

Il divieto generale di condotta commerciale sleale enunciato dalla normativa in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari.

Con il c.d. “pacchetto liberalizzazioni” (D.L. 24.1.2012, n.1 e Legge di conversione 24.3.2012, n. 27) sono state introdotte norme suscettibili di condizionare fortemente le condotte degli operatori economici nella conduzione delle relazioni commerciali “business to business”.

Si tratta di una novità il cui impatto potenziale è degno di nota: tradizionalmente, infatti, il legislatore interviene a favore di categorie di soggetti ritenuti “deboli” abbandonando la piena “neutralità” e favorendo apertamente una sola parte – quella “debole” – per controbilanciare i vantaggi di fatto di cui gode il contraente “forte” (maggiore competenza ed organizzazione, etc.). Nel campo delle relazioni commerciali questo tipo di politica normativa trova il suo esempio più noto nelle norme a tutela dei consumatori.

Tuttavia, nella regolamentazione degli scambi commerciali a livello “business to business” il legislatore italiano di solito si astiene dal “prendere le parti” di una categoria di operatori economici nei rapporti con altri operatori professionali. Simile politica è stata più volte criticata poiché ignorava un’ovvietà: molto spesso un’impresa non può trattare su un piano di parità con un’altra che offre determinati servizi ritenuti essenziali o di particolare valore sociale (utenze, servizi bancari o assicurativi, etc.), ma deve piegarsi a condizioni contrattuali del tutto squilibrate.

Il cambiamento di rotta è tale che ci si chiede quanto sia realmente voluto, il che spiega il punto interrogativo nella titolazione di questo scritto.

Così recita l’art. 62, del citato D.L. 1/2012:

Art. 62 Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari
1. I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, le quantità e le caratteristiche del

prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento. I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti. La nullità del contratto può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice.

2. Nelle relazioni commerciali tra operatori economici, ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1, è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive; b) applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre; d) conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento.”

La formulazione adottata è il classico esempio della tecnica legislativa all'italiana: l'abbinamento di una norma di carattere chiaramente speciale ad una di carattere almeno potenzialmente generale con il risultato che non sempre è chiaro il reciproco ambito di applicazione.

La titolazione dell'art. 62 richiama esplicitamente il settore delle forniture agroalimentari e in effetti il primo comma si rivolge altrettanto esplicitamente a tale settore, circoscrivendo ulteriormente l'applicabilità ai soli contratti che non riguardino il consumatore finale; in buona sostanza, si tratta della filiera agroalimentare che va dalla produzione ai vari livelli di fornitura sino al dettagliante. È un settore, come noto, largamente dominato dalla grande distribuzione e dalle pratiche commerciali veramente onerose che le catene distributive hanno via via imposto. Settore, pertanto, ricchissimo di quelle fattispecie che il secondo comma dell'art. 62 elenca per vietarle espressamente.

Ma lo stesso secondo comma, a differenza del primo ed anche del titolo dell'art. 62, non si concentra affatto sul solo settore delle forniture agroalimentari: è norma

redatta in modo tale da poter trovare applicazione potenzialmente generalizzata: non si parla più di *“contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari”*, ma molto più ampiamente di *“relazioni commerciali tra operatori economici”*; e si ribadisce che si va oltre l’agroalimentare con l’inciso *“ivi compresi i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei beni di cui al comma 1”*.

Difficile, a questo punto, circoscrivere l’applicabilità dell’art. 62 alle sole forniture tra imprese agroalimentari, tanto più che anche in assenza dell’inciso da ultimo riportato la norma sarebbe con ogni probabilità suscettibile di applicazione estensiva o analogica.

Meglio ancora, si potrebbe persino ritenere contraria al principio costituzionale di ragionevolezza l’interpretazione della norma in oggetto che la volesse relativa esclusivamente al settore agroalimentare. Perché mai l’imprenditore-contraente debole che operi ad esempio nell’abbigliamento non dovrebbe poter godere della stessa tutela? D’altronde, la grande distribuzione organizzata non annovera forse anche l’abbigliamento tra i suoi generi merceologici e, quindi, gli imprenditori di quel settore tra i suoi fornitori?

