APPUNTI LEZIONE SCUOLA FORENSE SR 12.06.2025

“Contratto, clausole contrattuali, abuso di posizione dominante e dipendenza economica.”

I. Introduzione generale: contratto e autonomia negoziale

- Il contratto è espressione dell'autonomia privata (art. 1322 c.c.) e si fonda sul consenso e sulla libertà di determinazione del contenuto.
- Tuttavia, l'autonomia non è assoluta: è limitata da **norme imperative**, dal principio di **buona fede** (artt. 1175, 1337, 1375 c.c.) e dal potere di **integrazione equitativa del giudice** (art. 1374 c.c.).
- Da questa impostazione emerge la necessità di distinguere tra due concetti diversi ma in stretta correlazione tra loro, la buona fede e l'equità.
- La buona fede, come detto, è un dovere di comportarsi con il minor sacrificio possibile degli interessi altrui che ha portata generale, cui le parti sono tenute a conformarsi, indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme, essendo stato elevato a principio generale del nostro ordinamento, applicabile persino quando la legge accorda il diritto di esercitare una certa facoltà con altrui pregiudizio (es. 1460, secondo comma, c.c., in materia di eccezione di inadempimento, ma anche l'art. 1206, sulla mora del creditore).
- Il principio di buona fede, in questo caso, inteso come canone di esercizio del diritto con il minor altrui sacrificio possibile è espressione di una categoria che, nel nostro

ordinamento, al contrario di altri paesi ha avuto applicazione giurisprudenziale¹ e dottrinale², non essendo stata recepita nel nostro Codice civile: l'“abuso di diritto”³.

- In definitiva, la **“buona fede” si atteggia a canone di comportamento per le parti e, allo stesso tempo, anche a strumento di valutazione per il giudice**, tant'è che l'accertata “scorrettezza”, può anche essere fonte di responsabilità risarcitoria (precontrattuale o contrattuale).
- Tuttavia, il nostro ordinamento è orientato ad accordare massima tutela all'autonomia delle parti, motivo per cui, **la violazione del dovere di buona fede può consentire al giudice di integrare e modificare il contratto soltanto ove tale potere, il c.d. “giudizio di equità”, sia espressamente previsto dalla legge.**

II. Buona fede, equità e controllo sulle clausole contrattuali

1. Buona fede ≠ abuso di diritto come canone di comportamento per le parti

- Si applica nelle fasi di:
 - trattative (artt. 1337 e 1338 c.c.⁴)

¹ Anche la più recente giurisprudenza in tema di obbligazioni e contratti ha infatti affermato che l'abuso del diritto ricorre “quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso” (Cassazione civile, sez. III, sentenza 18/09/2009 n° 20106, in Giur. It., 2010, 809 ss.). Fin qui si ha l'applicazione del principio di buona fede, mentre in alcuni casi, come quello di cui si discute, la norma accorda al giudice anche il potere di adottare i rimedi equitativi del caso, ad esempio, disponendo in via inibitoria la prosecuzione del contratto ingiustificatamente interrotto accordando un congruo preavviso alla parte debole che abbia subito l'interruzione arbitraria.

² Alla base della fattispecie **il concetto di “abuso di diritto”**.

Nonostante il divieto di abuso di diritto in Italia fosse previsto nel progetto del nuovo Codice civile italiano del 1942, la disposizione fu eliminata nel testo definitivo.

Pertanto, in ambito civile non si rinviene alcun enunciato normativo, a carattere generale, che vieti espressamente l'abuso del diritto e neppure che lo definisca.

Esistono, tuttavia, alcune disposizioni, quale è quella di cui si discute in cui il concetto di “abuso” viene comunque richiamato dal legislatore (ma si pensi anche al divieto di atti emulativi o all'elusione in materia fiscale).

Il divieto di abuso del diritto richiamato dalla norma in esame è quindi ricondotto proprio alle norme generali di buona fede nell'esecuzione e interpretazione del contratto.

³ L'abuso di diritto come regola generale, trova, invece, espressa disciplina nell'ordinamento tedesco al **§ 226 BGB**, che in realtà è una applicazione generalizzata del divieto di emulazione: “die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen” (**“l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri”**).

