il decreto consente alle parti, secondo quanto previsto dal codice all'art. 1183 c.c., di determinare, sia pur entro certi limiti, il termine convenzionale di adempimento. In caso di mancato accordo si dovrà invece fare riferimento ai termini legali previsti dall'art. 4, ossia che gli interessi decorrono trascorsi trenta giorni dalla data di ricezione della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Può comunque accadere che vi sia incertezza sulla ricezione di questi ultimi due documenti menzionati, che possono giungere al debitore prima della consegna delle merci o la prestazione dei servizi. In questo caso, i trenta giorni scattano dalla data di consegna, oppure possono giungere dopo la consegna facendo così scattare gli interessi sempre il trentesimo giorno dalla data di ricezione dei due documenti di

⁴⁰² G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, pag. 462.

⁴⁰³ A.M. BENEDETTI, *L'ambito applicativo*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003, pag. 26.

⁴⁰⁴ V. PANDOLFINI, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D.lgs. n. 231/02)*, in *Giur. It.*, 2003, pag. 2414.

cui sopra⁴⁰⁵, ossia trenta giorni che decorrono dalla data del ricevimento della fattura o di una richiesta equivalente. Infine, se la fattura o la richiesta non sono certe, i giorni decorrono dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi.

La seconda ipotesi di fissazione dei termini vale anche nel caso in cui la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente è anteriore a quella di ricevimento della merce o della prestazione di servizi. Vi è infine una quarta ipotesi, prevista alla lettera d) dell'art. 4, ossia qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta non successivamente alla data di accettazione o di verifica della conformità della merce o dei servizi, che comunque conferma il termine di trenta giorni.

È bene sottolineare che gli interessi moratori decorrono automaticamente, cioè senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine. Vi è anche da rilevare che i termini previsti nelle lettere del secondo comma possono essere differenti; le parti infatti, in base a quanto indicato nei commi tre e quattro, possono pattuire termini superiori, anche di sessanta giorni ma in questo caso non devono essere gravemente iniqui per il creditore ed essere pattuiti espressamente e per iscritto.

Elemento caratterizzante del recepimento della II direttiva è una rimodulazione del rapporto tra imprese e PA. Quest'ultima, nella veste di debitore, attraverso una dettagliata disciplina dei termini di adempimento. Il comma 4 dell'art. 2 modificato con il Decreto legislativo n. 192/2012 prevede infatti la pattuizione espressa e in forma scritta di un termine superiore ai trenta giorni, non comunque superiore ai sessanta, se sussistono valide motivazioni in relazione alla natura o all'oggetto del contratto. Il legislatore si spinge oltre con il comma 5, che prevede termini raddoppiati per le imprese pubbliche tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza⁴⁰⁶ e per gli enti pubblici riconosciuti che forniscono assistenza sanitaria.

In relazione alla responsabilità del debitore in caso di ritardo l'art. 3 riproduce sostanzialmente quanto previsto dall'art. 1218 del codice civile, ossia che il debitore è comunque sempre responsabile se non riesce a provare che il ritardo del pagamento del prezzo è dovuto a impossibilità della prestazione che derivi da causa a lui non imputabile.

⁴⁰⁵ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013 pag. 69.

⁴⁰⁶ Vedi il Decreto legislativo n. 333 del 11 novembre 2003, in attuazione della direttiva 2000/52/CE, che modifica la direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, nonché alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

Dobbiamo pertanto ritenere che l'impossibilità cui fa riferimento la norma debba essere intesa non in senso soggettivo, ossia relativa ad un comportamento del debitore da porre in essere tempestivamente, ma in senso oggettivo, che riguarderebbe pertanto ogni imprenditore appartenente a quella categoria⁴⁰⁷.

In dottrina esiste una diversa interpretazione, seppur minoritaria, che prevede l'ipotesi del c.d. *inadempimento temporaneo non imputabile*⁴⁰⁸: si tratterebbe di un inadempimento non definitivo, che per sollevare il debitore dalle sue responsabilità dovrebbe essere provato dalla semplice impossibilità di eseguire tempestivamente la prestazione per causa non imputabile.

Tale interpretazione è comunque da rigettare, in quanto deve essere trattata come mero caso di ritardo dell'adempimento anche in relazione alla *ratio favor creditoris* della disciplina. La dottrina maggioritaria ritiene infatti che il debitore, nelle ipotesi di ritardo dell'adempimento, non possa in alcun modo fornire prova liberatoria e che gli interessi moratori siano sempre dovuti.

La decorrenza degli interessi moratori non viene espressamente subordinata dal legislatore all'adempimento degli obblighi contrattuali e legali, pur tuttavia, possiamo ovviare a questa mancanza in due modi: con un richiamo alla disciplina generale dei contratti ex art. 1460 c.c. nel quale uno dei contraenti può eccepire l'inadempimento altrui⁴⁰⁹ oppure collegando le disposizioni contenute nell'art. 4 alle responsabilità previste a carico del debitore all'art. 3. Quest'ultima disposizione infatti fa sorgere il diritto alla corresponsione degli interessi moratori a precisi presupposti, tra i quali il ricevimento delle merci o la prestazione dei servizi, identificabili implicitamente con il fatto che il creditore abbia adempiuto alla propria prestazione.

La mora *ex re* non fa altro che confermare quanto previsto dall'art. 1219 comma 2 e dall'art. 1182 comma 3 del codice civile, sulle obbligazioni pecuniarie portabili; in entrambi i casi non viene chiesto un atto di intimazione da parte del creditore.

C'è da rilevare per quanto riguarda le obbligazioni pecuniarie contratte dalla P.A. che a seguito delle *II direttiva* con il decreto 231 si è passati da una iniziale posizione di privilegio del soggetto pubblico prevista dal decreto originale ad una posizione di totale equiparazione

⁴⁰⁷ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013, pag. 49.

⁴⁰⁸ A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e Impr.*, 2002, pag. 1307.

⁴⁰⁹ A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, Profili generali*, in *Ritardi nei pagamenti*, a cura di Stevanato e Venchiarutti, Milano, 2004, pag. 19.

sotto il profilo della tutela risarcitoria. Per lungo tempo infatti per esigere i crediti degli enti pubblici era necessario il completamento della procedura contabile di pagamento, senza il quale, non era configurabile una responsabilità per il ritardo dell'adempimento della P.A. e quindi la corresponsione di interessi moratori. Oggi la mancata emissione del mandato di pagamento non può più sollevare il soggetto pubblico dalle sue responsabilità e lo equipara a qualunque debitore privato⁴¹⁰.

Per quanto riguarda invece gli interessi moratori, nel caso vi sia un ritardo nell'adempimento, il decreto distingue tra interessi ad un tasso concordato tra imprese e interessi legali di mora. Questi ultimi sono previsti in mancanza di un accordo tra le parti e sono calcolati su base giornaliera ad un tasso che è pari a quello applicato dalla Banca centrale europea nelle proprie recenti operazioni di rifinanziamento principale, con una maggiorazione di otto punti percentuali.

Questa previsione mira a sanzionare il debitore moroso, andando ben al di là di una finalità esclusivamente compensativa⁴¹¹, e a svolgere una funzione deterrente nei confronti del debitore; una parte della dottrina la definisce una sorta di sanzione civile punitiva⁴¹²;

Gli interessi moratori, oltre a questa funzione sanzionatoria, svolgono anche una funzione di risarcimento verso il creditore per i danni subiti⁴¹³ «rappresentando il ristoro, in misura forfettariamente predeterminata, della mancata disponibilità della somma dovuta», senza che il creditore debba provare il danno effettivamente subito.

