

Anna Maria Mancaleoni

*Le pratiche commerciali nella filiera agroalimentare
e la tutela civilistica della parte debole:
riflessioni alla luce dell'esperienza francese*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La Francia: la “contractualisation” dalle origini alla *loi Egalim* – 2.1. L'azione ‘quasi’ civilistica fondata sul *déséquilibre significatif* – 2.2. Il bilancio (provvisorio) negativo della *loi Egalim* – 3. La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare: cenni generali – 4. Il dibattito sull'art. 62 d.l. 1/2012 – 4.1. La giurisprudenza relativa all'art. 62 – 5. Riflessioni finali: i limiti della tutela civilistica e la necessità di un approccio differenziato (e *cross-border*).

1. *Introduzione*

Il 17 aprile 2019 è stata adottata la direttiva UE 2019/633 “in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare”, destinata ad essere attuata entro il 1° maggio 2021. La nuova direttiva, pur presentando contenuti non originali, ma comunque già presenti, in diversa misura, nel diritto degli Stati membri¹, riporta l'attenzione su una materia che è di per sé di estremo interesse e complessa, sia dal punto di vista teorico-sistematico, sia dal punto di vista pratico (considerando anche la crucialità del settore). Occorre tener conto, in particolare:

- delle interferenze tra la regolamentazione pubblicistica, la disciplina privatistica e quella antitrust, ed eventualmente misurarsi con la specialità che la politica agricola comune (PAC) riveste nel diritto

¹ Per il dibattito che ha portato alla direttiva, oltre agli atti e documenti preparatori (elencati al cons. 3 della posizione del Parlamento europeo e ai cons. 1-2 del preambolo alla proposta originaria) v. i due studi del *Joint Research Center (JRC)* della Commissione europea: DI MARCANTONIO, CIAIAN (eds.), *Unfair trading practices in the food supply chain, A literature review on methodologies, impacts and regulatory aspects*, Luxembourg, 2017; CAFAGGI, IAMICELI, *Unfair trading Practices in the business-to-business retail supply chain, An overview of Member States legislation and enforcement mechanisms*, Luxembourg, 2018.

antitrust²;

- della specificità del mercato e del prodotto di volta in volta in considerazione;
- delle possibili ricadute delle scelte di *policy* sui consumatori: la tutela del produttore potrebbe andare a discapito di quella del consumatore, anche a seconda delle priorità che vogliono assegnarsi a quest'ultima (si pensi al possibile conflitto tra l'obiettivo di diminuzione-contenimento dei prezzi e la garanzia di tutela della qualità e della salute);
- del fatto che, nella prospettiva della concorrenza tra regole e ordinamenti giuridici, la scelta per una data regolamentazione ha ripercussioni che travalicano non soltanto i mercati nazionali – e da ciò l'intervento dell'Unione europea – ma anche quello europeo: una maggiore tutela del produttore e della qualità del prodotto può collocare il mercato europeo in posizione di svantaggio rispetto agli altri mercati mondiali.

Quindi, trattandosi di 'cibo', vengono in considerazione anche valori di rilevanza non meramente economica, quali, in particolare, la sicurezza, la salute, l'ambiente, l'identità culturale, in ultima analisi lo stesso 'essere' ("l'uomo è ciò che mangia").

Nell'ottica più strettamente civilistica, la disciplina delle pratiche commerciali nella filiera agroalimentare rinvia immediatamente al dibattito sulla tutela contrattuale della parte debole che non si qualifichi come consumatore, che in Italia ruota attorno alle categorie del c.d. terzo contratto e del contratto con asimmetria di potere contrattuale. In tale ottica, il presente contributo si concentra sulle problematiche, maggiormente esplorate dalla giurisprudenza, inerenti al rapporto tra fornitori e grande distribuzione organizzata (GDO), per poi svolgere una riflessione sull'efficacia della tutela civilistica in genere. Lo spunto per la riflessione proviene dall'esperienza francese, che, nello scenario europeo, è particolarmente esemplificativa delle problematiche *de quibus*, per più ragioni.

² Cfr. Corte giust. UE, Grande sezione, 14 novembre 2017, C-671/15, *Président de l'Autorité de la concurrence c. Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e a.*: la Corte di giustizia ha precisato le condizioni necessarie affinché le organizzazioni rappresentative dei produttori siano autorizzate a fissare un prezzo comune per i propri membri, in deroga all'art. 101 TFUE. A seguito della sentenza il regolamento UE 2017/2393 (regolamento c.d. *Omnibus*), modificando il regolamento UE 2013/1308 sull'organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli (regolamento OCM), autorizza certe organizzazioni a pianificare e negoziare la produzione dei propri membri, senza dover dimostrare il carattere necessario e proporzionato di tali pratiche.

In Francia l'agricoltura è un settore chiave dell'economia e nel dibattito politico i problemi del comparto, ivi incluso quello della giusta remunerazione dei produttori e dei fornitori in rapporto alla grande distribuzione, hanno avuto grande visibilità negli ultimi anni³. Guardando al dato giuridico, si osserva che, in tempi recenti – da ultimo con la *loi* 2018-938 del 30 ottobre 2018 – la Francia ha regolamentato specificamente la contrattazione nella filiera agroalimentare. Inoltre, la giurisprudenza e l'autorità antitrust sono state chiamate ad applicare le disposizioni generali in materia di pratiche *lato sensu* anticoncorrenziali nello specifico contesto del rapporto tra fornitori e GDO. Da ciò l'utilità e l'attualità del raffronto particolarmente con questa esperienza nazionale.

Ciò premesso, di seguito si illustrerà il quadro giuridico francese, evidenziando quelle caratteristiche che maggiormente mettono in luce i profili di effettività della tutela della parte debole; quindi, da tale illustrazione si trarranno degli spunti utili per una ri-considerazione della disciplina italiana.