⁴ (l'art. 1337 c.c. sancisce espressamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede in pendenza di trattative), al punto da disporre che “la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa

- condizioni sospensive (artt. 1358-1359⁵ c.c.).
- esecuzione (art. 1375 c.c.)

2. Buona fede come criterio integrativo del contratto attraverso il giudizio di equità

- Il giudice può ricondurre ad equità un contratto quando previsto dalla legge:
 - canone ermeneutico di interpretazione (art. 1366 c.c.)
 - strumento di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.), ne è espressione del potere di integrazione modifica singole clausole:
 - riduzione della penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.)
 - potere integrativo del giudice in materia di abuso di dipendenza economica (v. infra).

3. Equità e buona fede come criterio di valutazione (3.1) della corretta esecuzione del contratto (art. 1375) (3.2) come pure laddove occorra riequilibrarne il sinallagma per circostanze sopravvenute.

Ne sono espressione:

- Artt. 1453/1455/1460 c.c. (gravità ed eccezione di inadempimento)

In ambito di contratti perfezionati, la buona fede, quindi si atteggia a parametro di riferimento che consente al giudice di accertare quale fosse l'assetto sinallagmatico anche al fine di poter eventualmente giudicare la sussistenza dei presupposti per la risoluzione del contratto, vale a dire:

- se una delle parti ha alterato il sinallagma con la propria condotta, rendendosi inadempiente (1453 c.c.) sempre che tale alterazione può considerarsi tale da giustificare la risoluzione del contratto che, come noto, presuppone la gravità dell'altrui inadempimento (1455 c.c.)
- allo stesso modo, **in tema di eccezione di inadempimento** la parte **non può rifiutarsi l'esecuzione se il rifiuto è contrario a buona fede** (art. 1460 c.c.). [cfr. **Cassazione civile , sez. III , 18/02/2025 , n. 4134**: Per stabilire se l'eccezione di inadempimento è stata sollevata in **buona fede**, **il giudice di merito deve verificare se la condotta** della parte in concreto inadempiente **ha influito sull'equilibrio sinallagmatico del contratto**, avuto riguardo all'interesse della controparte, valutando la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, non già in rapporto alla rappresentazione soggettiva delle parti, bensì in relazione alla situazione oggettiva.]

d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto" (1338 c.c.).

⁵ La buona fede come "canone di comportamento" **trova applicazione anche in pendenza di condizione**, avendo le parti il dovere di comportarsi secondo buona fede in pendenza di condizione, ossia di non fare nulla di quanto in loro potere per impedire il verificarsi della stessa (1358 c.c.), pena la finzione di avveramento della stessa e conseguente efficacia del contratto (1359 c.c.).

Allo stesso modo, l'equità può entrare in gioco nel guidare il giudice a valutare il comportamento delle parti anche laddove si siano verificate delle circostanze sopravvenute, non dipendenti dalla volontà delle parti, che possono aver alterato l'equilibrio sinallagmatico del contratto.

E' questo il caso delle norme su:

- art. 1467 c.c. (eccessiva onerosità);
- art. 1450 c.c. (rescissione per lesione);

Come noto, infatti, la risoluzione del contratto, oltre che per inadempimento, può avvenire anche (i) per impossibilità o (ii) eccessiva onerosità sopravvenuta, due fattispecie che, di recente, hanno avuto importanti risvolti applicativi in relazione all'impatto che il COVID-19 ha avuto nella prosecuzione di contratti ad esecuzione periodica o continuativa in corso di pandemia.

Con specifico riferimento all'eccessiva onerosità sopravvenuta l'ordinamento accorda alla parte tenuta ad eseguire la prestazione la possibilità di sciogliersi, a meno che la sopravvenuta onerosità rientri nella normale alea del contratto.

Tuttavia, l'ordinamento prevede che solo la parte cui è domandata la risoluzione possa "evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto" (art. 1467 cc).

Il fatto è che, spesso, anche la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa potrebbe avere un interesse a far sopravvivere il contratto, chiedendo di rinegoziare le condizioni.

