

# Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità

DI CHIARA MEDICI

**AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (AGCM)**, provvedimento del 26 novembre 2016, n. 26251.

## 1. Premessa

Si sono dovuti attendere tre lustri perché l'AGCM rompesse gli indugi e decidesse di esercitare la propria competenza a conoscere dell'abuso di dipendenza economica attribuitale nell'ormai lontano 2001<sup>1</sup>.

Che tale estensione di competenza fosse stata ampiamente caldeggiata – in realtà già all'indomani dell'originaria scelta del legislatore italiano di collocare la figura della dipendenza economica nell'ambito dei contratti –, è circostanza nota<sup>2</sup>; e risente principalmente di due ordini di suggestioni: (i) la soluzione legislativa esaspera la complessità del fenomeno, che intreccia un'accezione privatistica con una concorrenziale (da un lato, definendo l'abuso di dipendenza come

<sup>1</sup> L'art. 11 della Legge n. 57/2001 ha infatti integrato la disciplina dettata dall'art. 9 l. 192/1998, introducendo al comma 3-bis la previsione secondo la quale, «ferma restando l'applicazione dell'articolo 3 della legge 287/90 in materia di abuso della posizione dominante, l'Autorità (ndr della concorrenza e del mercato) può intervenire qualora ravvisi un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato»: periodo da leggere congiuntamente con il precedente comma 1, che ravvisa la dipendenza economica nella capacità di un'impresa di «determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» (con la precisazione che «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»). Nella vasta letteratura che si è occupata del tema di si rinvia a R. Pardolesi, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, atti del convegno Il contratto e le Autorità indipendenti, Università di Brescia, 22-23 novembre 2002; 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. privato», 1998, p. 712. C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in «McR», 1999, p. 9 ss.; R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004 e G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004.

<sup>2</sup> Sul punto si veda diffusamente C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 18; G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, p. 42.

uno squilibrio di diritti e obblighi contrattuali, dall'altro ancorando l'operatività dell'istituto ad un mercato di settore che non offre valide alternative all'impresa dipendente, da valutare sulla base degli elevati costi di commutazione e irrecuperabilità degli stessi, così da ridimensionare l'ampiezza del mercato di riferimento<sup>3</sup>); (ii) l'Autorità antitrust assicurerebbe meglio di qualsiasi giudice l'applicazione della norma, che necessita di strumenti interpretativi – quali la nozione di investimenti specifici, opportunismo, asimmetria informativa, costi di commutazione... – fondati su un'analisi economica sofisticata<sup>4</sup>.

Beninteso, un certo grado di riluttanza poteva risultare men che inaspettato alla luce delle perplessità manifestate, in fase di formulazione legislativa, dalla stessa AGCM, che, considerando la norma relativa alla dipendenza economica «una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali fra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali», aveva suggerito di inquadrare il fenomeno della dipendenza economica nell'ambito della tutela del contraente debole e, quindi, delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti<sup>5</sup>. Ma le perplessità dell'AGCM devono considerarsi superate nella prospettiva di un ampliamento di funzioni dell'Autorità, chiamata – di là dal compito istituzionale di sovrintendere le condizioni di concorrenza del mercato – a nuove funzioni, tra cui quella di garantire che tutti gli operatori abbiano accesso alle stesse opportunità<sup>6</sup>, sul presupposto che l'obiettivo del regolare funzionamento del mercato ben possa essere messo in crisi quante volte si registri un non corretto esercizio delle libertà contrattuali come conseguenza di posizioni diseguali, ossia una perdita di benessere derivante dall'abuso di una posizione di dominio relativo.

Superata la preclusione all'intervento dell'AGCM sul regolamento contrattuale, in presenza di un'incidenza sulle regole del mercato – come confermato, peraltro, dalla più recente estensione delle competenze dell'autorità antitrust (da leggersi come controllo delle clausole vessatorie nei contratti B2C<sup>7</sup>) –, il vero *discrimen tra public e private enforcement* passa attraverso la diversa

<sup>3</sup> G. Colangelo, *op. cit.*, p. 42.