2. La Francia: la contractualisation dalle origini alla *loi Egalim*

Nel 2010 la *loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMA)* ha disciplinato i contratti all'interno della filiera agroalimentare facendo perno

³ Il tema è trattato anche nella cronaca giornalistica. Alcuni articoli – prescindendo qui dalla veridicità di quanto riportato – denunciano gli abusi commessi dalla grande distribuzione nei confronti dei fornitori, che sarebbero costretti ad accettare condizioni 'capestro' al termine di lunghe trattative, in prossimità della *deadline* entro cui la convenzione annuale di fornitura deve, per legge, essere firmata. Uno di tali articoli, per esempio, descrive l'andamento della trattativa in forma di fotoromanzo: il distributore escogiterebbe vari artifici per mettere sotto pressione il negoziatore-fornitore nelle varie fasi della negoziazione, da un incontro a quello successivo, costringendolo infine a cedere; il box in cui prende posto materialmente il fornitore in sede di negoziazione del contratto verrebbe surriscaldato dall'industriale o dal distributore, così da rendere l'ambiente opprimente e così abbassare la soglia di resistenza della controparte. V. BERTHELOT, *Les techniques des distributeurs pour faire plier les fournisseurs*, in *Capital*, 19 settembre 2016, <http://www.capital.fr/economie-politique/les-techniques-des-distributeurs-pour-faire-plier-les-fournisseurs-1166067>. Cfr. anche LECLERC, *Leclerc: ses méthodes de brute pour faire plier les fournisseurs*, in *Capital*, 1° marzo 2018, <http://www.capital.fr/economie-politique/leclerc-ses-methodes-de-brute-pour-faire-plier-les-fournisseurs-1246966>; PRUDHOMME, "Un de nous fait le gentil, un autre est agressif...", *négociations sous pression dans la grande distribution*, in *Le Monde*, 1° febbraio 2020, http://www.lemonde.fr/economie/article/2020/02/01/un-de-nous-fait-le-gentil-un-autre-est-agressif-negociations-sous-pression-dans-la-grande-distribution_6028050_3234.html (ultimo accesso ai siti 10 febbraio 2020).

sulla c.d. “contractualisation”: la legge, cioè, prevede che il contratto si concluda a seguito di una procedura di negoziazione articolata, nella quale l’indicazione degli elementi del contratto e il rispetto della tempistica giocano un ruolo fondamentale nel promuovere la trasparenza, la pianificazione e l’equilibrio dei rapporti tra le parti⁴. Tale impostazione trova conferma nella più recente *loi* n. 2018-938 del 30 ottobre 2018 “pour l’équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous”⁵ (*loi Egalim*; da qui in avanti “LE”), in vigore dal 2 novembre 2018 (salve le disposizioni la cui entrata in vigore è stata differita al fine di consentire agli operatori la possibilità di far fronte al cambiamento; le disposizioni relative alla *contractualisation* sono in vigore dal 1° febbraio 2019)⁶.

La *LE* è molto ampia. La prima parte concerne l’équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire e mira, essenzialmente, a garantire la giusta remunerazione di tutti gli anelli della filiera, facendo in modo che anche quelli a monte (produttori, fornitori) beneficino dei profitti realizzati a valle, segnatamente dalla grande distribuzione (“ruissellement” è l’espressione comunemente utilizzata nel dibattito relativo alla legge). La seconda parte comprende misure “en faveur d’une alimentation saine, de qualité durable, accessible à tous et respectueuse du bien-être animal”, che sono estremamente eterogenee: da divieti concernenti l’uso della plastica per imballaggi, utensili e accessori, a regole relative alle

⁴ L’impostazione della *LMA* ha costituito il modello su cui si è basato il regolamento UE 261/2012 concernente il latte e i prodotti lattiero-caseari (nonché la disciplina italiana introdotta nel 2012); la legge, tuttavia, non si è dimostrata sufficiente a rimediare allo squilibrio, anche per il limitato ruolo svolto dalle organizzazioni comunitarie dei produttori, che dovevano essere i motori della contrattualizzazione, ancora poco numerose. V. DEL CONT, *Filières agroalimentaires et contrat: l’expérience française de contractualisation des relations commerciales agricoles*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012, n. 4, pp. 1-28, e in ALBISINNI, GIUFFRIDA, SAIJA, TOMMASINI (a cura di), *I contratti del mercato agroalimentare*, Napoli, 2013, pp. 247-274.

⁵ In quanto fa seguito a quanto emerso durante gli *Etats généraux de l’alimentation*: un summit fra rappresentanti del settore agricolo, dell’industria agroalimentare, del commercio e della grande distribuzione, delle associazioni dei consumatori e dei rappresentanti della società civile, svoltosi tra luglio e dicembre 2017.

⁶ Tra i primi commenti di sintesi della legge v. CHONÉ-GRIMALDI, *Loi Egalim: un nouveau droit de la distribution des produits agricoles et alimentaires*, in *JCP, E*, n. 3, 17 gennaio 2019, n. 1021; L. VOGEL, J. VOGEL, *La réforme du droit des relations commerciales par la loi Egalim*, in *Actualité Juridique Contrat*, 2018, p. 510 ss.; BUY, *Réforme du droit des relations commerciales agricoles: la “contractualisation”, acte 2*, *ivi*, p. 504 ss. Per un quadro più ampio e dettagliato v. i numerosi contributi pubblicati nel fascicolo n. 472 della rivista *Droit rural*, dell’aprile 2019, interamente dedicato alla *LE*.

condizioni di vendita e di utilizzo dei fitofarmaci, al benessere animale.

I contenuti della legge sono parsi ai primi commentatori non facilmente intelligibili, per più ragioni: sono presenti numerose disposizioni di dettaglio; la disciplina si colloca in parte nel *code de commerce* e in parte nel *code rural et de la pêche maritime*; si fa rinvio a ordinanze, successivamente adottate⁷; vi sono numerosi rinvii non solo ad altre parti degli stessi codici e da un codice all'altro, ma anche al diritto dell'Unione europea, che si presenta, a propria volta, di non immediata cognizione (in particolare il regolamento OCM, modificato nel 2017 dal regolamento *Omnibus*, non è disponibile in versione consolidata); sia nel diritto interno, sia nel diritto UE le regole possono variare a seconda dello specifico comparto; al di là di quanto previsto nella specifica *sedes materiae*, necessariamente dovranno talvolta applicarsi anche i principi e le regole generali.

Per quanto riguarda la disciplina dei rapporti commerciali, tra i tratti salienti e innovativi risultanti dalla *LE* ci si limita qui a segnalare i seguenti.

Come già in base alla *LMA* del 2010, non vi è un obbligo generale di forma scritta per la stipulazione del contratto: l'obbligo sussiste soltanto qualora così sia previsto in virtù dell'«estensione» dell'accordo stipulato tra le associazioni di categoria o in forza di *décret* del *Conseil d'État* (con riferimento ai prodotti o alle categorie di prodotti ivi specificati)⁸; se concluso in forma scritta, il contratto deve contenere le clausole specificate (art. L. 631-24 *code rural*). Peraltro, a fronte di un marcato formalismo, nulla si prevede sulla validità del contratto concluso in difetto di scritto: la legge si limita a prevedere l'applicazione di un'«amende civile» (cioè di una sanzione pecuniaria, da pagare alle casse dello Stato, che il giudice civile può comminare in aggiunta all'eventuale risarcimento del danno⁹); non consta giurisprudenza concernente la violazione delle prescrizioni di forma.

