

SOGGEZIONE ECONOMICA: COME DIFENDERSI DALLE PRATICHE ABUSIVE



MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC. Su ogni numero affronteremo tematiche legali con particolare attenzione al mondo dell'elettronica. Ulteriori approfondimenti sul sito: www.andec.it. Mentre sulla Web page (www.avvocatoiorio.it) è disponibile la rubrica tradotta in inglese e francese.

In questo articolo si tratterà il caso della soggezione, legalmente rilevante, di un soggetto economico nei confronti di un altro.

Da tale situazione, di per sé non sanzionabile (ma anzi fisiologica, a certe condizioni di mercato, come si vedrà meglio oltre) possono discendere pratiche vietate e quindi illecite, adottate dall'azienda in posizione "più forte" nei confronti di quella "più debole". La soggezione può essere declinata in molti modi, in considerazione delle circostanze legate al singolo caso concreto. In questa sede si esamineranno tre diverse tipologie di particolare rilevanza ed importanza: l'abuso di posizione di dipendenza economica, l'**abuso di posizione dominante**, l'**abuso del diritto**.

ABUSO DI POSIZIONE DI DIPENDENZA ECONOMICA

Una prima fattispecie è quella dell'abuso di dipendenza economica, previsto dalla Legge 192/1998 all'articolo 9. Anche se tale disposizione allocata nella legge destinata a regolare i contratti di subfornitura, secondo la giurisprudenza essa si applica anche a fattispecie ben diverse dal tale tipo di contratt.

Ai sensi dell'articolo 9, comma 1 della suddetta legge, *"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 di 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"*.

Recita il secondo comma: *"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. (.....)"*

Un esempio illustrerà meglio di cosa stiamo parlando:

un'azienda (Alpha) si trova in una situazione di dipendenza economica nei confronti di un'altra azienda (Beta) in quanto si rifornisce da molti anni da quest'ultima per l'acquisto di determinati, sofisticati componenti che sono per Alpha, da un lato, imprescindibili per la propria produzione e dall'altro lato, insostituibili sul mercato in quanto prodotti e forniti esclusivamente o quasi da Beta. Una tale situazione di consolidate relazioni commerciali di lungo corso può verificarsi anche in assenza di un contratto che la formalizzi. Orbene, un'ipotesi di abuso che può verificarsi nell'ambito di relazioni commerciali caratterizzate dal tipo di dipendenza economica di Alpha nei confronti di Beta può consistere nell'improvvisa ed unilaterale decisione di Beta di ridurre drasticamente la fornitura di detti componenti ad Alpha, a seguito di conseguente arbitraria "allocazione" tra i vari clienti delle poche scorte disponibili. Una siffatta decisione di Beta può essere motivata dalle più diverse ragioni, ad esempio dal fatto che tali componenti sono diventati, a detta di Beta, ormai obsoleti e, quindi, essa abbia deciso di cominciare a produrne versioni tecnologicamente più avanzate. Tale situazione, poi, può essere ulteriormente aggravata dalla circostanza che i componenti "nuovi" siano venduti a prezzi più alti di quelli previsti per i componenti "obsoleti", con la duplice conseguenza che l'impresa Alpha si vedrà costretta, da un lato, a modificare la propria produzione con i "nuovi" componenti (con relativi costi) per poter essere in grado di continuare a

“Secondo la Commissione Europea, non sussiste una posizione dominante con una quota di mercato inferiore al 25%”.

produrre e, dall'altro lato, essa dovrà forzatamente adeguarsi al maggior costo di detti componenti poiché, diversamente, essa non saprebbe dove altrimenti acquistarli per continuare la propria produzione e, così, rimanere sul mercato con riferimento a una essenziale parte del proprio fatturato in Italia e nel mondo. Nel nostro esempio la società Alpha potrà dedurre abuso di posizione di dipendenza economica da parte di Beta ed agire davanti al **giudice ordinario per il risarcimento dei danni** (art. 9, comma 3¹); Alpha, inoltre (ai sensi dell'art. 9 comma 3 bis²) potrà denunciare l'abuso all' Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale potrà, se del caso, applicare le apposite sanzioni previste dalla legge a tutela della concorrenza. Quest'ultima circostanza è molto importante, non solo perché permette di affiancare alla via giudiziale ordinaria quella amministrativa, ma soprattutto perché, in termini di deterrenza, la “minaccia” del ricorso all'Autorità antitrust, con conseguente applicabilità di severe sanzioni amministrative ha un indubbio effetto deterrente. A ciò si aggiunga che nel caso di abuso di posizione di dipendenza economica, a differenza del caso che esamineremo poco oltre di “abuso di posizione dominante”, non occorre che sussista un “mercato rilevante” quanto al prodotto ed all'area geografica; tale elemento è invece essenziale ai fini dell'esistenza di un abuso di posizione dominante ed è di non facile accertamento e dimostrazione.

ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

L'abuso di posizione dominante è previsto, oltre che dalla normativa UE, dall'art. 3 della legge 287/1990 (la legge antitrust italiana) a tutela della concorrenza; per la verità tale disposizione stabilisce cosa sia vietato al soggetto economico che si trovi in posizione dominante (situazione, questa, di per sé non vietata), ma non indica in cosa esattamente consista tale posizione. Né tale indicazione è possibile reperire nella normativa UE.

Tuttavia, anche se manca una definizione di legge, la giurisprudenza ritiene che si verifichi una “posizione dominante” quando in un determinato mercato di riferimento, identificato sia geograficamente che merceologicamente (ad esempio nel mercato italiano dei componenti elettronici, o di determinati componenti che si distinguano per caratteristiche tecniche e merceologiche dagli altri) una società si trovi in una posizione tale da potersi comportare senza essere influenzata, nella determinazione delle proprie politiche commerciali, né dalla domanda della clientela, né dai fornitori e non dovendosi neppure preoccupare dei concorrenti, in quanto sussistono barriere (ad esempio tecnologiche) all'ingresso nel mercato rilevante di prodotti in

grado di concorrere effettivamente coi propri, né sussistono prodotti alternativi equivalenti sul mercato di riferimento come sopra definito³. Secondo la giurisprudenza e secondo la Commissione Europea, non sussiste una posizione dominante in presenza di una quota di mercato inferiore al 25%, mentre presentano particolari criticità le situazioni in cui la quota è superiore al 50%.

Non è vietato ad un'impresa o a un gruppo di imprese essere in posizione dominante ma ne è vietato l'abuso quale, ad esempio, “.... il rifiuto a contrarre opposto dal fornitore ad un suo cliente abituale. L'atto unilaterale con

*cui l'impresa in posizione dominante si rifiuta di contrarre può, infatti, produrre effetti anticoncorrenziali quali la limitazione degli sbocchi, espressamente prevista sia dall'art. 82, comma 2°, lett. b) TCE che dall'art. 3, comma 1, lett. b) L. 287/1990. In dottrina si è evidenziato.... che, per integrare un comportamento abusivo, non è necessario che l'impresa in posizione dominante abbia intenzionalmente voluto limitare la concorrenza del proprio cliente abituale. Dovrà pertanto considerarsi abusivo il rifiuto a contrarre opposto dall'impresa in posizione dominante, pur in assenza di un disegno volto all'estromissione di un concorrente dal mercato, quando tale comportamento determini, nei fatti, un effetto anticoncorrenziale”*⁴

Un requisito che caratterizza esclusivamente la fattispecie di abuso di posizione dominante è la necessità di identificare e provare l'esistenza di un mercato rilevante (di prodotto e di area geografica) in cui si svilupperebbe l'abuso. Inoltre, affinché si possa parlare di abuso di posizione dominante, occorre che l'“abusante” e l'“abusato” - ossia, nell'esempio del paragrafo che precede, le società Alpha e Beta - siano tra loro concorrenti.

A tal proposito, infatti, va precisato che “... l'abuso di posizione dominante attuato mediante rifiuto a contrarre ha una connotazione c.d. <verticale>: colpisce infatti necessariamente due mercati, il mercato <a monte>, quello del prodotto venduto dal fornitore in posizione dominante, in cui si attua l'abuso e si riscontra l'effetto distorsivo della concorrenza, ed il mercato <a valle>, quello del prodotto venduto dall'acquirente rifiutato, ove si verifica il solo effetto anticoncorrenziale. Pertanto, affinché vi possa essere un abuso di posizione dominante sanzionato dalla normativa antitrust è necessario che il fornitore operi in entrambi i mercati, i quali solitamente sono tra loro collegati: in quello del prodotto che egli si rifiuta di fornire - mercato nel quale detiene una posizione dominante - ed anche in quello del prodotto realizzato dall'acquirente escluso - mercato del quale egli cerca di accaparrarsi una quota”⁵

Esempio emblematico è il famoso caso Hugin/Lipton⁶, ove

1) L'art. 9, comma 3 citato recita: “Il patto attraverso il quale si realizza 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 dei danni”.

2) L'art. 9, comma 3) bis citato recita: “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 di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso(....)”.