Il diritto a chiedere la riduzione è specificamente accordato solo in alcuni ambiti, a tutele rafforzate, come le locazioni, dove la norma, ad esempio, accorda al conduttore la possibilità di chiedere una riduzione del canone, in alternativa alla risoluzione, ma solo in presenza di vizi occulti (1578 c.c.) o sopravvenuti (1581). Inutile dire che, anche in questo caso la buona fede gioca un ruolo importante in quanto il risarcimento del danno è escluso se il locatore prova di non essere stato a conoscenza dei vizi al momento della conclusione (è una applicazione particolare dell'art. 1338 c.c.).

La giurisprudenza espressasi sul punto (si vedano, in particolare, i principi richiamati nell'ampia relazione dell'ufficio Massimario della Cassazione n. 56 dell'8.07.2020, che allego) ha più volte rimarcato il fatto che l'art. 1467 non accorda alla parte tenuta all'obbligazione facoltà di offrire una modifica equitativa. La soluzione è stata, quindi, trovata facendo riferimento proprio al dovere delle parti di trattare secondo buona fede ex art. 1337 c.c.

Solo qualora l'altra parte rifiuti di trattare, il giudice potrà rimediare, adottando i giusti rimedi risarcitori e di integrazione equitativa del contratto, espressamente previsti dall'art. 1374 c.c.

Al contrario, il potere del giudice non potrà sostituirsi alla libera determinazione delle parti qualora non si sia raggiunto un accordo all'esito di una trattativa condotta secondo buona fede.

Il concetto di “equità” contrattuale, alla base del giudizio di equità, quindi, è strettamente connesso a quello di buona fede, ma non coincide con esso. Ad esempio, in alcuni casi, l’ordinamento prevede delle forme di “indennizzo” (da determinarsi in via equitativa) qualora una parte subisca un male “giusto”, ossia un pregiudizio che sia conseguenza di una altrui condotta, sia pure conforme ai principi di diritto e di correttezza. La differenza tra indennità e risarcimento è proprio nella conformità della condotta da cui nasce il diritto all’indennizzo ai principi del *neminem laedere* (al contrario, il risarcimento è conseguenza di una violazione di tale principio).

Questi concetti generali ci consentono di introdurre l’argomento dell’abuso di dipendenza economica.

III. Focus: abuso di dipendenza economica

1. Quadro normativo: art. 9, l. 192/1998

- la norma:

Abuso di dipendenza economica

*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 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. **((Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati))⁶.***

*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. **((Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso***

⁶ In neretto le parti introdotte dal La [L. 5 agosto 2022, n. 118](#) ha disposto (con l'art. 33, comma 2) che le presenti modifiche si applicano a decorrere dal 31 ottobre 2022.

l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere))⁷.

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 dei danni. (Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168)⁸.

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 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. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 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.

- Presupposti:

- Soggettivo: impresa “debole” in stato di **dipendenza economica**, valutata⁹ anche in base:
 - alla mancanza di alternative soddisfacenti,
 - alla concentrazione del fatturato,
 - agli switching costs,
 - agli investimenti specifici idiosincratici.
- **Oggettivo: l'abuso** di tale dipendenza.

- **Condotte abusive**

- Il primo comma delinea una fattispecie transtipica;

⁷ Vedi nota precedente.

⁸ Vedi nota 6.

⁹ La giurisprudenza (cfr. a Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 17/09/2019, in AIDA, 2020, 1, 794) ha indicato alcuni possibili indicatori di dipendenza economica, come:

- **a.** la concentrazione del fatturato dell'impresa debole verso quella dominante;
- **b.** l'entità dei costi di commutazione o riconversione (c.d. “switching costs”), che l'impresa in posizione di dipendenza economica sarebbe tenuta a sopportare per spostarsi verso altra relazione contrattuale;
- **c.** la specificità degli investimenti (c.d. “investimenti idiosincratici”) da valutarsi in funzione della durata del rapporto contrattuale.

- Il secondo comma individua dei casi, in presenza dei quali ricorre una presunzione (iuris tantum) di abuso:
 - Imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie.
 - Interruzione arbitraria del rapporto.
 - Clausole che attribuiscono recesso senza preavviso (nulle). Esempi pratici:
 - recesso ad nutum senza congruo preavviso,
 - esclusiva unilaterale,
 - revisione unilaterale di condizioni.