⁷ *Ordonnance n. 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires*; *Ordonnance n. 2019-358 du 24 avril 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas*; *Ordonnance n. 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*; *Ordonnance n. 2019-361 du 24 avril 2019 relative à l'indépendance des activités de conseil à l'utilisation des produits phytopharmaceutiques et au dispositif de certificats d'économie de produits phytopharmaceutiques*; *Ordonnance n. 2019-362 du 24 avril 2019 relative à la coopération agricole*; *Ordonnance n. 2019-363 du 24 avril 2019 étendant les pouvoirs de police judiciaire des agents mentionnés à l'article L. 205-1 du code rural et de la pêche maritime et à l'article L. 511-3 du code de la consommation*.

⁸ Art. L. 631-24-2 *code rural*.

⁹ Sul punto v. JAVAUX, *L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages?*, in *JCP, G*, 11 febbraio 2019, pp. 276-277.

Al fine di evitare imposizioni di clausole da parte del primo acquirente nei confronti del produttore, l'offerta contrattuale deve provenire da quest'ultimo (e non più dal primo, come era previsto dalla *LMA*; c.d. "inversion de la contractualisation")¹⁰. Inoltre, ogni rifiuto di adesione alla proposta di contratto o di accordo-quadro da parte del primo acquirente, come anche qualsiasi riserva su uno o più elementi della proposta, deve essere motivato e trasmesso al proponente in un tempo ragionevole avuto riguardo alla tipologia di produzione in considerazione¹¹.

Quindi, i contratti stipulati all'interno della filiera successivi al primo, devono riportare gli indicatori che sono serviti a fissare il prezzo della prima cessione ("inversion de la construction des prix")¹².

Proprio la determinazione degli indicatori dei prezzi è risultata un profilo particolarmente controverso nel dibattito che ha portato alla legge e la soluzione alla fine accolta è tutt'altro che risolutiva. Si introduce, infatti, l'obbligo di "prendre en compte" numerosi indicatori, correlati ai costi di produzione e ai prezzi constatati sui mercati, laddove, precedentemente, la legge si limitava a richiedere di "faire référence" a tali indicatori. Da una parte, dunque, il legislatore ha voluto rendere il riferimento agli indicatori più coercitivo, dall'altra, trovandosi nell'impossibilità di introdurre un regime di prezzi imposti, ha finito con l'introdurre una norma dal contenuto precettivo vago, giacché non è chiaro cosa debba intendersi per "prendre en compte". È attribuito all'*Observatoire de la formation des prix et des marges* il compito di 'misurare', ogni anno, il rispetto di tale prescrizione nell'ambito di ciascuna filiera (art. L. 682-1 *code rural*).

In continuità con il diritto dell'Unione europea, è rafforzato il ruolo delle organizzazioni e delle associazioni di produttori: queste, in particolare, propongono contratti-tipo (e non soltanto, come in precedenza, clausole-tipo) e hanno l'obbligo, in conformità con il regolamento OCM, di elaborare e diffondere degli indicatori di riferimento, potendo "appoggiarsi" sull'*Observatoire des prix et des marges* e su *France AgriMer*¹³. Viene ridisciplinata la clausola di rinegoziazione¹⁴. È valorizzata la mediazione:

¹⁰ Ciò fatta eccezione per i casi in cui la conclusione del contratto in forma scritta non è obbligatoria e il produttore esiga dall'acquirente un'offerta scritta, come previsto dagli artt. 148, 1 *bis* e 168 del regolamento CE 1234/2007: art. L. 631-24 *code rural*, al. 2.

¹¹ Art. L. 631-24 *code rural*, al. 2, ultimo periodo.

¹² Art. L. 631-24-1 *code rural*.

¹³ Art. L. 631-24 *code rural*, al. 3, secondo capoverso.

¹⁴ Art. L. 441-8 *code de commerce*: in particolare, i contraenti hanno ora l'obbligo – non più la mera facoltà – di fissare una soglia per la rinegoziazione; il termine per la rinegoziazione si riduce da due mesi a uno e in caso di fallimento è obbligatorio il ricorso al mediatore (salvo

diviene obbligatoria e la durata viene ridotta da tre mesi a un mese¹⁵.

In attuazione della *LE*, l'*Ordonnance n. 2019-359* del 24 aprile 2019 ha riscritto il titolo IV (“De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d’autres pratiques prohibées”) del libro IV (“De la liberté des prix et de la concurrence”) del *code de commerce*, dettando sia norme di applicazione generale, sia norme specificamente concernenti il settore agroalimentare (Capitolo III, “Dispositions spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires”, artt. da L. 443-1 a L. 443-4).

L'*Ordonnance n. 2019-358* del 24 aprile 2019 “relative à l’action en responsabilité pour prix abusivement bas”, ha generalizzato la responsabilità dell’acquirente di prodotti agricoli o di derrate alimentari nei confronti del fornitore cui abbia praticato un prezzo di cessione “abusivamente basso”: l’obbligo di risarcire il danno sussiste per tutti i prodotti e a prescindere da situazioni eccezionali (non più esclusivamente “en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles”); ai fini della quantificazione del danno fungono da parametro gli indicatori di prezzo di cui sopra (art. L. 442-7 *code comm.*).

2.1. L’azione “quasi” civilistica fondata sul déséquilibre significatif

La disciplina privatistica dei rapporti interni alla filiera agroalimentare si interseca con il tema della tutela della parte debole in generale, e, pertanto, con l’evoluzione del diritto dei contratti culminata nella recente storica riforma del *code civil*; si interseca, inoltre, con la disciplina delle pratiche anticoncorrenziali¹⁶.

La riforma del *code civil* si è caratterizzata anche per un diffuso recepimento delle istanze di giustizia contrattuale, in senso lato. Per quanto qui maggiormente rileva, il criterio del *déséquilibre significatif*, noto nel contesto delle *clauses abusives* nei contratti con i consumatori, è stato

arbitrato); ciò vale, tuttavia, per i prodotti compresi in una lista determinata mediante *décret*. La nuova disciplina deve essere coordinata con l’art. 172 *bis* del regolamento OCM, nel testo derivante dal regolamento *Omnibus*, che autorizza la stipulazione di clausole volte a stabilire come debbano essere ripartite tra agricoltori e primi acquirenti le variazioni di prezzo nel mercato pertinente.