<sup>4</sup> G. Colangelo, *op. cit.*, p. 91 e A. Renda, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta «pie in the sky?»*, in «Riv. dir. impresa», 2000, p. 268, all'indomani della sua entrata in vigore osservano come la scarsa applicazione dell'istituto fosse da ricercare proprio nella scarsa dimestichezza dei tribunali di tali parametri valutativi. Sul punto vedi già C. Osti, *op. cit.*, p. 43.

<sup>5</sup> Segnalazione AS046 del 20 giugno 1995, in «Boll.» n. 23/1995 e AS121 dell'11 febbraio 1998, in «Boll.» n. 5/98.

<sup>6</sup> A. Caticola e E. Gabrielli, *I contratti della concorrenza*, Torino, 2011, p. XIX. Vedi anche G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998 e C. Osti, *op. cit.*, i quali riconducono all'antitrust finalità di mantenimento della pluralità degli operatori di mercato, di protezione del sistema democratico dell'eccessiva influenza del potere economico, di limitazione del trasferimento di ricchezza a favore degli operatori economici.

<sup>7</sup> Si rinvia al recente caso *PayPal*, provvedimento n. 25881 del 24 febbraio 2016, in «Boll.» n. 6/16, come esempio emblematico di come il *public enforcement* possa incidere in maniera significativa sul regolamento diviso dai contraenti.

natura degli interessi sottoposti alla protezione dell'ordinamento: l'interesse individuale del contraente per il giudice ordinario; l'interesse collettivo della garanzia al corretto funzionamento del mercato per l'*authority*.

Tornando alla lunga attesa: è scontato, che, date le premesse, le aspettative fossero elevate. Si tratta ora di verificare in quale misura esse siano state appagate.

## 2. La dipendenza economica tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza

Prima di entrare nel merito del provvedimento, tornerà utile una seppur sintetica ricostruzione della disciplina dell'istituto della dipendenza economica. A partire dalla sua «natura ibrida», che ha innescato un inesausto dibattito circa l'esatta collocazione dell'istituto, all'interno del diritto dei contratti piuttosto che del diritto della concorrenza. A quest'ultima soluzione – che si sarebbe uniformata alle scelte legislative tipiche di altri ordinamenti, quali quello tedesco e francese<sup>8</sup> – è stata, invece, in origine favorita la scelta di radicare l'abuso di dipendenza economica nell'ambito del diritto dei contratti, inserendolo nello schema contrattuale tipico della fornitura (art. 9 l. 192/1998)<sup>9</sup>, col disegno di enfatizzarne la finalità di giustizia distributiva in ordine al singolo rapporto<sup>10</sup>.

Una simile scelta legislativa è stata sin da subito stigmatizzata da coloro che lamentavano come, per questa via, fosse mortificata la vocazione antitrust della disciplina, che pure c'è, nella misura in cui l'approffittamento dello squilibrio contrattuale risulta, in ogni caso, conseguenza dell'incapacità del mercato di fornire ai soggetti deboli alternative adeguate per sottrarsi alla situazione di dipendenza<sup>11</sup>. Accanto, infatti, alle situazioni di disparità tra imprese che siano il precipitato di assetti generali di mercato (quale la posizione di chi egemonizza gli altri operatori di margine), si danno situazioni di disparità di potere contrattuale, dunque nell'ambito di relazioni negoziali specifiche, dove l'egemonia si genera all'interno di una dinamica contrattuale (cd. *dominanza relativa*) che può parimenti inficiare le regole del mercato.

Tali valutazioni, oltre alla necessità di rendere maggiormente efficace il sistema di sanzioni e controlli – che verrebbe garantito da un'autorità che può

<sup>8</sup> L'abuso di dipendenza economica è stato così inserito al § 20 della legge antitrust tedesca (GWB), ripresa dal legislatore francese all'art. 8 lett. b) Ordonnance 1° déc. 1986, n. 1243 – ora art. 420 – 2 del *code de commerce*.

<sup>9</sup> Scelta che in ogni caso ha contribuito a rallentare l'applicazione dell'istituto ponendo l'ulteriore problema interpretativo sulla vocazione espansiva dell'art. 9; dubbi che paiono oggi superati alla luce di un'ormai quasi univocamente accolta applicazione estensiva della norma a tutti i rapporti B2B caratterizzati dallo stato di debolezza di uno dei contraenti.