3) Cfr ad es. Cass. 04.06.2015 n. 11564

4) Il rifiuto a contrarre come pratica commerciale anticoncorrenziale alla luce della normativa antitrust http://www.aclaw.it/images/RIFIUTO_A_CONTRARRE.pdf

5) Ibidem.
6) Decisione 78/68/CEE dell'8 dicembre 1977, in GUCE L22, 1978, pp. 23-25.

per la Commissione europea “il comportamento di Hugin [rifiuto di fornire i pezzi di ricambio dei registratori di cassa, n.d.r.] costituisce un abuso in quanto “... Lipton era, per quanto riguarda i pezzi di ricambio, un loro cliente di primaria importanza da oltre dodici anni e, il rifiuto di fornire i pezzi di ricambio, ha avuto l'effetto di eliminare un importante concorrente nel settore dei servizi di assistenza, manutenzione e riparazione su una parte sostanziale del mercato comune”. Nello stesso senso, si veda anche il caso *Commercial Solvents* relativo “all'abuso di posizione dominante da parte di un produttore di materie prime che, allo scopo di entrare sul mercato dei prodotti finiti, si rifiutava di rifornire un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti”.

In una situazione di questo tipo, l'impresa in posizione più debole può ottenere tutela, sia dinanzi al giudice ordinario sia dinanzi all'AGCM.

Nel primo caso l'accertamento è condotto in sede giudiziale sulla base di una domanda di risarcimento del danno derivante dalle pratiche discriminatorie subite, mentre nel secondo caso si tratta di un accertamento di natura amministrativa sanzionabile con le apposite sanzioni previste dalla legge 287/1990. Anche in questo caso la “minaccia” dell'intervento dell'Antitrust ha un effetto deterrente molto alto poiché le sanzioni sono applicabili possono essere molto alte in considerazione del fatturato dell'impresa responsabile.

In conclusione: nel caso di abuso di posizione dominante, la situazione di soggezione economica in cui viene a trovarsi

7) CGCE 6 marzo 1974, in cause 6 e 7/73, *Commercial Solvent corporation c. Commission*, in Raccolta, 1974, p. 23.

8) “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”.

9) “Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”.

10) CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza 14 luglio 2000, n. 9321: “In caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate”.

11) “L'atto di autonomia privata, anche nel caso in cui consista in un recesso “ad nutum”, è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso “ad nutum” previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità (buona fede) e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti (abuso del diritto). L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti”.

Alpha per effetto di pratiche discriminatorie adottate nei suoi confronti da Beta, deve essere valutata alla luce della posizione dominante di Beta. A questo proposito, tale valutazione non può prescindere (1) dall'esistenza o meno di un “mercato rilevante” in cui le imprese interessate agiscono ed inoltre, (2) dall'essere l'impresa che abusa della propria posizione dominante concorrente dell'impresa che subisce l'abuso. Questi elementi non occorrono, invece, nell'ipotesi di abuso di posizione dipendenza economica.

Analogamente alla fattispecie di abuso di posizione di dipendenza economica, anche nel caso di abuso di posizione dominante, le due vie di tutela, giurisdizionale ed amministrativa, non sono alternative e si possono pertanto perseguire entrambe. Inoltre, anche in questo caso, come in quello dell'abuso di posizione di dipendenza economica, non occorre necessariamente che ci sia un qualche rapporto contrattuale in corso.

ABUSO DEL DIRITTO

Tale fattispecie non è tipizzata dalla legge, ossia non è espressamente prevista dal codice civile o da una legge specifica ma dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Quest'ultima ritiene che si abbia “abuso di un diritto” quando questo è esercitato per finalità che sono contrarie ai principi generali di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (di cui agli articoli art. 1175⁹ e 1375⁹ c.c.). È il caso, ad esempio, della banca che recede ingiustificatamente ed immediatamente, pur avendone diritto, dall'apertura di credito bancario, determinando conseguenze serie e gravissime per il cliente.¹⁰

La corte di cassazione, con una sentenza “cardine” bin merito a questa fattispecie (S. n. 20106/2009) ha riconosciuto come abusivo l'esercizio, da parte di una casa automobilistica, del diritto di recesso ad nutum (ossia a sua discrezione) dal contratto con i propri concessionari in quanto, ancorché tale diritto di recesso senza obbligo di motivare fosse previsto nel contratto di concessione di vendita, lo stesso era stato di fatto esercitato in modo ingiustificatamente lesivo dei ricorrenti ex concessionari.¹¹

In conclusione: l'abuso del diritto si ha quando un soggetto Alpha viene a trovarsi in una situazione di svantaggio a fronte di un comportamento di Beta che esercita un proprio diritto previsto contrattualmente, ma lo esercita senza buona fede e perciò in maniera “scorretta” o “discriminatoria” nei confronti di Alpha. Nel caso di abuso del diritto, quindi, a differenza delle ipotesi di abuso di posizione di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante, è necessario che esista un contratto tra le parti interessate, posto che l'abuso può sorgere soltanto dall'esercizio in malafede di un diritto contrattualmente previsto in origine dalle parti. Non occorre invece che sussista un mercato rilevante, né tanto meno, che Alpha e Beta siano concorrenti.