¹⁵ Art. L. 631-28. Il termine è prorogabile per un altro mese in caso di accordo tra le parti.

¹⁶ In tale prospettiva v., anche per le intersezioni con la disciplina dei rapporti agroalimentari, JACOMINO, *Le contrôle objectif de l’équilibre contractuel entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Tesi di dottorato, Nizza, 2018. Cfr., inoltre, lo studio di BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, in *JCP, G*, n. 21, 25 maggio 2015, *doctr.* 603, p. 1003 ss.

promosso a strumento di tutela generale *ratione subiecti* ogniqualvolta il contratto sia stato concluso mediante condizioni generali (specificandosi, così come nel *code de la consommation*, che la valutazione di abusività non può vertere sull'oggetto principale del contratto nè sull'adeguatezza del prezzo rispetto alla controprestazione¹⁷¹⁸.

Dal 2008, inoltre, il criterio del *déséquilibre significatif* figura anche nel *code de commerce*, costituendo elemento di una delle pratiche “restrictives” della concorrenza ivi vietate: è *pratique restrictive* il “soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un *déséquilibre significatif* dans les droits et obligations des parties” (art. L. 442-6-I, 2 *code de commerce*, versione post-*LE*). L'introduzione di tale fattispecie è avvenuta contestualmente alla soppressione dell'“abus de dépendance économique”, una pratica che si era rivelata ambigua e priva di concreta utilità, giacchè la giurisprudenza tendeva a considerarla sussistente in presenza di un pregiudizio al mercato e quest'ultimo era difficilmente riscontrabile (nonostante la legge avesse riqualificato la pratica come *restrictive*, e non più come “anticoncurrentielles”)¹⁹.

¹⁷ Art. 1171, *al. 2*, *code civil*; art. L. 212-1 (e precedentemente L. 132-1), *al. 2.*, *code consomm.* Tra i tanti, v. GAUDEMET, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil*, in *Contrats Concurrence Consommation*, n. 5, maggio 2016, *dossier 5*. Se l'introduzione di tale criterio nel *code civil* può giustificarsi quale correttivo alla formale soppressione, con la stessa riforma, della *cause*, si dubita, tuttavia, che esso sia concetto meno indeterminato: in tal senso v., per es., MOUJAL BASSILANA, *Le déséquilibre significatif (Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce)*, in *Jurisclasser Concurrence Consommation*, Fasc. 730, LexisNexis, 2015, par. 4-5.

¹⁸ Ulteriori nuove disposizioni ampliano *prima facie* lo spettro della tutela della parte debole: in particolare, si contemplano l'abuso nella fissazione del prezzo (art. 1165) e la *violence* c.d. économique (l'abuso dello stato di dipendenza della controparte allo scopo di ottenere vantaggi manifestamente eccessivi: art. 1143); il contratto è nullo se la controprestazione è *illusoire* o *dérisoire* (art. 1169); ogni clausola che privi l'obbligazione della sua sostanza è reputata non scritta (art. 1170).

¹⁹ Nella sistematica del diritto della concorrenza, le *pratiques restrictives* si contrappongono alle «*pratiques anticoncurrentielles*»: le prime, diversamente dalle seconde, non richiedono la sussistenza del pregiudizio al mercato. L'*abus de dépendance économique* era stato introdotto nel 1986 come *pratique anticoncurrentiell* (insieme con l'abuso di posizione dominante); quindi la *loi 96-588 sur la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales (loi Galland)* aveva reso le *pratiques restrictives de concurrence* sanzionabili *per se*, a prescindere dal pregiudizio al mercato (dal giudice ordinario e non dall'Autorità della concorrenza); quindi la *loi 2001-420 sur les nouvelles régulations économique (NRE)*, influenzata dal diritto tedesco, ha riqualificato l'*abus de dépendance économique* quale *pratique restrictive*. Nel 2008 la *LME* ha modificato l'art. L. 442-6-I-2 *code commerce*, sopprimendo l'*abus de dépendance économique* e inserendo una disposizione a maglie più larghe. Per la ricostruzione dell'evoluzione normativa v. MOUJAL BASSILANA, *Le déséquilibre significatif (Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce)*, cit.; MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Paris, 2003, p. 88 ss.; A. DECOQ, G. DECOQ,

Pertanto, il criterio formale del *déséquilibre significatif* è incorporato nel *code de la consommation*, nel *code de commerce* e nel *code civil*, potendo assumere contenuti simili o diversi a seconda del contesto: nel mutato quadro normativo possono osservarsi fenomeni sia di reciproca influenza, sia, al tempo stesso, di distacco tra i vari statuti del contratto, quali risultanti dai vari *codes* (*civil, de la consommation, de commerce, rural et de la pêche*), nonché dal raffronto tra diritto dei contratti e diritto della concorrenza (fermo restando che l'assetto non appare al momento stabile, anche per la novità delle riforme e i continui interventi chiarificatori della giurisprudenza, ivi incluso *Conseil Constitutionnel*)²⁰.

Ciò premesso, i contratti tra i fornitori e la grande distribuzione sono quelli più spesso sottoposti al vaglio della giurisprudenza chiamata ad applicare l'art. L. 442-6-I, 2 (L. 442-1, 2° *code de commerce*, nella versione post-*LE*). Tra le clausole contrattuali oggetto di scrutinio figurano, per esempio, quelle che prevedono storni di fine d'anno a favore del distributore, condizionati (in quanto dipendenti, per esempio, dal raggiungimento di un certo volume di vendite dei prodotti di quel fornitore) o incondizionati, la restituzione degli invenduti, l'imposizione dell'obbligo per il fornitore di intervenire a richiesta, la revisione del pezzo o i termini per i pagamenti²¹; si tratta di pratiche ricorrenti nella prassi del settore e che possono ricadere nell'ambito di applicazione della direttiva UE 633/19 e della disciplina italiana.

La casistica francese, peraltro, si caratterizza in quanto non origina da azioni promosse dal fornitore-contraente leso, ma dal Ministro dell'economia: la previsione di un'azione civilistica ad iniziativa di quest'ultimo costituisce la più marcata peculiarità della disciplina in esame²². Tale azione è anomala²³, dal momento che il Ministro può agire non soltanto per chiedere

Droit De La Concurrence, Paris, 2008, p. 399 ss.