3. Rimedi

- **Nullità delle clausole abusive.**
- **Poteri equitativi del giudice:** ricostruzione del contratto, fissazione di un preavviso, inibitoria del recesso.

Ad esempio, in tema di interruzione arbitraria, la giurisprudenza ritiene pacifico il potere di invalidare le pattuizioni abusive e di adottare misure inibitorie (equità integrativa) che diano disposizioni integrative del testo contrattuale, ad esempio, in caso di interruzione arbitraria (nulle ex art. 6 le clausole che attribuiscono recesso senza preavviso), l'assegnazione di un congruo periodo di preavviso, da determinarsi in via equitativa (cfr. Tribunale Bassano Grappa, 02/05/2013, Fonte: Giurisprudenza Commerciale 2015, 4, II, 774 NOTA (s.m.) (nota di: ARCIDIACONO)).

V. Parallelismo con l'abuso di direzione e coordinamento

L'abuso può essere perpetrato “da una o più imprese”, il che rimanda anche alla responsabilità di gruppo, c.d. “abuso di direzione e coordinamento”.

L'art. 2497 c.c. dispone che “**Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.**”

A differenza dell'abuso di dipendenza economica, che presuppone un rapporto contrattuale per mezzo del quale viene perpetrato l'abuso (responsabilità contrattuale), l'abuso di direzione e coordinamento, è azione che spetta a soci e creditori, vale a dire coloro che, altrimenti, non

avrebbero azione diretta. In questo senso, l'azione, quanto **ai creditori della società abusata**, è uno strumento di responsabilità extracontrattuale, ma che presuppone che la abusata stessa abbia con la abusante, o un vincolo societario di controllo, o un particolare rapporto contrattuale che ne determini la possibilità di una eterodirezione¹⁰, ex art. 2359 ultimo comma. Rispetto a quest'ultima ipotesi, che poi è quella regolata dall'art. 2497 septies c.c., può dirsi che gli elementi costitutivi della fattispecie coincidono, con la differenza sostanziale che, all'abusato spetta l'azione di abuso di dipendenza economica, mentre al creditore dell'abusato, l'azione di abuso di (etero)direzione.

Anche l'attività di direzione e coordinamento è perfettamente lecita purché esercitata, ancora una volta, senza abuso di diritto, ossia in modo conforme ai canoni di correttezza.

Ricorre attività di direzione e coordinamento qualora la capogruppo (o altra società del gruppo) eserciti, in maniera non occasionale, sistematica, poteri di indirizzo tesi ad uniformare la gestione delle società del gruppo con riferimento anche solo a taluni aspetti della gestione (ad es: gli aspetti finanziari oppure organizzativi), sì che gli amministratori della società eterodiretta siano tenuti ad attuare le direttive che promanano dalla società esercente l'attività di direzione.

Il concetto di direzione e coordinamento non deve essere confuso con quello di controllo o collegamento ex art. 2359¹¹: la sussistenza del controllo tra società fonda semplicemente una presunzione relativa circa l'esistenza del rapporto di eterodirezione, superabile fornendo prova

¹⁰ Al contrario, è evidente che il rapporto tra società holding e società eterodiretta, presuppone un vincolo contrattuale. In questo senso, citasi **Cassazione civile , sez. I , 20/03/2023 , n. 7930**:
*L'azione di responsabilità prevista dall' art. 2497 c.c. , promovibile nei confronti di enti che esercitando attività di **direzione** e **coordinamento** di altre società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, postula che i primi svolgano su queste ultime un controllo rispondente al paradigma dell' art. 2359 c.c. , norma che esige - fuori dai casi di dominio o influenza assembleare - che lo stesso si fondi su di un particolare vincolo **contrattuale**, non essendo sufficiente un mero vincolo di fatto, scaturente da una dipendenza economica e tecnologica delle società asseritamente eterodirette e dall'erogazione del credito a lungo termine a loro favore; il relativo accertamento è riservato al giudice del merito e, scaturendo dalla valutazione delle prove, lo stesso è sindacabile in sede di legittimità solo per vizio motivazionale, nei ristretti limiti di cui all' art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.*

Fonte:

*Giurisprudenza Commerciale 2024, 3, II , 652
Giustizia Civile Massimario 2023
Rivista dei Dottori Commercialisti 2023, 2, 310*

¹¹ Ex art. 2359 c.c., “**sono considerate società controllate**:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati”.

contraria. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 2497 sexies, il rapporto di controllo si presume qualora la società sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato.