Cerchiamo di quantificare i limiti del danno risarcibile anche in relazione con quanto stabilito dall'art. 1224 del codice che permette al creditore di domandare il danno che gli interessi moratori non riescono a coprire, solo se viene applicata la disciplina degli interessi legali. Nel caso invece che le parti si accordino sulla definizione degli interessi moratori, tale patto viene considerato alla stregua di una clausola penale e di conseguenza ai sensi dell'art. 1382 c.c. il risarcimento verrebbe limitato alla prestazione promessa, a meno che non sia stata espressamente convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. Il maggior danno può essere risarcito anche nel caso in cui gli interessi moratori siano stati convenzionalmente pattuiti⁴¹⁴.

⁴¹⁰ V. PANDOLFINI, ult. op. cit., pag. 54.

⁴¹¹ A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, in *Ritardi nei pagamenti*, a cura di Stevanato e Venchiarutti, Milano, 2004, pag. 6.

⁴¹² A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, pag. 556.

⁴¹³ Sentenza Corte Cassazione civile del 18/06/2004, n. 11415, in *Mass. Giur. It.*, 2004.

⁴¹⁴ G. DE NOVA – S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003, pag. 21.

L'elemento di maggiore novità nel recepimento della *II direttiva*, oltre al disposto dell'art. 4 sulla decorrenza degli interessi, è stato anche il nuovo modo di determinare il tasso d'interesse legale di mora secondo quanto indicato all'art. 5 del decreto n 231 novellato; questo tasso è stato infatti sensibilmente elevato, per creare un effetto deterrente e contemporaneamente sanzionatorio in caso di comportamenti dilatori da parte dei soggetti debitori. Detto saggio è pari al tasso di riferimento maggiorato di almeno otto punti percentuali⁴¹⁵.

Nella versione originaria del decreto il tasso d'interesse moratorio legale era liberamente derogabile dalle parti, che quindi potevano inserirne nel contratto uno diverso, anche inferiore a quello legale con il solo limite di cui all'art. 7. Dopo le modifiche apportate con il recepimento della *II direttiva* la facoltà di deroga è stata conservata solo per le transazioni commerciali tra imprese. Per quanto riguarda invece le transazioni commerciali tra imprese e pubblica amministrazione, tale tasso è da considerarsi inderogabile, fermo restando comunque la possibilità di fissare un tasso di interesse superiore a quello legale. Nel caso le parti, impresa e P.A., convengano un tasso inferiore, tale previsione sarà nulla e verrà sostituita automaticamente con il tasso legale secondo il meccanismo previsto ex art. 1419 c.c.⁴¹⁶

Oltre agli interessi moratori, il creditore ha diritto, secondo quanto previsto dall'art. 6 del decreto, anche al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte. La direttiva 2011/7/UE segnala al Considerando n. 19 che l'equa riparazione deve ricomprendere sia costi interni, definiti anche amministrativi, da liquidarsi forfettariamente e costi esterni, o aggiuntivi, che il creditore ha incontrato per il ritardo debitore, che vanno oltre l'importo forfettario. Tra i secondi possiamo definire per esempio le spese sostenute dal creditore per aver affidato un incarico a un avvocato o a una società di recupero crediti⁴¹⁷.

Tale dispositivo costituisce una parziale innovazione nel nostro ordinamento, che già conosceva in materia di procedura civile il diritto del creditore al recupero delle spese legali giudiziarie ma non invece il recupero dei costi stragiudiziali dello stesso per il recupero del credito, permettendo alla parte debole di recuperare dei costi che rischiavano di rimanere a

⁴¹⁵ T. PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi*, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento* a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, 2013, pp. 74-75.

⁴¹⁶ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013, pp.100-101.

⁴¹⁷ F. BARTOLINI, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento* a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, 2013, pag. 81.

suo carico e che lo avrebbero costretto ad un'azione di risarcimento danni ex art. 1221 del codice civile⁴¹⁸.

Rispetto al testo del 2002, il legislatore ha inasprito la portata della disposizione in quanto il debitore potrà liberarsi dal pagamento dei costi di recupero se prova che il ritardo che è determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile come in caso di un evento eccezionale e non prevedibile.

I relativi costi non saranno più determinati in base ad elementi presuntivi e sulla base delle tariffe forensi in materia stragiudiziale, ma fissati in un importo forfettario di 40 euro senza che sia necessaria la costituzione in mora. Si tratta secondo quanto previsto dal Considerando n. 19 della *II direttiva* dei c.d. costi interni o amministrativi, ossia quelli sostenuti dall'organizzazione del creditore per provare a recuperare il credito scaduto. Il creditore non è obbligato a dimostrare di aver effettivamente sostenuto queste spese e nemmeno è tenuto a definirne l'esatto importo; tuttavia se i costi interni superano l'importo forfettario ha la facoltà di dimostrarne i costi effettivamente sostenuti secondo i principi generali⁴¹⁹.

Tale esenzione agevola il creditore-contraente debole e conferma il carattere sanzionatorio del risarcimento; il creditore infatti potrebbe anche non aver sostenuto tale costo o comunque averne sopportato uno inferiore, senza contare che gli interessi ex art. 5 corrisposti in misura superiore a quanto stabilito per legge avrebbero già di fatto conferito un adeguato ristoro al creditore⁴²⁰.

Oltre a detti costi il secondo comma dell'art. 6 statuisce la possibilità di provare il maggior danno che può comprendere i costi di assistenza per il recupero del credito, ossia inglobando in esso anche i c.d. costi esterni. E' bene sottolineare che il maggior danno non può identificarsi con i costi esterni, questi infatti ne sono parte ma non si esauriscono con esso⁴²¹.

Tali costi, che sono ulteriori a quelli interni, derivano dall'incarico che il creditore conferisce a soggetti esterni alla propria organizzazione, connesso al recupero del credito rimasto inadempito. Il loro risarcimento è subordinato alla dimostrazione del loro effettivo esborso da parte del creditore, attraverso l'esibizione di fatture e documenti vari; ovviamente sono

⁴¹⁸ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, pag. 113.

⁴¹⁹ F. BARTOLINI, in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento* a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, 2013., pp. 82-83.

⁴²⁰ V. PANDOLFINI, ult. op. cit. pag.113.

⁴²¹ F. BARTOLINI, ult. op. cit., pag. 85.

risarcibili solo i costi che non appaiano eccessivi e pretestuosi rispetto all'importo del credito seguendo il principio di ragionevolezza previsto all'art. 6 della *II direttiva*⁴²².

Il maggior danno può consistere anche nel danno da svalutazione monetaria che il ritardo del pagamento può provocare sul patrimonio del creditore e può essere risarcito solo se il creditore fornisce la prova dell'imputabilità colposa del ritardo in capo al debitore⁴²³ come previsto dall'art. 3 del decreto e seguendo l'orientamento giurisprudenziale dell'art. 1224 c.c. secondo comma che prevede di calcolare gli interessi sulla somma originariamente dovuta e di liquidare il danno quantificando l'ammontare complessivo al netto degli interessi legali dovuti⁴²⁴.