<sup>10</sup> Soluzione che, come si è ricordato in premessa, è stata fortemente influenzata dal parere dell'AGCM, la quale si espresse nel senso appunto di inquadrare la tematica nell'ambito della disciplina dei rapporti contrattuali, richiamando il diverso profilo teleologico delle norme antitrust dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato.

<sup>11</sup> R. Caso e R. Pardolesi, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 712.

operare anche d'ufficio con penetranti poteri investigativi –, hanno condotto, con la citata [Legge n. 57/2001](#), all'[introduzione](#), accanto al tradizionale meccanismo di *private enforcement* (di competenza del giudice ordinario chiamato a pronunciarsi sulla nullità e/o inibitoria delle condotte che hanno realizzato l'abuso, nonché sul risarcimento del danno), [del \*public enforcement\* governato dall'Autorità antitrust](#), alla quale è demandato il compito di disincentivare le ipotesi illecite di cui all'art. 9 l. 192/98 anche al di là dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, in tutti quei casi in cui l'abuso di dipendenza economica sia lesivo per l'assetto concorrenziale del mercato.

Non che la disciplina così arricchita abbia risolto tutti gli inconvenienti applicativi, mantenendo in vita, da un lato, vecchi dubbi interpretativi (quali, ad esempio, quelli concernenti una maggior specificazione delle ipotesi in cui si concretizza l'abuso) e, dall'altro, introducendone di nuovi, (su tutti il significato e il peso da conferire al requisito della rilevanza della fattispecie concreta sul piano della concorrenza e del mercato). In particolare, sotto quest'ultimo profilo si potrebbe ritenere che la norma imponga di distinguere tre ipotesi: [a\) abuso di dipendenza economica coincidente con un abuso di posizione dominante;](#) [b\) abuso di dipendenza economica posto in essere da imprese che singolarmente o in concorso con altre siano in grado di falsare il gioco della concorrenza in un ambito settoriale dove non dispongono di una quota di mercato rilevante;](#) [c\) abuso di dipendenza economica semplice, che non coincide con un abuso di posizione dominante, né presenta rilievo concorrenziale \(ovvero quando l'illecito esaurisce i suoi effetti all'interno del contratto\)](#)<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> In concreto, la dottrina propone di ricondurre all'ipotesi *sub a)* l'egemonia su imprese clienti o fornitrici, che un'impresa trae dalla titolarità di una risorsa essenziale per operare su mercati a monte o a valle; all'ipotesi *sub b)* il potere di mercato verticale, che il produttore di un bene principale può esercitare sui mercati derivati dei servizi di assistenza e riparazione di propri prodotti; come anche il potere di mercato di chi sia titolare unico o quasi della domanda rivolta a mercati minori (assistenza, manutenzione, riparazione, subfornitura), e che richiede la formazione di piccole imprese specializzate. In queste situazioni, in cui l'incidenza sul mercato dei relativi abusi è verosimilmente più modesta, la potestà d'intervento dell'Autorità è eventuale, e si giustifica solo in certi casi, in particolare quando si tratti di pratiche generalizzate e/o di mercati derivati di notevole importanza economica, in assoluto o rispetto al mercato principale. All'ipotesi *sub c)*, infine, si riconduce tendenzialmente il potere economico bilaterale o contrattuale o specifico al rapporto o anche dipendenza da rapporti commerciali. In questo caso, nascendo la dipendenza da circostanze interne ai rapporti tra le parti, si può supporre che le ripercussioni dell'abuso sulle posizioni degli altri attori economici e per la concorrenza siano in generale più modeste, che in tutte le altre situazioni sin qui considerate.

In tal senso pare esprimersi anche L. Delli [Priscoli](#), *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente debole e tutela del mercato*, in «Giur. comm.», 2015, 5, pp. 976 ss., il quale [distingue tra realtà microeconomica relativa al rapporto tra due soggetti e realtà macroeconomica costituita da una moltitudine indeterminata di operatori economici che benché tra loro strettamente connesse vanno comunque tenute distinte](#) (L'A. in particolare osserva che «Una condizione di concorrenza sul mercato è infatti quella che garantisce la miglior allocazione delle risorse e il massimo benessere collettivo, mentre uno squilibrio di potere contrattuale e il conseguente approfittamento (abuso) di questa situazione determina una frattura di questa condizione e la conclusione da parte dei contraenti "deboli" di contratti a condizioni svantaggiose, e conseguentemente fa sorgere l'esigenza di ripristinare una situazione di concorrenza a tutela dei soggetti che subiscono l'abuso, ossia non solo i contraenti deboli ma anche i professionisti concorrenti (effettivi o potenziali)». In giurisprudenza:

Pare invero preferibile la diversa prospettazione a tenore della quale la dipendenza economica rappresenta sempre e comunque una distorsione al corretto funzionamento del mercato, indipendentemente dal mercato rilevante<sup>13</sup>, considerando come l'intervento dell'AGCM vada più in generale rivolto alla protezione dall'eccessiva influenza del potere economico, in chiave di limitazione del trasferimento della ricchezza degli operatori economici. In altri termini, che le distorsioni di mercato derivanti dall'assenza di alternative siano già presenti o siano state create dal regolamento contrattuale, poco cambia in un'ottica di intervento dell'Autorità. Resta fuori dal giro solo la circostanza residuale in cui la mancanza di alternative sia da attribuire alla scarsa affidabilità o a errori di politica gestionale dell'impresa in posizione dipendente o, ancora, essa non abbia saputo utilizzare correttamente il tempo per diversificare i propri investimenti, in quanto in tal caso lo stesso buon funzionamento del mercato richiede l'epurazione di operatori non efficienti, scongiurando interventi iper-protezionistici.

## 2.1. La più recente evoluzione dell'art. 9 l.192/98: i ritardi dei pagamenti quale ipotesi di abuso di competenza dell'AGCM

Nonostante il prolungato silenzio da parte dell'AGCM sul tema, il legislatore ne ha ulteriormente innervato le competenze investendola del compito di presidiare di un'ulteriore ipotesi di abuso, individuato nei ritardi dei pagamenti. Con la legge 11 novembre 2011, n. 180 (di recepimento della direttiva n. 2011/7/UE, recante «Norme per la tutela della libertà di impresa. Statuto delle imprese») è stato aggiunto un ultimo periodo alla norma che disciplina la fattispecie di abuso di dipendenza economica (art. 9, comma 3-*bis*, legge 18 giugno 1998, n. 192), ai sensi del quale, in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese con particolare riferimento a quelle piccole e medie, «l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

Tale normativa – intervenuta, sia a livello comunitario che nazionale, al fine di rimuovere nei rapporti commerciali tra imprese abusive dilazioni temporali nei pagamenti delle prestazioni idonee a paralizzare il corretto funzionamento

Cass. civ., ord. 4 novembre 2015, n. 22584, in «Foro it.», Rep. 2015, voce Competenza civile, n. 26, che esclude la rilevanza per la tutela della concorrenza della domanda risarcitoria proposta in relazione ad una fattispecie di abuso di dipendenza economica, essendo quest'ultima di natura contrattuale e priva di rilevanza per la tutela della concorrenza. Contra, per un pieno riconoscimento della competenza delle sezioni specializzate a decidere in tema di abuso di dipendenza economica, cfr. Trib. Milano 26 aprile 2016; Trib. Milano 5 aprile 2016; Trib. Milano 13 giugno 2016; Trib. Milano 28 dicembre 2015; Trib. Milano 5 marzo 2015, tutte consultabili sul sito [www.giurispreudenzadelleimprese.it](http://www.giurispreudenzadelleimprese.it).

<sup>13</sup> Così già G. Colangelo, *op. cit.*, p. 94, il quale rileva come siano i casi in cui la restrizione del mercato avviene in ragione di alcuni dei fattori che caratterizzano l'insorgere della dipendenza economica (la presenza di elevati costi di commutazione e di investimento irrecuperabili) a ridurre il numero delle alternative a disposizione del contraente e, di conseguenza, al ridimensionare l'ampiezza del contratto.

del mercato<sup>14</sup> – ha introdotto strumenti volti a favorire la competitività delle imprese, con particolare attenzione a quelle di medie e piccole dimensioni che maggiormente risentono dell'incertezza patrimoniale, quali: (i) la previsione di un termine legale di 30 giorni, con possibilità di proroga anche per termini superiori a 60 giorni se espressamente pattuiti e non gravemente iniqui (in caso di contrattazione tra imprese private); ovvero di 30 giorni con possibilità di proroga espressa fino a un massimo inderogabile di 60 giorni quando sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione (lasciando qui in disparte la disciplina dettata per la contrattazione tra Pubblica Amministrazione e impresa privata); (ii) la decorrenza automatica di un elevato tasso di interessi decorrenti dal giorno dopo la scadenza del termine, pari al tasso di riferimento BCE maggiorato di otto punti percentuali o di interessi ad un tasso concordato tra le imprese.