È verosimile che la norma possa aver effettivamente preso spunto dal settore agroalimentare, ma che, durante l’iter di approvazione, ci si sia avveduti che le pratiche che si intendevano vietare sono quanto mai generalizzate.

Ulteriore problema è costituito dal fatto che la normativa in questione pare essere stata redatta “prendendo a prestito” disposizioni e concetti propri della disciplina antitrust e da quella sull’abuso di dipendenza economica (a suo tempo introdotto in materia di subfornitura: art. 9 Legge 18 giugno 1998, n. 192, *“Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”*).

Le tre discipline infatti (antitrust, abuso di dipendenza economica e il d.l. 1/2012 oggetto del presente memorandum) hanno campi di applicazione distinti e, in parte, obiettivi diversi.

La normativa antitrust (nazionale o comunitaria) mira a conservare un mercato il più possibile aperto e concorrenziale, così che spesso per essa gli abusi subiti dai

singoli sono irrilevanti fintanto che non vengono perpetrati su un numero talmente ampio di soggetti da influenzare le dinamiche generali del mercato.

Il divieto di abuso di dipendenza economica e il nuovo divieto di condotta commerciale sleale, invece, sembrano condividere lo stesso obiettivo: impedire che gli operatori economici possano usare il loro potere per imporre condizioni ingiustificatamente sfavorevoli ai loro partners commerciali. Il relativo ambito di applicazione tuttavia non pare coincidere: il nuovo D.L. 1/2012 si riferisce a tutti i casi in cui tra le due parti una sia in grado di imporre all'altra condizioni eccessivamente sfavorevoli; l'abuso di dipendenza economica, invece, richiede un requisito ulteriore: *“è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”* (art. 9, comma 1°, L. 192/1998), in altre parole è richiesto che il contraente debole non abbia altra scelta se non rivolgersi a quel contraente forte per poter trovare uno sbocco commerciale.

* * *

I divieti

Venendo alle condotte vietate dal “pacchetto liberalizzazioni”, purtroppo la tecnica legislativa non brilla per chiarezza; a parte le fattispecie di per sè non nuove e quindi ormai conosciute, infatti, ne sono state introdotte altre che lasciano forse più dubbi di quelli che risolvono.

Vediamo in dettaglio i divieti:

- art. 62, comma 2°, lett. a): *“condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive”*.

Come per l'abuso di dipendenza economica, l'eccessiva gravosità ricorrerà quando il forte squilibrio contrattuale sarà insostenibile per la parte contrattuale debole o particolarmente accentuato rispetto alla normale correttezza delle prestazioni contrattuali, quindi in definitiva rispetto alle condizioni commerciali abitualmente concluse tra soggetti dotati di forza negoziale simile o almeno comparabile.

È fattispecie analoga all'abuso di dipendenza economica, ma in questo caso non sarà necessario il requisito della completa dipendenza di una parte rispetto all'altra; basterà l'ingiustificata gravosità delle condizioni economiche, indipendentemente

dalle possibilità alternative che il contraente debole potrebbe essere in grado di reperire sul mercato.

Molto meno chiaro è cosa debba intendersi per condizioni “*extracontrattuali*” e “*retroattive*”.

Le prime sono forse condizioni in realtà probabilmente contrattuali ma riguardanti un diverso contratto o rapporto. Se così fosse, si vieterebbe al contraente forte di sfruttare la leva di cui dispone per imporre la conclusione di un accordo riguardante altri prodotti o altri settori, o comunque per condizionare questo secondo accordo; potrebbe trattarsi di qualcosa di paragonabile al *tie-in* che la normativa antitrust vieta al monopolista, ma va detto di questo si occupa più direttamente la successiva lettera c) del comma 2° dell’art. 62.

Per quanto concerne le condizioni “*retroattive*”, pare trattarsi di un fraintendimento: le condizioni contrattuali, diversamente dalle leggi, non possono mai essere davvero retroattive; possono magari essere imposte *ex post* dal contraente forte che obbliga la parte debole a rivedere alcuni patti in senso sfavorevole a quest’ultimo, ma si tratta di modifica di accordi precedenti, non di retroattività.

• art. 62, comma 2°, lett. b): “*condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti*”.

L’espressione utilizzata è praticamente identica a quelle tradizionalmente impiegate in materia *antitrust*, in particolare in materia di abuso di posizione dominante: il monopolista discrimina il singolo contraente, costringendolo ad accettare condizioni più gravose di quelle riservate alla generalità dei contraenti.