Le parti possono liberamente accordarsi per elevare le misure a protezione del creditore ma è bene precisare che sono nulle quelle clausole che intervengono "in negativo" diminuendo di fatto la tutela a favore del creditore ai sensi di quanto previsto dall'art. 7 del decreto.

La caratteristica saliente della disciplina sui ritardi di pagamento è rappresentata comunque dalla nullità degli accordi derogatori prevista dal decreto n. 231 del 2002 e successivamente aggiornata con l'intervento nel 2012 che ha introdotto alcune novità che, pur se d'impatto non sconvolgente, modificano l'impianto regolatore originario.

La norma si inserisce nella tendenza della recente legislazione comunitaria a derogare con sempre più frequenza il tradizionale principio privatistico che correttezza e buona fede hanno rilevanza solo sotto il profilo della responsabilità e non sulla validità dell'atto. L'espressione più significativa di tale tendenza l'abbiamo ravvisata nell'art. 9 della Legge n. 192/1998 sulla subfornitura industriale, che assoggetta il contratto ad un controllo sostanziale, al fine di tutelarne l'equilibrio economico e giuridico⁴²⁵. Abbiamo già ribadito che tale norma è applicabile non solo ai rapporti di subfornitura ma a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, assurgendo a principio generale e trasversale. Il tutto a conferma che anche nel nostro ordinamento il controllo dello squilibrio delle condizioni contrattuali non è più elemento eccezionale bensì parte integrante di un nuovo ordine giuridico del mercato, che prevede appunto una limitazione alla libertà di contrarre⁴²⁶.

⁴²² V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, pp.115-116.

⁴²³ Sentenza Cassazione 16 giugno 2006, n. 13923.

⁴²⁴ Sentenza Cassazione S.U. n. 5299/1990.

⁴²⁵ V. PANDOLFINI, *ult. op. cit.*, pag. 125.

⁴²⁶ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in Banca borsa e titoli di credito, 1997, I, pag. 16.

L'art. 7, attraverso la determinazione dell'accordo gravemente iniquo, prevede di reprimere l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore introducendo un limite all'autonomia privata⁴²⁷; nello specifico, si vuole evitare che il creditore debole sia indotto ad accettare tempi lunghi di pagamento da parte di un debitore forte, o comunque meno debole di lui. Ogni qualvolta la pattuizione si presenta come il frutto di un abuso del potere contrattuale del debitore, si danneggia non solo il creditore, ma indirettamente anche il buon funzionamento del mercato interno.

L'intervento del legislatore comunitario è infatti finalizzato non solo a proteggere la categoria di creditori "deboli", ma anche ad intervenire sul corretto svolgimento del mercato unico, cercando di correggerne le eventuali distorsioni dello stesso, prodotte dal vantaggio che le imprese possono acquisire imponendo, grazie alla loro forza economica, termini di pagamento eccessivamente dilazionati nel tempo⁴²⁸.

La disciplina prevista con il recepimento della *I direttiva*, avendo carattere dispositivo e suppletivo, era destinata a trovare applicazione solo se le parti non disponevano diversamente nel contratto e conteneva un unico limite generale all'autonomia delle parti attinente ai termini di pagamento e agli interessi moratori diversi da quelli legali⁴²⁹.

Il contenuto, richiamato da entrambe le direttive, trae spunto dal concetto di "gross disparity" previsto dai *Principi Unidroit* dei contratti commerciali internazionali, che prevede infatti di annullare il contratto qualora vi fossero degli squilibri tra le obbligazioni delle parti, che attribuiscono all'altra parte un eccessivo vantaggio⁴³⁰ e dal concetto di "gross unfair" previsto dai *Principles of European Contract Law*, che attribuisce il diritto di rettifica del contratto nel caso in cui una parte approfitti, in modo eccessivamente scorretto, della situazione di difficoltà o di dipendenza in cui versi l'altra⁴³¹.

La formula utilizzata dal legislatore italiano con il decreto n. 231/2002 era però ancorata a molteplici criteri, si arrivava pertanto ad un giudizio di equità attraverso un sentiero troppo accidentato, che assemblava criteri oggettivi ed esterni al contratto (corretta prassi commerciale, rapporti commerciali tra contraenti) a criteri interni (natura della merce o dei

⁴²⁷ Vedi Considerando n. 28 della direttiva 2011/7/UE, nel testo indicato con l'abbreviazione II Direttiva.

⁴²⁸ Vedi Considerando n. 10 e n. 19 della direttiva 2000/35/CE, nel testo indicata con l'abbreviazione I Direttiva.

⁴²⁹ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013, pp. 120-121.

⁴³⁰ Art. 3.10 dei *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* – confrontare VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Rivista Diritto Privato*, 1999, pp. 40 ss.

⁴³¹ Art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law* – confrontare ALPA, *Il Codice civile europeo: "e pluribus unum"*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1999, pag. 695.

servizi, condizioni dei contraenti) o infine a criteri residuali (ogni altra circostanza). Alcuni autori hanno accostato il giudizio di equità al concetto di ragionevolezza richiamato nei *Principi di diritto europeo dei contratti* predisposti dalla Commissione Lando, visto che il contenuto dell'art. 7 comma 1 è del tutto simile a quanto indicato in detti principi⁴³².

Accanto alla fattispecie generale il legislatore prevedeva al secondo comma due tipologie di accordi derogatori iniqui e quindi nulli: «l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore» e «l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento a esso concessi».

Per quanto riguardava il terzo comma, il legislatore descriveva come il giudice fosse chiamato ad una valutazione prevalentemente oggettiva: termini più brevi e interessi moratori più bassi giustificavano una deroga rispetto alla disciplina legale, salvando l'accordo dalla nullità, mentre la mancanza di ragioni oggettive che legittimassero una deroga portavano ad iniquità e quindi rendevano l'accordo nullo.

Con la *II Direttiva* non solo viene confermato il contrasto dell'abuso della libertà contrattuale ma si pone l'attenzione sulle clausole contrattuali ingiustificate, ossia quelle che si discostano gravemente dalla prassi commerciale o siano in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, portando inevitabilmente ad iniquità a danno del creditore⁴³³.

L'art. 7, modificato a seguito del recepimento della *II Direttiva* con il decreto n. 192/2012, identifica i confini degli accordi derogatori in modo più preciso e più ampio. L'accertamento della grave iniquità è stato reso più facile grazie ad una migliore precisazione delle circostanze che il giudice può identificare ai fini della possibile nullità⁴³⁴.

Nel nuovo testo, la riconduzione ad equità è scomparsa ed ogni suo riferimento va inteso non in senso tecnico, ex art. 1374 c.c., bensì come implicito richiamo all'abuso della libertà contrattuale, al fine di controllare l'esercizio della libertà contrattuale e dare pieno sviluppo a un regime di mercato concorrenziale. Il contrasto delle clausole “gravemente inique” è esercitato, non con la tradizionale norma imperativa, che risulterebbe troppo restrittiva dell'autonomia privata, bensì attraverso il controllo della deroga al diritto dispositivo. La

⁴³² A. M. BENEDETTI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013, pp. 90-91.

⁴³³ Vedi Considerando n. 28 della direttiva 2011/7/UE, nel testo indicata con l'abbreviazione II Direttiva.

⁴³⁴ A. M. BENEDETTI, ult. op. cit., pag. 96.

libertà di deroga è quindi ammessa ma deve essere al di sotto di una certa soglia di ragionevolezza, oltre la quale diverrebbe abusiva⁴³⁵.