Se tale integrazione rappresenta il completamento dell'iniziale progetto di ascrivere la violazione dei termini di pagamento all'alveo dell'abuso di dipendenza economica, la formulazione utilizzata dal legislatore introduce ulteriori elementi di complessità nel raccordo a livello sistematico, da un lato, con l'intera struttura dell'art. 9 l. 192/98, nella parte in cui configura l'abuso a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica; dall'altro, con la richiamata disciplina sui ritardi di pagamento, incardinata in un sistema di repressione delle violazioni di impianto civilistico (*id est* d.lgs 231/2002 e successive modifiche: disciplina transpica avente valenza generale di intervento secondo equità sul negozio il cui contenuto sia da ritenere effetto di un arbitrario esercizio di potere economico nei rapporti di impresa).

Ed è proprio quest'ultima fattispecie di abuso che segna l'esordio dell'AGCM in riferimento all'applicazione dell'art. 9 l. 192/1998.

### 3. Il *decisum* dell'AGCM

Il primo banco di prova per l'AGCM arriva, infatti, dalla contestazione alla società Hera (società a partecipazione pubblica per il 55% e a capo di un gruppo di imprese operante, tra l'altro, nel settore del gas naturale e dell'energia elettrica) di aver violato in maniera diffusa e reiterata – anche tramite le società facenti parte del gruppo – la disciplina relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprese. Nella specie è stata

<sup>14</sup> AA. VV., *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A. Benedetti e S. Pagliantini, Milano, 2015; G. Spoto, *I ritardi nei pagamenti commerciali - Commento al d.leg. n. 231 del 2002 come modificato dal d.leg. n. 192 del 2012*, in «Giust. civ.», 2013, II, p. 305; A. Frignani, *Le nuove norme sui ritardi nei pagamenti e sui crediti delle imprese verso la pubblica amministrazione (dalla direttiva europea alla legge italiana) (commento alla dir. Parlamento Ue e Consiglio 16 febbraio 2011 n. 7)*, in «Dir. comunitario scambi internaz.», 2013, p. 189, e «Nuovo notiziario giur.», 2013, p. 12; E. Russo, *Le transazioni commerciali, commento teorico-pratico al d.leg. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova; Maffei-Corsini, *Nuove regole sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali*, in «Dir. e pratica soc.», 2002, p. 29.

ritenuta illecita la clausola, inserita dalla società nei capitolati relative alla gara per la fornitura di impianti di misurazione del gas, in cui si fissava il termine di pagamento di 120 giorni dal ricevimento della fattura.

In particolare, l'AGCM è giunta a tale conclusione considerando non soddisfatti i due presupposti per giustificare la deroga alla statuizione legale: in primo luogo, piuttosto che derivare da una specifica pattuizione, i termini sono stati imposti in via unilaterale e autoritativa nel capitolato di gara, mercé l'espedito di considerare la mancata accettazione della clausola motivo di esclusione dalla stessa; in ogni caso, il termine di 120 non è giustificato dalle circostanze concrete, essendo stato accertato nel corso dell'istruttoria come altre imprese – incluse anche quelle operanti nel medesimo settore commerciale della distribuzione del gas – applicassero termini di pagamento assai inferiori<sup>15</sup>. Per l'effetto l'AGCM, oltre a inibire la continuazione della condotta illecita, ha comminato, sulla base dei parametri determinati dall'art. 15, comma 1, l. 287/1990, una sanzione pecuniaria fissata nella percentuale del valore massimo del 10% del fatturato (pari a € 3.260.693,81), poi significativamente ridotta a € 800.000 in considerazione del fatto che con il caso in esame sono stati esercitati per la prima volta dall'Autorità antitrust i poteri di cui all'art. 9 comma 3-*bis* ultimo periodo della l. n. 192/1998.