²⁰ Il contesto specifico e le finalità perseguite in termini di politica del diritto possono condizionare anche le sanzioni comminabili di volta in volta e, ragionando nell'ottica privatistica, anche la nullità contrattuale, la cui disciplina in Francia, com'è noto, è correlata alla distinzione tra *ordre public* di *direction* e di *protection*; tale distinzione, di per sé evanescente, è resa ancora più incerta dall'evoluzione legislativa recente: sul punto cfr. *Cass., Chambre Mixte*, 10 febbraio 2017, che, in relazione alla violazione delle prescrizioni di forma, ha affermato che per stabilire se vi sia nullità occorre guardare alla finalità perseguita di volta in volta dalla disposizione violata.

²¹ In maggior dettaglio v. BEHAR-TOUCHAIS, *Un déséquilibre significatif à deux vitesses*, cit., par. 13.

²² Art. L. 442-4 *code commerce* (post-*LE*).

²³ La stessa legittimità dell'azione è risultata dubbia al momento della sua introduzione: i crediti risarcitori o restitutori che i fornitori possono vantare nei confronti della controparte risultano strumentalizzati a finalità di *ordre public économique*, giacché il ministro può agire

la *cessation* della pratica e l'applicazione di una *amende civile*, ma anche per far constatare la nullità delle clausole illecite e chiedere la restituzione di quanto indebitamente percepito dalla controparte (*répétition de l'indu*), così sostituendosi, nella sostanza, alla parte lesa²⁴.

Nel 2009 il Ministro dell'economia ha agito contro nove grandi nomi della distribuzione, e da tali iniziative sono scaturite, nel 2015, le prime pronunce di accoglimento della *Cassation*. In occasione di tali vicende il *Conseil Constitutionnel* è stato chiamato a vagliare la legittimità costituzionale del controllo sull'equilibrio contrattuale previsto dal *code de commerce* in rapporto a diversi parametri, tra cui il principio costituzionale "de légalité des délits et des peines": all'accertamento della violazione, infatti, può accompagnarsi la comminazione dell'*amende civile*, la quale ha natura punitiva e la cui legittimità è, pertanto, subordinata alla sussistenza di criteri che consentano al potenziale autore della violazione di individuare con sufficiente certezza quali comportamenti lo espongano alla sanzione.

Nel 2011 il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto conforme a Costituzione

anche in assenza di creditori concreti; la sanzione dell'ammenda civile, che può rappresentare un *quantum* importante, sarebbe evocativa un intervento di *police économique*: v. RAYNARD, *Le ministre, le juge et le contrat. Réflexion circonspectes à propos de l'article L. 442-6-III du code de commerce*, in *JCP, E*, n. 27-28, 5 luglio 2007, p. 1864 ss.

²⁴ L'*Ordonnance* n. 2019-359, cit., riscrivendo il titolo IV del *code commerce*, ha meglio disciplinato l'azione del Ministero dell'economia: chiunque vi abbia interesse può domandare la cessazione della pratica e il risarcimento del danno; soltanto la parte vittima dello significativo squilibrio (e delle altre pratiche restrittive) può agire in giudizio per far valere la nullità delle clausole o dei contratti illeciti e chiedere la restituzione degli *avantages indus*; il Ministro dell'economia o il pubblico ministero possono agire per far constatare la nullità delle clausole o l'illiceità dei contratti e chiedere la restituzione dei vantaggi ingiustamente ottenuti soltanto quando le vittime delle pratiche siano state informate, con tutti i mezzi, dell'introduzione dell'azione; essi possono, inoltre, chiedere l'applicazione di una *amende civile* il cui ammontare non può accedere la somma più elevata tra le seguenti: 5 milioni di euro; il triplo dell'ammontare dei vantaggi ingiustamente percepiti; il 5% del fatturato netto realizzato in Francia dell'autore (art. L. 442-4 *code de commerce*). Nella precedente formulazione la disposizione sollevava il dubbio che l'azione di nullità fosse riservata al Ministro dell'economia; inoltre, non era chiaro se il Ministro dell'economia potesse agire senza che il 'sostituto' fosse informato della pendenza dell'azione (così avendo la possibilità di intervenire). Sul punto, il *Conseil Constitutionnel* aveva ritenuto che l'azione del Ministro fosse conforme a Costituzione a condizione che il fornitore fosse informato dell'esercizio dell'azione: sentenza 13 maggio 2011, n. 2011-126 (commentata da CHAGNY, in *Concurrences*, 2011, 3, pp. 129-132); la legittimità dell'azione è stata confermata da Corte EDU, 17 gennaio 2012, n. 51255/08, *Galec c. France*, in relazione all'art. 6 CEDU, in quanto è fatta salva per il convenuto la possibilità di chiamare in causa i fornitori e far sì che questi prendano eventualmente posizione.

la disposizione *de qua*²⁵: al fine di determinare quando una pratica commerciale sia contrastante con la previsione legislativa il legislatore avrebbe fatto implicito rinvio alla nozione di *déséquilibre significatif* come elaborata dalla giurisprudenza in relazione alle clausole *abusives* nei contratti con i consumatori (art. L. 212-1, e precedentemente L. 132-1, *code consomm.*), e a questa stessa elaborazione giurisprudenziale, pertanto, può farsi riferimento per individuare le condizioni in presenza delle quali l'operatore commerciale si espone alla sanzione.

Nella successiva evoluzione giurisprudenziale il *déséquilibre significatif* ha assunto portata più ampia: nel 2017 la *Cassation commerciale* ha stabilito che il controllo giudiziale può vertere anche sull'equilibrio tra le prestazioni (*Galec*²⁶), trovando sul punto l'avallo del *Conseil Constitutionnel* (*Carrefour*

²⁵ *Conseil Constitutionnel*, 13 gennaio 2011, n. 2010-85.