Infine, l'art. 8 prevede uno strumento di tutela collettivo, nei confronti degli accordi "gravemente iniqui" precedentemente descritti, in capo alle associazioni di categoria dei creditori-imprenditori presenti nel CNEL. Tali enti hanno acquisito, col passare del tempo, sempre più rilevanza vista la particolare vulnerabilità e asimmetria informativa che caratterizza del singolo imprenditore. L'azione individuale proposta dal singolo consente infatti alle aziende di grandi dimensioni di ridurre gli effetti negativi del contenzioso e massimizzare invece quelli positivi grazie ad accordi su vasta scala. L'azione inibitoria collettiva costituisce un rimedio generale e di preventivo, che colma l'inadeguatezza del nostro sistema risarcitorio a garantire l'immediata cessazione di un'attività illecita e la reintegrazione dell'interesse violato.

L'esempio più rilevante di tale tecnica di tutela, introdotta nel nostro ordinamento in attuazione della direttiva 93/13/CE, è costituito dagli art. 37 e 140 del Codice del consumo. Il legislatore si è infatti ispirato a modello che disciplina le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, prevedendo uno schema binario di tutela. Accanto all'azione del singolo, che resta titolare dei diritti fondamentali enunciati dalla legge, si affianca il controllo collettivo dell'ente esponenziale, che può concretizzarsi in un ordine inibitorio all'utilizzo da parte del debitore di clausole di cui sia stata accertata la "grave iniquità"⁴³⁶.

⁴³⁵ V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012*, n. 192, Torino, 2013, pp. 134-135.

⁴³⁶ V. PANDOLFINI, *ult. op. cit.*, pp. 160-161.

CONCLUSIONI:

LA TUTELA DELL'IMPRENDITORE DEBOLE

Dall'analisi delle varie discipline adottate dal legislatore a tutela dell'imprenditore debole possiamo constatare una proliferazione di norme che impongono oneri formali e di contenuto minimo del contratto⁴³⁷. L'obbligo di forma e la previsione di un contenuto minimo, però, non possono che essere considerate come due facce della stessa medaglia, essendo l'una funzionale all'altra⁴³⁸.

Ne sono di esempio la forma scritta, pena nullità, e l'indicazione di specifici elementi che abbiamo potuto riscontrare nel capitolo dedicato al contratto di subfornitura e in quello che descrive il franchising. In quest'ultimo caso, per la verità, la *disclosure* è ulteriormente accentuata dagli stringenti obblighi informativi richiesti nella fase precontrattuale.

La logica di protezione del contraente debole ha portato pertanto a questo stringente formalismo che presenta sia aspetti positivi che negativi; da un lato contribuisce a garantire una maggiore trasparenza, intesa come corretta informazione sulle opportunità del contratto⁴³⁹ a garanzia di una scelta consapevole, ma dall'altro rischia di invischiare i rapporti commerciali tra le imprese imponendo costi aggiuntivi e ritardandone di fatto le contrattazioni⁴⁴⁰.

La forma, che assume una finalità di protezione fungendo da strumento di riequilibrio delle parti, non è soltanto un meccanismo per attirare l'attenzione sul regolamento contrattuale⁴⁴¹, ma rappresenta anche un importante veicolo di informazioni⁴⁴² soprattutto se in quest'ultimo è previsto un contenuto minimo al quale attenerci: si pone quindi il problema di dare rilevanza ad un'eguaglianza non più solo formale ma anche sostanziale⁴⁴³.

Tutti questi strumenti di protezione consentono di prevedere un controllo anticipato sui futuri termini dell'accordo, dando la possibilità al contraente debole di intervenire al fine di evitare

⁴³⁷ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pag. 185.

⁴³⁸ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Riv. Dir. Priv., 2001, pag. 772 e ss.

⁴³⁹ F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma del nuovo diritto dei contratti*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2001, pag. 416

⁴⁴⁰ F. DI MARZIO, ult. op. cit., pag. 395 e ss.

⁴⁴¹ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, pag. 76.

⁴⁴² E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 2005, pag. 571.

⁴⁴³ F. DI MARZIO, ult. op. cit., pag. 414.

la predisposizione di condizioni contrattuali squilibrate. Si materializza pertanto un principio di proporzionalità che va oltre il semplice rispetto dei contenuti minimi e si estende, attraverso il c.d. neoformalismo, a concepire la forma non più come solo *vestmentum* dell'atto ma anche come strumento e veicolo di informazioni⁴⁴⁴.

È importante rilevare che tali linee di intervento non sono da considerarsi proprie di alcune discipline a tutela degli imprenditori deboli, ma fanno parte anche degli oneri di forma previsti nei contratti dei consumatori (e non solo)⁴⁴⁵, ambito dove la *disclosure* si rileva di fondamentale importanza. Il fenomeno pertanto non deve essere visto come una forma di tutela ad hoc prevista per l'imprenditore debole ma è da collocare in un panorama più ampio denominato "neoformalismo negoziale" che contraddistingue l'evoluzione dell'intero diritto dei contratti.

Altro strumento di tutela a favore dell'imprenditore debole è la nullità, che può essere utilizzata per sanzionare l'abuso del potere contrattuale della parte forte o per lo meno per il mancato rispetto di specifiche disposizioni previste dalla legge. Lo schema tradizionale di nullità è quello previsto dal codice all'art. 1421 e seguenti ma potrebbe anche assumere le vesti di nullità parziale, invalidando solo alcune clausole e preservando l'intero contratto. Ne sono di esempio i casi previsti dagli articoli 3, 6 e 9 della legge sulla subfornitura oppure l'art. 7 della disciplina sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali.

In questi casi la parte restante del contratto resterebbe salva, in deroga a quanto previsto dall'art. 1419 comma 1, tutelando così la parte debole che altrimenti, in applicazione delle disposizioni generali vedrebbe invalidato l'intero contratto. Si tratterebbe nello specifico di attenuare la nullità procedendo ad una soppressione delle sole clausole che si rivelano abusive dando allo stesso tempo conferma al regolamento contrattuale.

Analizzando il tutto dal punto di vista tradizionale si potrebbe considerare che le ipotesi di nullità parziale siano viste come eventi eccezionali ammessi solo nei casi previsti dalla legge.

⁴⁴⁴ F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, pag. 407.

⁴⁴⁵ Le disposizioni che prevedono obblighi informativi al di fuori dei contratti tra imprenditori possono essere sintetizzate nei seguenti articoli inseriti nel Codice del consumo: art. 5 comma 3 su obblighi generali dell'informazione da fornire ai consumatori; art. 47 in merito al diritto di recesso da fornire per iscritto nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali; art. 52 sul contenuto minimo di informazioni da fornire prima della conclusione del contratto e successivamente in fase di stipula nei contratti a distanza; art. 67 quater e ss. in merito ad una serie di obblighi informativi in merito ai contratti commerciali a distanza di servizi finanziari ai consumatori; art. 70 sui documenti informativi da consegnare ad ogni persona che chieda informazioni su un immobile nei contratti di timesharing; art. 87 con le informazioni generali da fornire nel corso delle trattative e in fase di conclusione dei contratti nella vendita di pacchetti turistici. Al di fuori del Codice del consumo possiamo citare l'art. 117 del d. lgs. n. 385/93 nell'ambito dei contratti bancari oppure l'art. 7 del d.lgs. n. 70/03 con gli obblighi informativi precontrattuali previsti in materia di commercio elettronico.