Da notare come l'indagine relativa all'accertamento dell'applicabilità della disciplina si esaurisca nel riscontro del presupposto della «violazione reiterata e diffusa». Per tal via il comma 3-*bis* dell'art. 9 l. 192/1998, ai sensi del quale l'abuso da violazione della disciplina sui ritardi di pagamento «si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica», viene interpretato nel senso di escludere che la norma contenga una presunzione soltanto relativa di sussistenza di dipendenza economica; con la conseguenza che non solo non è richiesto al giudicante la verifica di un siffatto rapporto tra l'impresa predisponente e il fornitore, ma altresì che alla prima non è nemmeno concessa la possibilità di dimostrare l'inesistenza di tale ulteriore elemento<sup>16</sup>. Viene così negata ogni rilevanza alle prove, che la società aveva prodotto in giudizio, volte ad accertare, da un lato, la sua ridotta quota (pari al 9%) in un mercato in cui operano una pluralità di operatori, dall'altra, la possibilità, per i fornitori di misu-

<sup>15</sup> Sono stati parimenti giudicati non idonei a superare i citati divieti di legge, gli impegni presentati dalla società ai sensi dell'art. 14-*ter* della legge antitrust, in cui si prevedeva che la mancata accettazione dei termini di pagamento di 120 avrebbe costituito un elemento di valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose (non comportando pertanto più l'automatica esclusione dalla gara), impegni che pertanto non sono stati accolti.

<sup>16</sup> Lo Statuto delle Imprese nell'attribuire, all'art. 10, la delega al Governo per il recepimento della nuova direttiva in tema di ritardi di pagamento (direttiva 2011/77/UE), ha integrato la disciplina dell'abuso di dipendenza economica prevedendo che «in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lgs. 231/2002 (sui ritardi di pagamento) posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

ratori di gas, di non partecipare alle gare d'appalto e di rivolgersi ad acquirenti che praticano termini di pagamento più brevi. In sostanza, l'Autorità risolve il rapporto tra normativa sull'abuso di dipendenza economica e quella sulla grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento accogliendo l'interpretazione più restrittiva, secondo la quale il comma 3-*bis* delinea una violazione *ex se*<sup>17</sup>.

L'alternativa è costituita dall'orientamento in conformità del quale si ammette che, ricorrendo la reiterazione, lo stato di dipendenza economica del creditore si debba presumere *salva prova contraria*; e che spetti quindi al debitore dimostrare che non sussiste alcuna dipendenza, ovvero che la dipendenza non è tale da rendere possibile il lamentato abuso, oppure ancora che il ritardo è coperto da una causa di giustificazione oggettiva del tipo che in generale vale ad escludere l'abuso di dipendenza economica<sup>18</sup>. In quest'ordine di idee, l'illecito da ritardo nei pagamenti non può essere disancorato dalla sussistenza di una posizione di sudditanza del creditore onerato dalle condizioni manifestamente inique; diversamente, si arriverebbe ad ammettere una tutela che prescinde dalla verifica delle condizioni di mercato (e, in questo senso, più vicina alla *ratio* della legislazione consumeristica rispetto a quella della dipendenza economica) e si traduce in una protezione del creditore quale soggetto debole, ampliando il novero delle situazioni che trovano ristoro a prescindere dal fatto che vi sia stata un'effettiva coartazione della libertà negoziale di una parte. Si approderebbe, cioè, a una soluzione di sovra-protezione, che oltrepassa i limiti dell'intervento sugli atti di autonomia privata nei rapporti B2B. L'interpretazione che ravvisa nel comma 3-*bis* una presunzione relativa dello stato di dipendenza economica appare così: *a*) in linea con la ricostruzione teorica del «terzo contratto»; *b*) giustificata sotto il profilo sistematico (inserzione nell'art. 9 rubricato abuso di dipendenza economica).