²⁶ *Cass. Com.*, 25 gennaio 2017, n. 15-23.547, *FS-P+B, Galec SAC c. Min éc.*, su cui v., in senso critico, BEHAR-TOUCHAIS, *La prise du pouvoir du juge sur les négociations commerciales. À propos de l'arrêt Galec*, *JCP, G*, n. 10, 6 marzo 2017, *doctr.* 255; MATHEY, *Contrôle judiciaire des réductions de prix*, in *Contrats Concurrence Consommation*, n. 4, aprile 2017, *comm.* 77; LE GAC-PECH, *L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion*, in *JCP*, n. 10, 9 marzo 2017, 1135. Nel caso *de quo* il Ministro dell'economia, sulla base delle risultanze emerse a seguito dei controlli svolti dalla *Direction Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF)*, aveva affermato davanti al Tribunale commerciale di Parigi che Galec, cooperativa centrale di acquisto dei magazzini Leclerc, aveva imposto a 46 dei suoi fornitori il pagamento di storni di fine d'anno, dietro contropartite fittizie (in 109 contratti), o senza alcuna contropartita (in 9 contratti); il Tribunale commerciale aveva respinto l'azione, ritenendo che il Ministro non avesse dato prova tangibile del «soumettre ou tenter de soumettre»; inoltre, secondo il Tribunale, l'art. L. 442-6-1, 2° *code de commerce* non sarebbe stato applicabile con riferimento al prezzo pattuito per la prestazione, in quanto l'art. L. 132-1 (ora L. 212-1) *code consomm.*, alla cui giurisprudenza il *Conseil Constitutionnel* aveva fatto riferimento nella decisione del 2011 sopra menzionata, non consente il controllo sulla corrispettività delle prestazioni; quindi, la Corte d'appello di Parigi ribaltava l'esito, ritenendo sussistente il significativo squilibrio tra le prestazioni oggetto del contratto e condannando Galec a versare al tesoro pubblico oltre 61.000.000 di euro, destinate a essere restituite ai fornitori, oltre a 2 milioni di euro a titolo di *amende civile*. La Cassazione affermava che il controllo giudiziale sul prezzo è implicito nella previsione, nello stesso codice di commercio, di obblighi di trasparenza in relazione alla convenzione scritta annuale, che consentirebbe di confrontare il prezzo praticato tra le parti con quello inizialmente indicato. In senso critico cfr. ancora BEHAR-TOUCHAIS, *La prise du pouvoir du juge sur les négociations commerciales*, cit., par. 6: nella sostanza, nel ragionamento della Corte, dalle previsioni in materia di trasparenza del prezzo si evincerebbe la possibilità di controllo sulla *lésion*, e ciò equivarrebbe a dire che l'obbligo di esporre i prezzi nei locali commerciali legittimerebbe l'amministrazione a esercitare un controllo sui prezzi, risuscitando l'economia «amministrata»; oltre tutto, l'art. L. 441-7 ha valore legislativo, per cui deve rispettare i principi costituzionali di libertà contrattuale e di impresa e quello di proporzionalità.

et Interdis)²⁷. L'indirizzo così inaugurato ha suscitato perplessità, alla luce del fatto che analogo controllo giudiziale è specificamente precluso nel caso di contratti con i consumatori (*al.* 2 dell'art. L. 212-1 *code cons.*; art. 4, par. 2, direttiva CEE 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori)²⁸. Il *Conseil Constitutionnel*, inoltre, non ha fornito una motivazione soddisfacente, limitandosi a fare rinvio al proprio precedente del 2011, con il quale la legittimità della previsione dell'art. L. 442-6, I, 2° *code de commerce* era stata giustificata, come sopra evidenziato, in virtù di un implicito rinvio della legge ai criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori. Tale argomentazione è, evidentemente, tutt'altro che persuasiva: poiché lo stesso *code de la consommation* impedisce ai giudici di esercitare il controllo sull'equilibrio tra le prestazioni, i criteri di valutazione utili ai fini del *code de commerce* non sono rinvenibili nella giurisprudenza alla quale, secondo il *Conseil Constitutionnel*, dovrebbe farsi riferimento²⁹.

Per completezza, deve aggiungersi che il *déséquilibre significatif* non è sufficiente a integrare la *pratique restrictive*, occorrendo l'ulteriore requisito del "soumettre" o "tenter de soumettre", ravvisato dalla giurisprudenza nella mancanza di potere negoziale in capo al contraente debole; sul punto, deve segnalarsi che l'indirizzo secondo cui la sottomissione è presunta, sia pure *iuris tantum*³⁰, ogniquale volta il rapporto contrattuale corre tra fornitore e grande distribuzione alimentare, è stato recentemente rivisitato dalla Corte d'appello di Parigi: spetta al Ministro dell'economia dar prova della

²⁷ *Conseil Constitutionnel*, 30 novembre 2018: le limitazioni alla libertà di impresa e alla libertà contrattuale sono giustificate dalla finalità, di interesse generale, di ristabilire l'equilibrio dei rapporti contrattuali; il legislatore ha realizzato un compromesso tra la libertà di impresa e contrattuale e l'equilibrio nei rapporti commerciali; anche il criterio di proporzionalità è rispettato. V. il commento di BEHAR-TOUCHAIS, *Le Conseil constitutionnel instaure le contrôle des prix à la française! A propos de la décision n. 2018-749 QPC du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2018*, in *JCP, E*, n. 50, 13 dicembre 2018, 1638, p. 30.

²⁸ L'equilibrio delle prestazioni qui non concerne il prezzo del prodotto in sé considerato in rapporto al suo valore, ma le altre reciproche prestazioni contrattuali: deve considerarsi che nei rapporti tra fornitori e GDO il prezzo del prodotto è soltanto una componente del corrispettivo complessivo, più spesso incidendo su quest'ultimo, e in misura maggiore, le altre condizioni contrattuali; il prezzo al consumatore, inoltre, varia significativamente in ragione delle offerte promozionali praticate.

²⁹ Buy, *Oui au contrôle judiciaire du prix !*, in *Actualité Juridique Contrat*, 2019, p. 29.

³⁰ *Cass. Com.*, n. 14-28.013, aveva istituito una presunzione semplice di sottomissione; la GDO poteva dimostrare che la controparte, in ragione del suo potere economico, della quantità di prodotti forniti e della indispensabilità del proprio apporto, avrebbe potuto negoziare e ottenere la soppressione della clausole.

sottomissione³¹.

Il controllo giudiziale sull'equilibrio delle prestazioni si presenta problematico, oltre che in rapporto al principio costituzionale di libertà contrattuale, anche per l'assenza di criteri di riferimento oggettivi; oltre tutto, mentre in altri contesti la stessa legge indica il limite oltre il quale lo squilibrio tra le prestazioni diventa rilevante, il *code de commerce* tace, lasciando al giudice massima discrezionalità³².

2.2 Il bilancio (provvisorio) negativo della loi Egalim

Come accennato sopra, l'*Ordonnance* n. 2019-359 del 24 aprile 2019 “portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées” ha modificato significativamente il *code de commerce*³³. In sintesi e per quanto qui maggiormente rileva, sono state ridisciplinate le condizioni generali di vendita, la negoziazione e la formalizzazione del rapporto commerciale (convenzioni scritte; clausole di rinegoziazione; fatturazione e termini di pagamento), le pratiche commerciali.