VI. Parallelismo con l'abuso di posizione dominante

1. Cenni alla disciplina dell'abuso di posizione dominante

Il comma 3 bis dell'art. 9 L. 192/98 contiene un chiaro riferimento ad un'altra fattispecie di abuso, potenzialmente concomitante ma non coincidente: l'abuso di posizione dominante.

In questo caso, l'abuso di dipendenza economica di cui è vittima il subfornitore non ha più soltanto valenza nei rapporti privatistici, ma **diventa solo un tassello di un più ampio abuso, di interesse pubblicistico, ai danni del libero mercato e della concorrenza.**

Chiaro il riferimento alla normativa nazionale Antitrust, l'art. 3 L. 287/1990), che è diretta applicazione nel diritto interno dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e proprio questo interesse pubblicistico giustifica la competenza dell'Autorità garante per la concorrenza nell'accertamento e nell'eventuale irrogazione di sanzioni.

La disciplina di riferimento, come accennato, è l'art. 102 del TFUE, (ma anche diversi regolamenti e direttive di attuazione, l'ultima delle quali, Direttiva 2014/104/UE, recepita a livello interno dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3), che trova la sua attuazione e recepimento nell'art. 3 della L. 287/1990.

2. Presupposti

Il **presupposto oggettivo** di questa diversa ed ulteriore fattispecie di abuso di diritto è **l'esistenza di una posizione dominante** rispetto al mercato (non già rispetto al singolo cliente/fornitore).

Anche in questo caso ad essere sanzionata non è la posizione dominante in sé, ma l'eventuale abuso che di tale posizione viene fatto.

Le posizioni dominanti esistenti non sono invece di per sé vietate, anche perché potrebbero essere conseguenza di naturali dinamiche di mercato (vedi Coca Cola), ma è imposto uno specifico obbligo di comportamento all'impresa che si trova in questa condizione.

Tuttavia, proprio per il fondato timore che le concentrazioni di mercato possano generare abusi, in ottica preventiva, la normativa antitrust disciplina in modo diverso le posizioni dominanti nuove rispetto a quelle già esistenti all'interno del mercato.

Il Regolamento (CE) n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, nonché l'art. 5 e l'art. 6 della Legge 287/1990, si propongono infatti di esercitare un controllo sulla conclusione delle operazioni di concentrazione tra imprese, al fine di impedire la creazione od il rafforzamento di una posizione

dominante sul mercato in quanto si tratta di iniziative che possono eliminare o ridurre in modo sostanziale e duraturo la concorrenza (Es. Incacola).

La normativa antitrust non offre una definizione di “posizione dominante”, da intendersi quale “presupposto oggettivo”.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea definisce “posizione dominante” una situazione di potenza economica grazie alla quale una impresa che, per il suo peso nel mercato, ha **la possibilità di incidere notevolmente sulle modalità con cui si svolge la concorrenza e di tenere, in determinate circostanze, comportamenti senza dover tener conto delle reazioni o azioni degli altri concorrenti e dei consumatori.**

Il potere e della capacità di incidere dipendono (i) dalle caratteristiche e della struttura concorrenziale del mercato e (ii) dal comportamento e dalla capacità di reazione dalle imprese concorrenti oltre che dall'emersione di diversi indizi rilevatori concomitanti aventi ad oggetto:

- **la posizione di mercato** dell'impresa dominante e dei suoi concorrenti:

In questo caso assume rilevanza la detenzione per un periodo di tempo significativo di una quota rilevante. L'Autorità garante per la concorrenza (cfr. Sent., 04/08/2011) ha ritenuto senz'altro rilevante una quota pari o superiore al 70%, una quota tra il 40 e il 70% e significativa ma non necessariamente dominante in assenza di ulteriori fattori. Al di sotto di queste percentuali, la rilevanza tendenzialmente è esclusa salvo che non concorrano ulteriori fattori. Evidente, quindi, che la rilevanza della quota di mercato va valutata caso per caso.