Ma, come anticipato, l'approccio dell'autorità è diverso. Una volta escluso l'accertamento in ordine allo stato di dipendenza economica, l'AGCM incentra la sua valutazione sul secondo requisito necessario per l'applicazione del comma 3-*bis*, ossia, in forza dell'esplicito richiamo del d.lgs. 231/2002, la grave iniquità delle clausole in deroga ai termini di pagamento (art. 7)<sup>19</sup>, da riscontrare in base al sensibile scostamento dalla prassi commerciale, alla natura della merce o del servizio e all'esistenza di motivi oggettivi per derogare un saggio di interesse i termini di pagamento, avendo comunque riguardo a tutte le circostanze del

<sup>17</sup> Così pare pronunciarsi V. Pandolfini, *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in «Contratti», 2003, p. 504 il quale osserva come il d.lgs. 231/2002 rivesta portata più ampia applicandosi ben al di là dei rapporti verticali tra imprese nei quali queste ultime non siano in grado di reperire sul mercato alternative sufficienti, ovvero che non abbiano ragionevoli possibilità di contrarre con altri soggetti.

<sup>18</sup> Cfr. D. Maffei, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in «Contratti», 2003, p. 623.

<sup>19</sup> Cfr. C. Medici, *Ritardi nei pagamenti e clausole in deroga: protezione oltre il segno?*, in «Danno e resp.», 2005, p. 900.



caso<sup>20</sup>. L'AGCM fa, in particolare, ricorso al primo criterio, soddisfatto dal raffronto con le condizioni praticate nell'ambito dello stesso commerciale e comunemente percepite come corrette dalla prassi<sup>21</sup>, sì che sarebbe eventualmente toccato a Hera giustificare la propria politica dilatoria, dimostrando che la prassi commerciali da cui essa si discostava era scorretta<sup>22</sup>.

Tale tecnica pone inevitabili problemi di raccordo con la disciplina (di matrice civilistica) dettata dal d.lgs. 231/2002 e successive modifiche (norma inserita nel nostro ordinamento in funzione di controllo sul contenuto del negozio secondo equità nell'ambito delle transazioni commerciali). Non può sfuggire, infatti, che i parametri dettati per rilevare la sussistenza della grave iniquità risentono necessariamente della finalità di tutela del contraente debole, ricomprendendo indici legati allo specifico rapporto contrattuale, quale ad esempio l'esame complessivo delle rispettive posizioni contrattuali, in forza della locuzione generale «ogni altra circostanza» di cui all'art. 7. Si potrebbe ritenere che il presupposto della reiterata e diffusa violazione sia (come suggerisce tra le righe la stessa AGCM) visto come circostanza sufficiente a incidere sul mercato e, quindi, a legittimare *ex se* l'intervento dell'Autorità: come dire, insomma, che l'abuso, da valutarsi – come avvenuto nel provvedimento in esame – sulla base di indici oggettivi (*id est*, lo scostamento dalla prassi commerciale), presuppone la dipendenza e rende superflua l'indagine sul modo di atteggiarsi del rapporto contrattuale concreto. Situazione non dissimile rispetto alla disciplina sulle clausole vessatorie, dove la valutazione dell'onerosità delle pattuizioni viene accertata in riferimento alle clausole inserite nella contrattazione su larga scala (quali moduli, formulari), senza che, a differenza di quanto avviene con il meccanismo di *private enforcement*, abbia rilievo, per l'esclusione della dichiarazione di vessatorietà, l'avvenuta negoziazione individuale. Sennonché, se il parallelismo può funzionare nel caso di specie, dove le clausole in deroga alla disciplina sui termini di pagamento sono state inserite nei capitolati di gara (e quindi a vocazione generalizzata ovvero diffusa e reiterata), una contrattazione individuale in cui la deroga dei termini

<sup>20</sup> L'originaria formulazione prevedeva: «L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore».

<sup>21</sup> Per un approfondimento a tale criterio cfr. G. e S. De Nova, *I ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, p. 27, che ancorano tale parametro ai criteri di buona fede e correttezza.

<sup>22</sup> Ipotizzando un'esemplificazione su cosa si può intendere per prassi commerciale scorretta, si potrebbe sostenere che la tempistica dei pagamenti di un determinato settore di mercato sia frutto di azioni vessatorie delle controparti creditrici, mentre un periodo più ampio si renderebbe necessario per i pagamenti a seguito di fattori che caratterizzano un dato settore (ad esempio mercati collaterali quali quello delle materie prime): L. Nonne, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, p. 276.

di pagamento sia il risultato di un abuso di posizione dominante comporterà l'inevitabile fuoriuscita dall'ambito di applicazione per rientrare in un'ipotesi di squilibrio di diritti e obblighi da valutare secondo la diversa lente dell'art. 9, comma 2, l. 192/1998.