Con l'evoluzione dell'ordinamento, non possiamo più concepire la nullità totale e parziale come un rapporto dicotomico di regola-eccezione, ma sono da considerare come veri e propri strumenti di tutela alternativi che vengono utilizzati in base agli interessi concreti del momento⁴⁴⁶.

Non dobbiamo però dimenticarci di menzionare i casi di intervento più complessi, in cui alla nullità si aggiunge una decisione del giudice atta a riequilibrare il regolamento contrattuale. Come abbiamo potuto constatare precedentemente è quanto accade nei casi di abuso di dipendenza economica che spesso prevedono l'intervento del giudice per ricondurre il contratto ad equità anche rimodulando gli elementi essenziali del contratto oppure secondo quanto previsto dall'art. 7 della disciplina del ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali.

Nella maggior parte dei casi la nullità è da associarsi alla legittimazione relativa, dato che la disciplina generale prevista dall'art. 1421 c.c., operando a favore di chiunque ne possa avere interesse, finirebbe per essere utilizzata dalla parte forte per invalidare l'intero contratto danneggiando in questo modo il contraente debole.

La crescente diffusione, favorita dalla disciplina comunitaria, impone pertanto l'abbandono della concezione tradizionale in favore della già citata visione dicotomica basata sulla finalità che la norma punta a garantire. Se infatti l'interesse perseguito è particolare, escludendo pertanto un generale interesse del mercato, l'applicazione della legittimazione relativa è preferibile salvo che il giudice non intervenga d'ufficio⁴⁴⁷ ma comunque sempre a favore della parte debole. Con la legittimazione assoluta, estesa a chiunque ne possa avere interesse, si finirebbe per attribuire alla parte forte uno strumento per "disfarsi" del vincolo contrattuale a danno della parte debole.

Anche tali tecniche, come si può notare in relazione agli obblighi di forma e contenuto, non sono una caratteristica peculiare dei contratti tra imprenditori, essendo molto diffuse anche nelle discipline a tutela dei consumatori e dei risparmiatori. Possiamo pertanto affermare che l'evoluzione del modo di concepire la nullità degli ultimi anni non è identificabile solo con le innovazioni che hanno caratterizzato le forme contrattuali tra imprenditori, quanto piuttosto come cambiamento fisiologico e generalizzato che ha contraddistinto questo strumento di invalidità.

⁴⁴⁶ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, pag. 158.

⁴⁴⁷ Un tempo la rilevanza d'ufficio nei casi di legittimazione relativa è stata discussa dalla dottrina in quanto considerata incompatibile. In tal senso la sentenza di Cassazione n. 590 del 14.02.1975, in *Giur. It.*, 1976, I, c.1204.

La nullità è nata infatti come tecnica di tutela di interessi generali e, col passare del tempo, è diventata uno strumento di tutela di interessi particolari: la c.d. nullità di protezione, strumento per reprimere gli abusi a danno del contraente debole⁴⁴⁸ e per sanzionare la violazione di norme imperative di protezione o contrarie all'ordine pubblico⁴⁴⁹.

Tali nullità, come abbiamo avuto modo di analizzare nel capitolo secondo, avrebbero caratteristiche peculiari rispetto a quelle indicate nel codice civile. Queste ultime infatti la renderebbero inappropriata all'esigenza di tutela del contraente debole⁴⁵⁰ proprio perché parziale e relativa.

Discostandosi dalla visione tradizionale, la nullità di protezione non sarebbe nemmeno un rimedio sanzionatorio e demolitorio, quanto piuttosto conformativo. La previsione di forme integrative legali e la possibilità conferita al giudice di intervenire sul regolamento contrattuale hanno infatti l'obiettivo di rimodellare l'accordo, garantendo la più efficace ed appropriata realizzazione del regolamento di interessi perseguito⁴⁵¹.

Il procedimento di revisione che ha coinvolto la nullità, ma anche l'autonomia privata e il contratto, fa preferire parlare di questo istituto al plurale visto che, constatando l'avvenuta frammentazione della categoria in una pluralità di modelli⁴⁵², le caratteristiche che lo caratterizzano sarebbero diverse a seconda delle esigenze a cui la stessa deve rispondere.

Un altro elemento comune, rilevato nelle varie discipline a tutela dell'imprenditore debole, sarebbe la presenza di norme che introducono forme di controllo del regolamento contrattuale. Da una parte, queste disposizioni escludono a priori l'inserimento di determinate clausole: è questo il caso dell'art. 6 della legge sulla subfornitura. Da un'altra parte consentono ex-post al giudice un sindacato sul regolamento contrattuale predisposto dalle parti. Ne sono di esempio l'art. 9 sempre in materia di subfornitura oppure nell'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002 che disciplina i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali.

L'abuso di dipendenza economica, pur rivestendo un ruolo centrale nell'ottica di tutela riservata all'imprenditore debole, non sembrerebbe finalizzato a tutelarlo in quanto tale, quanto piuttosto per il fatto di considerarlo contraente debole. Tale affermazione risulterebbe «espressione di un principio generale del sistema applicabile a tutte le ipotesi in cui una parte

⁴⁴⁸ F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in Riv. Dir. Priv., 2005, pag. 862.

⁴⁴⁹ G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, pag. 1338 e ss.

⁴⁵⁰ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, pag. 20.

⁴⁵¹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, Riv. Dir. Civ., pag. 464.

⁴⁵² V. SCALISI, *Nullità e inefficacia del sistema europeo dei contratti*, in Eur. Dir. Priv., 2001, pag. 490.

versi nelle medesime condizioni di debolezza pur senza essere imprenditore e ciò in sintonia con il principio di eguaglianza che rimarrebbe travolto ove si desse un'interpretazione della norma limitata ai soggetti imprese»⁴⁵³.

Inoltre, la disposizione in esame, trascenderebbe i rapporti tra imprese, attingendo come presupposto per la sua applicazione il comportamento contrario a buona fede e l'irragionevole sperequazione tra le prestazioni delle parti⁴⁵⁴. L'art. 9 della subfornitura risulterebbe inoltre espressione della figura dell'abuso di diritto, che ricollega le condizioni contrattuali gravose o discriminatorie ad una vera e propria violazione del principio costituzionale di proporzionalità, presupposto che prescinde dalla qualifica soggettiva che rivestono le parti.

Per quanto riguarda le disposizioni contenute nella disciplina dei ritardi dei pagamenti, le perplessità risulterebbero più marcate. L'applicazione della stessa, nel suo complesso, non prevede l'accertamento della debolezza dell'imprenditore, ma lo ricollega al semplice fatto che si trova ad essere il titolare del diritto di credito. In questo modo la disciplina potrebbe essere utilizzata a favore del soggetto c.d. forte, perdendo la peculiarità di disciplina prettamente favorevole ad un contraente debole. Se ne conclude che la stessa mira essenzialmente alla tutela del mercato⁴⁵⁵.

Un discorso più articolato va fatto in relazione all'art. 7 della stessa disciplina. Tale norma, almeno apparentemente, non impone nessuna verifica sull'esistenza di una condizione di debolezza e di un successivo sfruttamento della stessa da parte del soggetto forte, ma attraverso un'analisi accurata della disciplina si potrebbe ipotizzare, in base a quanto previsto dalla Direttiva, che il giudice sia chiamato comunque ad esprimere una valutazione.