Gli indizi più rilevanti per valutare il peso della quota di mercato, anche in presenza di percentuali di per sé non significative, sono rappresentati da:

- una polverizzazione elevata tra le quote di mercato detenute dalle altre imprese concorrenti;
 - una particolare efficienza della struttura organizzativa dell'impresa dominante (che potrebbe, ad esempio, avvalersi di cicli di produzione e distribuzione estremamente efficienti);
 - la possibilità di avere a disposizione ampie risorse produttive con conseguente capacità di fronteggiare l'incremento di domanda;
 - la possibilità di avvalersi di una rete commerciale molto avanzata ed efficiente;
 - la possibilità di offrire una gamma di prodotti o di servizi estremamente ampia (ciò consentirebbe non solo di differenziare l'offerta rispetto ai concorrenti, ma anche di applicare e mantenere prezzi più elevati).
- **l'espansione e l'ingresso** sul mercato da parte **dei concorrenti.**

L'espansione e l'ingresso dei concorrenti possono dipendere dalla capacità e la forza dei concorrenti stessi, ma anche dalla possibilità di ingresso oggettivamente legate alle caratteristiche del mercato

Gli ostacoli all'espansione o all'ingresso sul mercato possono inoltre avere forme differenti, visto che **si può trattare di barriere giuridiche** (ad esempio, in mercati regolamentati), **finanziarie** (ad esempio: l'accesso sovvenzioni pubbliche), **tecniche** (ad esempio: la titolarità di brevetti o di un know how di particolare rilevanza; il possesso di un elevato livello del settore di ricerca e sviluppo; la possibilità di utilizzare tecnologie importanti) o **commerciali** (ad esempio: la possibilità di affrontare spese pubblicitarie importanti; la titolarità di marchi affermati; la possibilità di avere accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali; la titolarità di una consolidata rete di distribuzione e di vendita).

Il **presupposto soggettivo è sempre l'abuso**, ma, in questo caso, **da parte di chi "domina il mercato"**, **ma ovviamente cambiando il bene tutelato (mercato e concorrenza)**, le fattispecie di abuso sono differenti.

In questo senso, le tipologie di abuso vengono solitamente distinte in base al destinatario della condotta abusiva e alla funzione:

- **abuso di sfruttamento**, quando la condotta è lesiva della clientela (consumatori od imprese intermedie);
- **abuso di impedimento**, quando la condotta è posta a danno dei concorrenti.

3. Analisi della fattispecie.

Sia l'art. 102 TFUE che l'art. 3 della L. 287/90, si articolano in due parti: (i) una clausola generale (ii) ed un elenco, non tassativo (fattispecie trans tipica), composto da quattro fattispecie tipiche di abuso

- (i) Come **regola di carattere generale**, l'abuso di posizione dominante si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere impedendo ai concorrenti di operare sul mercato con conseguente danno anche per i consumatori.
- (ii) Come ogni abuso, ma sia il trattato che la legge interna individuano, in modo sostanzialmente analogo, 4 ipotesi "codificate" di abuso:

È espressamente vietato:

- a) **imporre direttamente o indirettamente** prezzi di acquisto, di vendita o altre **condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose**;
- b) **impedire o limitare** la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;
- c) **applicare nei rapporti commerciali** con altri contraenti **condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti**, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza (c.d. **condotte discriminatorie**);
- d) **subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari** che, per loro natura e secondo gli usi

commerciali, **non abbiano alcuna connessione** con l'oggetto dei contratti stessi.

In presenza di una posizione dominante e di una di queste condotte l'abuso può considerarsi in espressa violazione di legge.

Eventuali condotte diverse (è una fattispecie transtipica), sussumibili nella violazione della regola di carattere generale, dovranno essere valutate caso per caso, verificando se effettivamente la funzione della pratica commerciale dell'impresa dominante sia quella di sfruttare la propria egemonia per ottenere dei vantaggi o per imporre ai concorrenti o ai consumatori condizioni ingiustificatamente gravose.

Le **4 fattispecie tipiche**:

a) L'imposizione di prezzi o condizioni contrattuali inique.