In particolare, le tredici *pratiques restrictives* prima elencate nell'art. L. 442-6 *code commerce* sono diventate tre (art. L. 442-1) – quelle maggiormente ricorrenti nella pratica – sul presupposto che il sistema diventi in tal modo più intelleggibile; il campo di applicazione *ratione subjecti* è diventato più ampio: la nozione di “partenaire commercial” è stata espunta e la pratica rileva se posta in essere nei confronti di qualsiasi controparte professionale; le clausole vietate a pena di nullità sono ridotte

³¹ CA Paris, 16 mai 2018, n. 17/11187, *Système U c. Min éco*; CA Paris, 20 dicembre 2017, n. 13/04879, *ITM c. Min éco*.

³² V. art. 1674 *c.c.* e art. 889 *c.c.*, in materia, rispettivamente, di lesione nella compravendita immobiliare e nella divisione, là dove si stabilisce la soglia limite di 7/12 e 1/4, rispettivamente; nella lesione immobiliare, inoltre, ai fini della valutazione si impone il ricorso a tre esperti (art. 1678 *c.c.*), laddove per il giudice adito *ex art. L. 442-1, 2° code de commerce* non sono previsti ausili analoghi pur dovendo egli compiere una valutazione molto complessa. Tra i tanti, v. ancora BEHAR-TOUCHAIS, *La prise du pouvoir du juge sur les négociations commerciales*, cit., par. 99 ss.

³³ L. VOGEL, J. VOGEL, *Droit de la négociation commerciale: une réforme courageuse mais perfectible*, in *Actualité Juridique Contrat*, 2019, p. 208 ss.; CHAGNY, *La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme?*, in *RTD Commercial*, 2019, p. 353: sotto il profilo del formalismo, la nuova disciplina delle condizioni generali di vendita e dei relativi obblighi di comunicazione è più severa nei confronti dei professionisti che operano nell'ambito della grande distribuzione e con riferimento ai prodotti «de grande consommation» (art. L. 441-4 *code de comm.*).

a due (art. L. 442-3); l'*amende civile* può risultare più severa (L. 442-4); la disciplina delle vendite sottocosto è stata modificata (art. L. 442-5)³⁴; anche altre tipologie di promozioni praticate dal distributore al consumatore sono state regolamentate al fine di evitare che il costo dell'operazione gravi interamente sul fornitore ("encadrement des opérations promotionnelles"; art. L. 443-2)³⁵.

La pratica commerciale su cui maggiormente si è soffermata l'attenzione in sede di riforma e nella successiva valutazione sull'impatto di quest'ultima è la vendita in perdita, o sottocosto³⁶.

L'art. L. 442-5 *code de commerce* punisce con un'*amende civile* (sino a 75.000 euro) il fatto di vendere o annunciare di vendere a un prezzo inferiore a quello d'acquisto effettivo (come determinato in base agli elementi specificati); a ciò si aggiunge, a seguito dalla riforma, che la soglia di rivendita in perdita ("seuil de revente à perte": "SRP") è divenuta più alta: il prodotto non può essere rivenduto ad un prezzo inferiore al prezzo di acquisto maggiorato del 10%³⁷, cosicché i distributori del prodotto non potranno realizzare dalla vendita un margine inferiore al 10% del prezzo d'acquisto effettivo.

Considerata dal punto di vista dei consumatori, la rivendita in perdita presenta apparentemente dei benefici, in quanto il prezzo del singolo

³⁴ Le tecniche sviluppate dalla grande distribuzione a partire dagli anni '90 sono denominate «Nouveaux Instruments Promotionnels» («NIP»); tra le più diffuse vi è il «cagnottage», la tecnica di fidelizzazione mediante la quale il distributore pratica al consumatore delle riduzioni in caso di acquisto di determinati prodotti; l'ammontare delle riduzioni viene accreditato su una carta fedeltà e può essere utilizzato dal consumatore per pagare gli acquisti alla cassa.

³⁵ *Ordonnance n. 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires*, art. 3. La disposizione è stata introdotta in via sperimentale per due anni e limita le promozioni al consumatore in ragione del valore (34%) o del volume (25%): è vietato accordare una riduzione di valore superiore al 34% del prezzo di vendita, così come vendere allo stesso prezzo una quantità di prodotto aumentata di oltre il 34%; proibito è, dunque, offrire due al prezzo di uno, mentre è possibile offrire tre al prezzo di due. V. LEDOUX, *La loi Egalim à l'aval*, in *Droit rural*, aprile 2019, dossier 22, par. 19-24.

³⁶ L'attenzione su questa pratica commerciale è stata richiamata da una vicenda eclatante, al punto da essere riportata anche dai media italiani (*affaire Nutella*): in circa 250 punti vendita Intermarchè aveva venduto la Nutella a un prezzo inferiore del 70% rispetto a quello ordinario di listino; nella stessa promozione erano inclusi una marca di pannolini e una marca di acqua; attratti dalla promozione, i consumatori hanno letteralmente preso d'assalto i supermercati, rendendo necessario l'intervento delle forze dell'ordine. Tale condotta costituiva infrazione della disciplina sulle vendite sottocosto, passibile di una sanzione penale di 375.000 euro; Intermarchè ha riconosciuto la propria responsabilità e ha pagato la sanzione.

³⁷ *Ordonnance n. 2018-1128*, cit., art. 2.

prodotto oggetto della promozione è più basso; tuttavia, tale risparmio per il consumatore, e il corrispondente minore introito per il venditore, è compensato dalle vendite di altri prodotti (praticate eventualmente a prezzi più alti), realizzate grazie all'effetto di 'richiamo' del prodotto venduto sottocosto (al c.d. *prix d'appel*).

Il divieto di vendite in perdita solleva problemi di legittimità in rapporto alla direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno: poichè la vendita sottocosto non rientra nella lista nera di pratiche ivi contemplata, la sua legittimità deve essere valutata caso per caso, alla luce dei criteri specificati nella lista grigia³⁸. Ciò premesso, la Corte di giustizia ha stabilito che la direttiva "osta" ad una disposizione nazionale che preveda un divieto generale di proporre in vendita o di vendere prodotti sottocosto, senza verificare, con riguardo al contesto di fatto di ciascun caso di specie, se l'operazione commerciale in questione presenti carattere "sleale" alla luce dei criteri sanciti agli articoli da 5 a 9 della stessa direttiva e senza riconoscere ai giudici competenti un margine discrezionale al riguardo; una disposizione nazionale che contenga un divieto generale di proporre in vendita o di vendere prodotti sottocosto e che preveda motivi di deroga a tale divieto basati su criteri che non figurano nella direttiva non è compatibile con quest'ultima³⁹.