La predisposizione di un contratto particolarmente sfavorevole potrebbe essere un indice dell'esistenza di una situazione di particolare debolezza di una parte ed un eventuale abuso perpetrato dalla parte dotata di maggior potere contrattuale. Sarebbe proprio questo elemento che porterebbe a far dubitare che la finalità della norma sia quella di tutelare la parte debole, facendo pertanto prevalere come *ratio legis* l'esigenza di tutelare il mercato.

Pur trattandosi di una disciplina potenzialmente favorevole al soggetto debole, anche in questo caso, come precedentemente visto nell'abuso di dipendenza economica, l'art. 7 opera a

⁴⁵³ E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pag. 384.

⁴⁵⁴ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, pag. 231.

⁴⁵⁵ V. PANDOLFINI, *La nuova norma sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, pag. 58.

prescindere dalle situazioni soggettive delle parti. La disposizione, seguendo il principio di proporzionalità, opera in un ambito più vasto di quello dei rapporti tra imprenditori e proprio per questo motivo sarebbe difficile considerare questa “inclinazione” a proteggere il soggetto debole come indice sufficiente ad avvalorare la tesi dell’esistenza di un corpus normativo organico e unitario.

Anche se distanti dalla costruzione di un unico edificio con le macerie disseminate nella terra di mezzo del terzo contratto, possiamo comunque analizzare l’evoluzione del nuovo modo di concepire il contratto.

Le forme di controllo del regolamento negoziale, in passato da considerarsi eccezionali⁴⁵⁶ e patologiche⁴⁵⁷, hanno col passare degli anni, e sotto la spinga propulsiva del diritto comunitario, trovato sempre più diffusione. Non sono più da considerarsi delle eccezioni, ma opzioni coerenti con l’ordinamento. Il legislatore lascia alle parti la possibilità di autoregolamentare i propri interessi pur riservandosi su quest’ultime il controllo delle loro manifestazioni di autonomia.

Il contratto, a differenza della visione del legislatore del 1942, è stato sottoposto a limiti e controlli che di fatto hanno attenuato la libera manifestazione della volontà delle parti. Si è cercato inoltre di perseguire finalità superiori a quelle proprie dei privati.

La dottrina comunitaria sembra spostarsi nella direzione di riconoscere una tutela del contraente debole tout court, senza attuare una distinzione tra consumatore e imprenditore debole. È una prospettiva nuova, supportata dai *principi Unidroit*⁴⁵⁸, che richiamano tra le cause di invalidità del contratto la “gross disparity”, e i *Principi del diritto europeo dei contratti* predisposti dalla Commissione Lando.

Di riflesso, nel nostro ordinamento, pur non essendo tali principi ancora vincolanti, sembra emergere comunque il principio generale che la parte forte non debba abusare del maggior potere contrattuale a danno della parte debole. Si profilerebbe il c.d. “abuso di autonomia privata”⁴⁵⁹, situazione che si verificherebbe quando i soggetti oltrepassano il limite di meritevolezza di tutela, giustificando l’intervento correttivo.

⁴⁵⁶ V. PANFOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, pag. 58.

⁴⁵⁷ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, pag. 780.

⁴⁵⁸ F. VOLPE, *I principi Unidroit e l’eccessivo squilibrio del contenuto patrimoniale (Gross Disparity)*, in Riv. Dir. Priv., 1999, I, pag. 49 e ss.

⁴⁵⁹ D’AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il Terzo Contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, pag. 68.

Bisogna comunque rilevare che tale intervento si giustificerebbe solo in presenza di una situazione di debolezza di una delle parti, in modo da non intaccare troppo l'autonomia privata, pur attuando principi costituzionali come l'eguaglianza⁴⁶⁰.

La critica a tale tesi innovativa ritiene invece che il controllo sia ammesso solo se espressamente previsto dalla legge, rifiutando l'estensione analogica di norme (i *principi Unidroit* e i PECL), da considerarsi eccezionali⁴⁶¹. Alcuni giuristi ritengono la tutela del contraente debole non estendibile ad ogni situazione di debolezza negoziale, specificando che quest'ultima ha comunque dei confini ben definiti⁴⁶². Inoltre, la diversità tra i contraenti dovrebbe essere un elemento ineluttabile e la repressione di tali abusi dovrebbe rimanere circoscritta a quanto previsto dal legislatore, la creazione di un principio che dà la possibilità al giudice di poter entrare discrezionalmente nel gioco contrattuale rischierebbe di svuotare l'autonomia contrattuale⁴⁶³.

Altre voci in dottrina rilevano l'esistenza nel nostro ordinamento del principio di giustizia contrattuale, supportando la tesi che i rapporti contrattuali debbano rispecchiare determinati canoni di equità che limitano l'autonomia privata, a prescindere dalla qualificazione soggettiva delle parti e dallo sfruttamento di eventuali posizioni di forza.

La giustizia contrattuale mira a conferire all'accordo tra le parti la capacità di realizzare una determinata composizione di interessi in gioco e permettere di determinare tra i termini dello scambio un rapporto di proporzionalità. Tale principio avrebbe la funzione di correggere squilibri che si verificano nella pratica sostenendo quelle posizioni giuridiche soggettive che presentano un maggior grado di debolezza. Sarebbe inoltre uno strumento essenziale per raggiungere l'uniformità giuridica tra i diritti degli Stati membri della comunità⁴⁶⁴.

E proprio in merito al perseguimento di questa uniformità, da attuare con lo strumento della proporzionalità, crediamo sia giunto il momento di porci la fatidica domanda: l'analisi svolta tra le discipline riguardanti la tutela dell'imprenditore debole permette di costruire in blocco una categoria normativa omogenea chiamata terzo contratto?

⁴⁶⁰ C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, pag. 321.

⁴⁶¹ M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2008, pp. 33 e ss.

⁴⁶² A. P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, pag. 99.

⁴⁶³ A. M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, in *I ritardi di pagamento nei contratti* di De Nova – De Nova, Milano, 2003, pag. 138.

⁴⁶⁴ F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, pag. 318.

La risposta è negativa, anche se non si può negare che le discipline abbiano una certa organicità e siano particolarmente favorevole nei confronti dell'imprenditore debole, soprattutto se raffrontate con quelle degli altri paesi europei.

È abbastanza facile constatare, invece, che gli indici di esistenza del terzo contratto siano piuttosto eterogenei. Lo dimostra lo stesso abuso di dipendenza economica, concepito dalla più recente dottrina comunitaria non più come strumento a tutela dell'imprenditore, ma come disposizione a tutela del contraente debole *tout court*.

Accomunare l'imprenditore debole al consumatore e al risparmiatore sono comunque semplici linee di intervento comuni per soggetti che rivestono la medesima posizione di contraenti debole. Non dobbiamo pensare sia possibile concepire, realizzando una sorta di astrazione concettuale⁴⁶⁵, una categoria unitaria dei contratti asimmetrici.

Gli elementi che farebbero supporre l'esistenza di una tale "super-categoria" sarebbero la presunta identità di ratio di tutela del contraente debole, l'utilizzo della forma *ad substantiam*, gli obblighi di informazione, l'utilizzo di forme di controllo per ristabilire l'equilibrio contrattuale, il ricorrente collegamento al principio di buona fede e infine la tendenza dottrinale europea desumibile dai *principi Unidroit* e PECL che innalzano la figura del contraente debole *tout court* a dominus della situazione al posto dell'imprenditore.