#### 4. Il futuro che verrà (se verrà)

Benché alla pronuncia in commento vada riconosciuto l'indubbio merito di aver aperto un varco in un muro che pareva invalicabile, allo stato non si può ancora parlare di un suo completo abbattimento laddove la prima applicazione dell'art. 9 l. 192/1998 da parte dell'AGCM viene riservata proprio alla fattispecie di abuso (da ultimo inserita a conclusione di un turbolento *iter* legislativo) caratterizzata, rispetto alle altre ipotesi, da margini interpretativi che mettono in discussione la necessità di accertare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica. In tale ottica l'AGCM, riconducendo la rilevanza al solo concetto di «violazione reiterata e diffusa», perde l'occasione per dare un rilevante apporto interpretativo/applicativo per l'accertamento dei requisiti dell'abuso di dipendenza economica, apporto per il quale si era a più voci caldeggiata la necessità di una sua investitura.

Ma, al di là di quella che può considerarsi un'occasione mancata, la scelta interpretativa assunta dall'Autorità induce a riflettere sulla tenuta, a livello applicativo, sull'opzione introdotta dal legislatore del 2001 di inserire anche in ambito di repressione dell'abuso di dipendenza economica il duplice canale rimediabile di *private e public enforcement*.

Valutazioni che a maggior ragione si impongono considerando come, sul fronte del controllo di natura privatistica, dopo iniziali titubanze (che hanno portato a un ritardo, anche se «solo» di quattro anni, per giungere alle prime applicazioni), l'implementazione delle decisioni in tema di abuso di dipendenza economica sembri superare l'impaccio che, come ricordato, aveva fornito le più stringenti argomentazione per invocare un coinvolgimento dell'AGCM, ovvero la necessità di superare l'iniziativa di parte per agire in sede civile<sup>23</sup>, da un lato, e la scarsa dimestichezza dei tribunali nell'utilizzare parametri valutativi collegati alle logiche del mercato, dall'altro<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> È, infatti, ormai riconosciuto intervento *ex officio* dei giudici nei settori delle nullità di protezione, tra le quali rientra l'invalidità prevista dall'art. 9 l. 192/1998. Per una recente applicazione della rilevanza d'ufficio in caso di nullità negoziale per violazione del corretto funzionamento del mercato v. Cass. civ., sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242 in «Foro it.», 2015, I, p. 862 ss., con note, tra gli altri, di R. Pardolesi, A. Palmieri, A. Proto Pisani, F. Di Ciommo; e in «Corriere giuridico», 2015, p. 88; con nota di V. Carbone, e «Contratti», 2015, p. 113 con nota di S. Pagliantini. Con specifico riguardo alla nullità di cui all'art. 9 l. 192/1998 v. Trib. Milano 17 giugno 2016, in «Foro it.», 2016, I, p. 3636.

<sup>24</sup> Nonostante alcune sporadiche resistenze, pare ormai tendenzialmente riconosciuta la competenza a decidere sulle questioni di abuso di dipendenza economica alle sezioni specializzate delle imprese (cfr. le pronunzie meneghine citate alla nota 12). La spiccata vocazione delle sezioni specializzate a pronunciarsi in ambiti afferenti al mercato utilizzando parametri di carat-

Né, per le ragioni sopra espresse, si potrebbe ribattere che l'ulteriore condizione alla quale è sottoposto l'intervento dell'AGCM, non presente invece per il giudice ordinario, ovvero la rilevanza sul mercato, preclude la diffusa applicazione del canale del *public enforcement* (rilegandolo a un canale del tutto residuale e non alternativo o comunque cumulativo rispetto al *private enforcement*), dal momento che, indipendentemente dal mercato rilevante, l'abuso di dipendenza economica rappresenta sempre una distorsione del mercato.

Non resta allora che attendere ulteriori sviluppi, nella consapevolezza che l'unico parametro per giudicare efficiente il sistema binario di tutela è quello della sua incisività.

tere economico risulta ulteriormente confermata e implementata dal testo del d.d.l. di riforma del processo civile (cd. «Efficienza del processo civile») che, oltre ad estendere le competenze delle sezioni specializzate, istituisce un albo di esperti di ragioneria, contabilità, economia e mercato con funzioni al giudice nelle materie economiche, finanziarie e aziendali.