Interessante notare che viene qui a mancare l’“ingrediente” per eccellenza dell’analisi di questi casi: lo studio del mercato di riferimento e del potere sul mercato del monopolista, studio tanto difficile da compiersi quanto solitamente opinabile nei risultati che fornisce.

Qui evidentemente non rileva il potere sul mercato ampiamente inteso, ma il potere che quel contraente forte può esercitare su quel contraente debole, magari arrivando a discriminarlo (“compro da te a 10 quello che a tutti gli altri pago 15”) appositamente per creargli un danno o, forse più realisticamente, per “impartirgli una lezione”.

- art. 62, comma 2°, lett. c): *“subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre.”*

Si tratta del *tie-in* cui si accennava poc'anzi, in pratica del seguente schema: “ti vendo il bene A sul quale ho monopolio soltanto se acquisti anche il bene B sul quale non ho (o non necessariamente ho) lo stesso potere”; oppure: “acquisto da te il bene A soltanto se tu accetti di rendere il servizio B a condizioni economiche molto vantaggiose”.

Sono fattispecie in cui di solito si “esporta” la propria leva contrattuale in un settore diverso da quello in cui si domina (perchè se si dominasse anche in quest'ultimo, non vi sarebbe bisogno di ricorrere al potere esercitato nel primo settore).

Come nel caso della discriminazione di cui al capoverso precedente, si tratta di pratiche note nell'esperienza antitrust e tradizionalmente associate al monopolista; vale quindi la stessa considerazione svolta poco fa: quali saranno i risvolti applicativi della norma, se questa viene svincolata dal (gravoso) onere di prova dell'esistenza del potere monopolistico sul mercato di riferimento?

L'impressione (o il timore) è che le norme che si stanno esaminando siano così tanto facili da invocare per il contraente debole (o presunto tale) da rendere oggettivamente difficile discernere tra condotte sanzionabili e, invece, condotte rientranti nella normale dialettica contrattuale, nell'ambito della quale un contraente fisiologicamente cerca di esercitare il massimo della forza per spuntare le condizioni migliori.

Il risultato potrebbe essere un'applicazione “a macchia di leopardo” - per non dire capricciosa – delle nuove regole o, all'opposto, una loro sostanziale disapplicazione proprio per la loro mancanza di chiarezza.

- art. 62, comma 2°, lett. d): *“conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali.”*

Se la si interpreta bene, la fattispecie ha per oggetto condotte che corrono al limite dell'estorsione e che quindi potrebbero addirittura avere risvolti di carattere penalistico: *“indebite prestazioni unilaterali”* sono qualcosa che una sola parte riceve e non avrebbe diritto di ricevere, il che è quanto di più lontano esista dal settore degli scambi commerciali. Tali *“prestazioni”*, pertanto, sembrerebbero essere diverse da quelle che formano oggetto diretto delle relative relazioni commerciali, perchè altrimenti vi rientrerebbero direttamente in quanto corrispettivo (magari corrispettivo in natura o per servizi invece che per denaro).

- art. 62, comma 2°, lett. e: *“adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento.”*

È la classica “norma di chiusura”, che senza identificare alcuna condotta in concreto le ricomprende potenzialmente tutte; come stiamo per vedere, neppure il Regolamento attuativo dell'art. 62 ha contribuito a fare maggiore chiarezza.

* * *

Il regolamento attuativo

La poca chiarezza dei divieti è soltanto in parte rimediata dal successivo Regolamento di attuazione adottato con Decreto 19.10.2012, n.199, del Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali.

Detto che la materia rientra magari nelle competenze di tale Ministero per quanto riguarda l'agroalimentare ma, per tutto il resto, è molto più vicina al campo del Ministero Attività Produttive, il regolamento attuativo non risolve la maggior parte dei dubbi segnalati.

Innanzitutto, non fa chiarezza sull'ambito di applicazione di cui si diceva all'inizio: settore agroalimentare o tutti i settori economici?