Innegabilmente ci troviamo di fronte a soggetti con minor potere contrattuale rispetto alla controparte, ma si ritiene sia preferibile mantenere una distinzione tra contratti dei consumatori e contratti tra imprenditori dal momento che sussistono significativi elementi di distinzione. Ne sono esempio le modalità di contrattazione, il tipo di asimmetria, le ragioni dell'intervento di tutela e infine i parametri per la sua valutazione⁴⁶⁶.

I contratti dei consumatori sono il frutto di una contrattazione di massa dove, nella maggioranza dei casi, manca una vera e propria trattativa. Emerge il regolamento contrattuale predisposto dal professionista e il rapporto si esaurisce in un'unica operazione. Nelle relazioni tra gli imprenditori invece l'accordo è preceduto da lunghe trattative che sono il prodromo di rapporti più complessi che sono destinati a durare nel tempo⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2005, pag. 549.

⁴⁶⁶ G. AMADIO, *Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, pag. 16 e ss.

⁴⁶⁷ C. CAMARDI, *ult. op. cit.*, pag. 557.

L'asimmetria che grava sul consumatore è di tipo informativo, mentre per l'imprenditore è di tipo economico, spesso riconducibile alle modalità di coordinamento attuato tra le imprese. Nel franchising infatti «l'asimmetria si annida fisiologicamente tra i nodi della rete... tutte le volte in cui le singole imprese accedono alla rete con investimenti, inevitabilmente "dedicati" e... si trovano poi costrette a procedere in flotta: esse lavorano per la rete e non per il mercato, e fuori rete non hanno mercato»⁴⁶⁸.

Infine ci troviamo a rimarcare nuovamente la mancanza di un'identità di ratio tra la disciplina del consumatore, che attribuisce rilevanza ad una qualifica soggettiva di quest'ultimo, soggetto inesperto, scarsamente informato e contrattualmente debole, e quelle riguardanti le varie discipline inerenti la tutela dell'imprenditore debole.

Tuttavia, l'aver negato l'esistenza di una categoria normativa unitaria non ci deve indurre a pensare che il nostro lavoro sia stato vano.

L'individuazione di elementi comuni nelle varie legislazioni speciali, ci porta a rielaborare le nuove tendenze del diritto dei contratti che, da una parte introducono strumenti nuovi di protezione, e dall'altra utilizzano quelli tradizionali per perseguire esigenze nuove⁴⁶⁹. Si arresta, in questo modo, quel processo di "frantumazione" che ha subito la disciplina generale per opera delle nuove discipline speciali negli ultimi anni.

A questo punto è quasi naturale tirare le somme e porci un'ulteriore domanda. Alle diverse figure di imprenditore debole che abbiamo analizzato possiamo attribuire una tutela reale o fittizia?

Prima di dare una risposta definitiva, dobbiamo constatare che il legislatore per fronteggiare situazioni con caratteristiche simili ricorre a tecniche di tutela diverse e non sempre puntualmente efficaci.

Nel franchising, per esempio, sono utilizzati numerosi strumenti di protezione, che però dobbiamo considerare più formali che sostanziali. L'affiliato, infatti, è messo nelle condizioni di scegliere se concludere o meno il negozio ma gli obblighi informativi si rivelano inadeguati se non supportati da precise forme di controllo del contenuto contrattuale.

⁴⁶⁸ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e ei rapporti "reticolari"*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2005, pag. 565.

⁴⁶⁹ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in Riv. Dir. Priv., 2001, pag. 87.

Nella subfornitura, invece, le carenze inerenti gli obblighi di *disclosure* non impediscono comunque di ottenere un'adeguata tutela, vista la presenza di forme di controllo sostanziali che si possono esercitare ex-ante ed ex-post sul contenuto dell'accordo.

In altri casi, come nel contratto di agenzia, ci troviamo di fronte ad una forma di tutela non pienamente soddisfacente.

Pertanto, la nostra risposta all'ultimo quesito non può altro che confermare l'attribuzione di una tutela non pienamente sostanziale.

La tutela dell'imprenditore debole si rivela infatti per certi aspetti non completamente adeguata, spesso insufficiente e comunque parziale. In altri casi rischia di essere anche contraddittoria, dato che situazioni simili finiscono per essere affrontate con strumenti differenti.

Una soluzione, per restituire coerenza al sistema, potrebbe essere quella di ricorrere allo strumento dell'interpretazione analogica al fine di "smussare" forme di differenziazione che paiono del tutto irragionevoli.

Nasce l'esigenza a questo punto di rispondere ad un ulteriore quesito che però esula dalla nostra trattazione. Ci troviamo di fronte ad una precisa scelta del legislatore che ha preferito non conferire una certa organicità alle discipline analizzate, oppure dobbiamo pensare che questo disomogeneità rappresenti un'assenza di disciplina e quindi una vera e propria lacuna? Sarà compito degli interpreti rispondere a questa domanda attraverso l'analisi del contesto per mezzo del quale viene manifestato l'atteggiamento silente e il tasso di coerenza sistematica delle diverse soluzioni possibili⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, pag. 427.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010.

ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e Diritto Privato*, fascicolo 4, 1999, pp. 1179-1220.

AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in AA. VV., *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, pp. 20 e ss.

ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, fascicolo 1, pp. 1-22.

ASTONE, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, in *La subfornitura*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pp. 85-116.

AULETTA - SALANITRO, *Diritto commerciale*, a cura di A. Mirone, XIX edizione, Milano, 2012

BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali* in AA. VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, pp. 297 e ss.

BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, fascicolo 1, pp. 33-58.

BARCELLONA M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 524 e ss.

BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium Iuris*, 2008, fascicolo 4, pag. 421-433.

BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (a cura di L. Garofano), I, Padova, 2003.

BENEDETTI A.M., *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, in *I ritardi di pagamento nei contratti* di De Nova – De Nova, Milano, 2003, pp. 178 e ss.

BENEDETTI A.M., *L'ambito applicativo*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2003, pp. 1 e ss.

BENEDETTI – BARTOLINI – PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013.

BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in AA. VV., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, pp. 213 e ss.

BERTI - GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005.

BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.

- BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000.
- BIN, *Impresa artigiana*, in *Contratto e Impresa*, vol. II numero 1, 1986, pp. 227-260.
- BLANCHARD, *Macroeconomia*, edizione italiana a cura di F. Giavazzi, Bologna, 1998.
- BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999.
- BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2004.
- BORTOLOTTI - BONDANINI, *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, 2003.
- BRANDOLINI, *Il contratto di agenzia nella normativa nazionale, internazionale e comunitaria*, in *Diritto Presente*, collana diretta da G. Cassano, Torino 2010
- CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, pp. 175 e ss.
- CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, vol. III, in *Trattato di diritto Privato*, t. XI, diretto da Rescigno, Torino, 2000, pp. 819 e ss.
- CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Tratto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica*, diretto da Galgano, Padova, 2005, pp. 14 e ss.
- CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e ei rapporti "reticolari"*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2005, fascicolo 4, pp. 549-541.
- CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pp. 377 e ss.
- CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di potere contrattuale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1998, pp. 243 e ss.
- CASTRONOVO - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II, Milano, 2007.
- CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.
- CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009.
- CAVAZZUTI, *Le piccole imprese*, in *Tratt. Galgano*, vol. II, Padova, 1978.
- CERAMI, voce *Agenzia (contratto di)* in *Enciclopedia del Diritto*, I, 1958.
- CERIDONO, *Sub art. 9*, in AA.VV., *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, pp. 429 e ss.
- CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano 2016.
- COASE, *Impresa mercato e diritto*, antologia in lingua italiana, a cura di M. Grillo, Bologna, 1995.

- COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.
- COPPOLA, *La determinabilità dell'oggetto nei contratti con forma scritta "ad substantiam"*, in *Contratti*, 1999, fascicolo 12, pp. 1085-1892.
- CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959
- D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.
- D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il Terzo Contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, pp. 45 e ss.
- DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006.
- DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, pp. 461 e ss.
- DE NICOLA - COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive: il nuovo contratto di subfornitura ex Legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1998.
- DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *I Contratti*, 2004, pp. 761 e ss.
- DE NOVA G., *Nuovi contratti*, Torino, 1990.
- DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Rivista del Diritto Privato*, 1998, pp. 633 e ss.
- DE NOVA G. – DE NOVA S., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.
- DE NOVA G. – LEO – VENEZIA, *Il franchising. Legge 6 maggio 2004, n.129*, Milano, 2004.
- DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, pp. 1 e ss.
- DENOZZA, *Imprese artigiane e decentramento produttivo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1976, fascicolo 1, pp. 810 e ss.
- DENOZZA, *Piccola e media industria*, in *Dizionari di diritto privato*, vol. III a cura di U. Carnevali, 1981
- DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.
- DI MARZIO F., *Riflessioni sulla forma del nuovo diritto dei contratti*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 2001, II, pag. 395 e ss.
- FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.
- FERRARI - LAGHI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2012.
- FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1997, fascicolo 11-12, pp. 843 e ss.

- FRIGNAGNI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012.
- FRISANI, *Il franchising*, in *I contratti di distribuzione*, a cura di G. Cassano, 2006, pp. 557 e ss.
- GALGANO F., *Diritto commerciale, L'imprenditore*, Bologna, 1996.
- GALGANO F., *La riforma dell'impresa*, in *Rivista delle Società*, 1976, pp. 469 e ss.
- GALGANO F., *Proposta per una definizione giuridica della piccola e media impresa*, in AA.VV., in *La piccola e media industria nella crisi dell'economia italiana*, II, Roma, 1975.
- GAMBARO - MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e Impresa*, 2003, pp. 530 e ss.
- GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2004, pp. 2605 e ss.
- GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata e collettiva* a cura di P. Rescigno, Napoli Roma, 2006, pp. 131 e ss.
- GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, fascicolo 3, pp. 671-676.
- GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contratto e Impresa*, 1999, fascicolo 3, pp. 1332-1364.
- GOLFETTO, *Impresa e concorrenza nella nuova economia*, Milano, 2000.
- KLEIN – CRAWFORD – ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contract in Process*, in *89 Journal of Political Economy*, 1978.
- LECCESE, voce *Subfornitura (contratto di)*, in *Digesto delle Discipline Civilistiche, Sezione Commerciale*, XV, Torino, 1998, pp. 781 e ss.
- LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, fascicoli, 2002, fascicoli 7-10, pp. 433-492.
- LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, *Rivista del Diritto Commerciale*, fascicoli 11-12, 2000, pp. 491-533.
- LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rivista del Diritto Civile*, 2000, fascicolo 3, pp. 345-387.
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MAFFEIS, *Art. 9 – Abuso di dipendenza economica*, in *La subfornitura*, a cura di G. De Nova, A. Chiesa, F. Delfini, D. Maffeis, A. Salvadé, Milano, 1998
- MANGIONE, *Abuso di dipendenza economica, servizi pubblici e sanzioni: le modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57*, in *Concorrenza e Mercato*, 2001, pp. 229 e ss.

- MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.
- MAZZIOTTI DI CELSO, *Sub. Art. 9*, in AA. VV., *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, pp. 236 e ss.
- MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, fascicolo 1, pp. 1-20.
- MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2000, fascicolo 2, pp. 216-234.
- MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, fasc. 1, 2008, pp. 8-12.
- MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, fasc. 2, pag. 592-618.
- MUSSO, *La subfornitura*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2003, pp. 466-549.
- NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica, il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.
- NAVARRETTA, *Buona Fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Rivista di Diritto Civile*, numero 5, 2005, pp. 507-538.
- NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999.
- NICOLO', *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, *Rivista del Diritto Commerciale*, fascicoli 5-6, 1956, pp. 111 e ss.
- OSTI, *L'abuso di dipendenza economica* in *Mercato Concorrenza Regole*, fascicolo 1, 1999, pp. 9-57.
- OSTI - PARDOLESI, *Il problema della dipendenza economica*, contenuto in *Atti del convegno ITA*, 7 ottobre 1998.
- PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio ed usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002.
- PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative, un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro Italiano*, 2002, fascicolo 7-8, pp. 2179-2183.
- PANDOLFINI, *La nuova norma sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003.
- PANDOLFINI, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D.lgs. n. 231/02)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, pp. 2414 e ss.
- PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013.
- PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi* in *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento* a cura di Benedetti e Pagliantin, Torino, 2013.
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

- PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2000, fascicolo 3, pp. 389-428.
- POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.
- PORTER, *Competitive Advantage. Creating and sustaining superior performance*, New York, 1985 (trad. It. *Il vantaggio competitivo*, Milano, 1987)
- PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002.
- 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, pp. 639 e ss.
- RINALDI - TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di Sposato e Coccia, Torino, 1999, pp. 124 e ss.
- 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, fasc. 4, pp. 769-790.
- ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011.
- ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?* in *Corriere Giuridico*, 2009, fascicolo 2, pag. 267-282.
- RUSSO, *La nuova disciplina nei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e Impresa*, 2003, fascicolo 1, pp. 445-506.
- SANGIOVANNI, *Il diritto di esclusiva nel rapporto di agenzia*, in *Contratti*, 2014, fascicolo 1, pp. 73-84.
- SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979.
- SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2005, fascicolo 5, pag. 459-488.
- SCALISI, *Nullità e inefficacia del sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Diritto Privato*, 2001, pp. 489 e ss.
- SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006.
- SCHININA, *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura delle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, pp. 382 e ss.
- SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1999, I, pp. 191 e ss.
- TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Varese, 1989.
- VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, in *Ritardi nei pagamenti*, a cura di Stevanato e Venchiarutti, Milano, 2004, pp. 1 e ss.

VETTORELLO, *Il contratto di subfornitura*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, II, Torino, 1995, pp. 1349 e ss.

VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista Diritto di Privato*, numero 1, 2000, pp. 21-50.

VOLPATO, *Concorrenza impresa strategie*, Bologna, 1995.

VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto patrimoniale (Gross Disparity)*, in *Rivista di Diritto Privato*, 1999, I, pp. 40 e ss.

WILLIAMSON, *Economic Organization*, Brighton, 1986 in ID, *L'organizzazione economica, Imprese mercati e controllo politico*, traduzione italiana a cura di L. Lambertini, Bologna, 1991.

ZANELLI, voce *Decentramento produttivo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Comm., vol. IV, Torino, 1989, pp. 229 e ss.