Sono i c.d. prezzi di prezzi o condizioni contrattuali c.d. "predatori". Si può in questi verificare una ipotesi vietata quando l'impresa applica:

- prezzi eccessivamente elevati a danno dei consumatori;
- prezzi troppo bassi a danno dei concorrenti (dumping commerciale).

Con specifico riferimento al dumping, il prezzo può dirsi sottocosto o le condizioni fuori mercato, quando sono inferiori ai costi variabili medi: il carattere di iniquità va valutato attraverso il raffronto tra il prezzo ed i costi, tenendo anche conto dei prezzi e costi di mercati differenti ma omogenei.

L'applicazione di prezzi sottocosto per un dato periodo di tempo rappresenta dunque uno strumento finalizzato ad eliminare o impedire l'ingresso di potenziali concorrenti dato che questi ultimi non potrebbero sostenere prezzi non remunerativi e, una volta eliminato il concorrente, l'impresa dominante non potrebbe riposizionarsi ai valori di mercato.

b) Le limitazioni alla produzione, agli sbocchi od allo sviluppo tecnico.

Si tratta di condotte che, anche in detto frangente, sono dirette a creare delle barriere all'ingresso all'interno di un determinato mercato con l'obiettivo di ostacolare possibili imprese concorrenti.

Un'impresa dominante può, ad esempio provare a precludere il mercato ai suoi concorrenti impedendo loro di vendere ai clienti attraverso il ricorso ad **obblighi di acquisto esclusivo o sconti che prendono il nome di accordi di esclusiva**.

c) Le condotte anticoncorrenziali discriminatorie

Si verifica quando l'impresa titolare di una posizione dominante applica condizioni dissimili per prestazioni equivalenti nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, determinando per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza.

Si tratta di una fattispecie che può verificarsi quando il comportamento sia diretto a falsare la relazione concorrenziale, ostacolando la posizione concorrenziale di alcune delle controparti commerciali dell'impresa rispetto alle altre.

È, ad esempio, il caso in cui l'impresa in posizione dominante preferisce favorire alcuni acquirenti del prodotto o del servizio che non ritiene pericolosi o comunque non concorrenti, sfavorendo invece le imprese concorrenti nel medesimo mercato rilevante ovvero in un altro contiguo.

Costituiscono, ad esempio, un abuso di posizione dominante i **c.d. sconti "target"**, mirati solo a certi operatori di mercato (es. conti concessi ai propri clienti-grossisti).

Un'altra situazione rilevante per la normativa antitrust si verifica nel caso di **rifiuto a contrarre** da parte dell'impresa in posizione dominante senza che la stessa abbia alcuna valida giustificazione

d) I contratti con prestazioni supplementari

Caso in cui l'impresa in posizione dominante subordini la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, non necessariamente connesse a quella principale.

Sono le c.d. vendite abbinate o aggregate ("tying" e "bundling") dei propri prodotti.

4. Misure avverso l'abuso di posizione dominante.

Avverso tali pratiche sono previste misure inibitorie, cautelari e sanzioni sino al 10% del fatturato. Competente il TAR

Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza vanno invece promossi davanti al Tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata delle imprese.

5. Differenze chiave: Abuso di posizione dominante ≠ abuso di dipendenza economica.

	Dipendenza Economica (art. 9 l. 192/98)	Posizione Dominante (art. 102 TFUE, L. 287/90)
Natura	Contrattuale / civilistica	Antitrust / pubblicistica
Obiettivo	Protezione impresa debole	Tutela della concorrenza

	Dipendenza Economica (art. 9 l. 192/98)	Posizione Dominante (art. 102 TFUE, L. 287/90)
Soggetto tutelato	Parte contrattuale	Concorrenti / mercato
Rimedi	Nullità, equità integrativa, risarcimento	Sanzioni AGCM, inibitorie e pecuniarie

6. Punti di contatto

- In entrambe le ipotesi l'elemento centrale è l'**asimmetria di potere**.
- Entrambe sanzionano comportamenti **arbitrari, sproporzionati, disfunzionali** rispetto alla funzione del potere contrattuale o di mercato.
- La **giurisprudenza** richiama in entrambi i casi l'abuso come **violazione della buona fede** e come **indice di squilibrio negoziale**.