L'art. 1, comma 1°, del D.M. 199/2012 non lo dice, perchè definisce l'ambito di applicazione di sè stesso, non dell'art. 62, comma 2°, del “pacchetto liberalizzazioni”:

Art. 1 Ambito di applicazione

1. Il presente decreto reca le modalità applicative delle disposizioni di cui all'articolo 62 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Esso si applica ai contratti di cui all'articolo 62, comma 1 e alle relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari, la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana, con particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale.

Se ne può solo trarre la conferma indiretta di quanto ipotizzavamo: l'art. 62, comma 2°, D.L. 1/2012 riguarda tutti i settori (altrimenti non si direbbe nel D.M. 199/2012 “*si applica ai contratti di cui all'articolo 62, comma 1 e alle relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari*”).

Nel solo ambito del regolamento attuativo - quindi con efficacia limitata al solo campo agroalimentare - vengono offerti i seguenti criteri interpretativi dell'art. 62, comma 2° :

Art. 4 Pratiche commerciali sleali

1. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 62, comma 2, lettera e) (...) nell'ambito delle cessioni di prodotti agricoli e alimentari, rientrano nella definizione di "condotta commerciale sleale" anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (High level Forum for a better functioning of the food supply chain), approvate in data 29 novembre 2011, di cui in allegato al presente decreto.

2. Le disposizioni di cui all'articolo 62, comma 2, (...) vietano qualsiasi comportamento del contraente che, abusando della propria maggior forza commerciale, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, ivi comprese quelle che:
a) prevedano a carico di una parte l'inclusione di servizi e/o prestazioni accessorie rispetto all'oggetto principale della fornitura, anche qualora queste siano fornite da soggetti terzi,

senza alcuna connessione oggettiva, diretta e logica con la cessione del prodotto oggetto del contratto;

b) escludano l'applicazione di interessi di mora a danno del creditore o escludano il risarcimento delle spese di recupero dei crediti;

c) determinino, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza, prezzi palesemente al di sotto dei costi di produzione medi dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli.

3. Configura, altresì, una pratica commerciale sleale la previsione nel contratto di una clausola che obbligatoriamente imponga al venditore, successivamente alla consegna dei prodotti, un termine minimo prima di poter emettere la fattura, fatto salvo il caso di consegna dei prodotti in più quote nello stesso mese, nel qual caso la fattura potrà essere emessa solo successivamente all'ultima consegna del mese.

Il riferimento a “*servizi e/o prestazioni accessorie rispetto all'oggetto principale della fornitura*” sembra confermare l'interpretazione proposta poc'anzi, per la quale sono vietate pratiche analoghe al c.d. *tie-in* di derivazione antitrust.

Analogha considerazione vale per i “*prezzi palesemente al di sotto dei costi*” e che siano “*in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza*”: sono fattispecie non dissimili, quanto agli effetti economici che producono, dal “*predatory pricing*” noto nell'esperienza antitrust, specificatamente quella antimonopolistica più ancora che in quella anti-cartello.

Si deve, quindi, ribadire quanto evidenziato in precedenza: quale sarà l'applicazione concreta di norme concepite per l'applicazione in ambito monopolistico, una volta che venga meno il non secondario requisito della capacità del contraente forte di esercitare potere monopolistico sul mercato di riferimento?

Il rischio, come si accennava, è la banalizzazione di una materia oggettivamente complessa, che ha conosciuto numerosi ed importanti cambiamenti di rotta proprio a causa dell'opinabilità di alcuni dei suoi assunti di base sull'influenzabilità dei mercati.

* * *

Le Sanzioni

Ai sensi dell'art. 62, comma 6°, del D.L. 1/2012, la violazione delle norme stabilite al comma 2° comporta una sanzione amministrativa compresa tra 516 e 3.000 € a seconda del beneficio ricevuto da chi ha infranto il divieto, oltre al risarcimento dell'eventuale danno patito dalla controparte.

Quanto al danno subito dal contraente debole, questo rimane disciplinato dalle regole generali: dovrà essere un danno che sia conseguenza immediata e diretta della condotta sleale del contraente forte e, soprattutto, dovrà essere provato dalla parte debole, il che, in molti casi, potrà risultare difficile poiché si avrà a che fare con ipotesi più che con circostanze concrete (cosa sarebbe successo se non vi fosse stata la condotta sleale).

L'efficacia deterrente del "pacchetto liberalizzazioni", in questo senso, non sembra particolarmente incisiva.