³⁸ In allegato la direttiva elenca e descrive in dettaglio le pratiche commerciali da considerarsi sleali «in ogni caso» (art. 5, par. 5), fermo restando che anche le pratiche non elencate, siano esse «ingannevoli» (artt. 6 e 7) o «aggressive» (artt. 8 e 9), possono essere sleali se soddisfano la definizione di cui all'art. 5, par. 1 e le disposizioni di rinvio, secondo una valutazione da compiersi «caso per caso» (considerando 18).

³⁹ Corte giust. UE, 7 marzo 2013, C-343/12, *Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV, Kamera Express Belgium BVBA*: la direttiva 2005/29/CE va interpretata nel senso che essa osta ad una disposizione nazionale che preveda un divieto generale di mettere in commercio o di vendere prodotti sottocosto (nei limiti in cui tale disposizione persegua finalità di tutela dei consumatori, giacchè altrimenti essa non rientrerebbe nel campo di applicazione della direttiva). Nello stesso senso Corte giust. UE, 19 ottobre 2017, C295/16, *Europamur Alimentación SA c. Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*: dato che le vendite sottocosto non figurano tra le pratiche di cui all'allegato I della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, l'irrogazione di una sanzione per violazione del divieto di tale tipologia di vendita non può essere assoluta, ma può sussistere soltanto previa valutazione, effettuata in considerazione del contesto di fatto di ogni caso di specie, del carattere "sleale" della vendita alla luce dei criteri enunciati agli articoli da 5 a 9 di tale direttiva, e non può basarsi su una presunzione che spetterebbe al professionista confutare. Qui si trattava di vendita da un grossista ai distributori e non ai consumatori finali, in quanto tale non rientrante nel campo di applicazione della direttiva; la normativa nazionale attuativa della direttiva, tuttavia, era applicabile anche con riferimento a tale fattispecie; la Corte di giustizia, pertanto, ha specificato che, anche in situazioni di tale genere, sussiste un interesse certo dell'Unione europea a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le

Ciò premesso, con riferimento a quanto previsto dalla disciplina francese, il divieto di vendita in perdita può essere strumentale alla tutela del consumatore (contro l'effetto di richiamo verso altri prodotti generato dal *prix d'appel*); tuttavia, e al di là dei profili di compatibilità con il diritto dell'Unione europea, nelle intenzioni del legislatore francese l'innalzamento della *SRP* dovrebbe principalmente far sì che dalla vendita del bene al consumatore conseguano comunque ricavi superiori ai costi e che, pertanto, auspicabilmente, una parte di tali ricavi vada a beneficio degli anelli a monte, sino ad arrivare al produttore (l'idea di *ruissement*, sottostante alla *LE*). Tuttavia, se questo era l'intento, la riforma non pare aver raggiunto il risultato, quantomeno sicuramente non nel breve termine: secondo quanto denunciato dalle rappresentanze delle parti deboli interessate nel corso dalle audizioni svoltesi presso il Senato in sede di monitoraggio sullo stato di attuazione della *LE* nei primi tre mesi dall'entrata in vigore (febbraio-aprile 2019), l'aumento della *SRP* verrebbe utilizzato in parte come margine di ulteriore guadagno per la stessa grande distribuzione, in parte per favorire le marche di quest'ultima e fare concorrenza ad altre marche, nazionali e di società cooperative o private, cioè proprio a quelle marche che permetterebbero di meglio remunerare i produttori francesi; a trarre vantaggio sarebbero soprattutto le grandi marche europee e non quelle nazionali; inoltre, l'aumento della *SRP* sarebbe comunque riequilibrato da altre forme di promozione al consumatore (in particolare tramite le carte-fedeltà) o imponendo determinate condizioni, teoricamente accessorie, di cui i produttori sarebbero costretti a farsi carico per evitare mali maggiori (quali il *déréférencement*). Tali esiti confortano i dubbi a suo tempo manifestati dall'*Autorité de la concurrence* circa l'efficacia delle disposizioni concernenti la vendita in perdita e le promozioni commerciali, sia in relazione all'impatto sulla concorrenza, sia in relazione all'obiettivo di riequilibrio dei rapporti commerciali⁴⁰.

Salve eccezioni in alcuni settori, dal dibattito in Senato è emerso un diffuso scetticismo quanto all'efficacia della legge in generale: la *grande*

disposizioni riprese dal diritto dell'Unione europea ricevano un'interpretazione uniforme. La *Cassation*, in seguito, ha escluso l'incompatibilità della pratica commerciale per il fatto che questa, in quanto indirizzata a una controparte professionale, non rientrava nell'ambito di applicazione della direttiva 2005/29: *Com.*, 22 novembre 2017, n. 166-18.028; *Crim.*, 16 gennaio 2018, n. 16-83457. Sul punto v. CHONÉ-GRIMALDI, *Loi Egalim - acte 2: relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions*, in *JCP, E*, n. 7, 14 febbraio 2019, n. 1069, par. 9; MALAURIE-VIGNAL, RIEM, *Vers un équilibre des relations commerciales entre le monde agricole et la grande distribution*, in *D*, 2018, p. 608.

⁴⁰ *Avis* n. 18-A-14 del 23 novembre 2018 *relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires*.

distribution non cesserebbe comunque di approfittare della propria posizione di forza e i prezzi applicati a fornitori e produttori tenderebbero al ribasso (pur a fronte, talvolta, di un aumento del costo delle materie prime). Molti dei partecipanti all'audizione hanno auspicato l'introduzione di modifiche in corso, anche in direzione di un potenziamento dei controlli da parte della *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes* (DGCCRF). Il giudizio è negativo anche secondo quanto si legge nella relazione sullo stato di attuazione della *LE* a un anno dalla sua emanazione, presentata dall'apposita commissione istituita dal Senato⁴¹: la situazione degli agricoltori non sarebbe migliorata e la riforma avrebbe generato "effetti perversi" particolarmente nei confronti delle piccole e medie imprese e delle cooperative, cioè proprio nei confronti di quei soggetti che, per la loro posizione mediana all'interno della filiera, dovrebbero in concreto perfezionare il *ruissellement*, trasferendo agli agricoltori – ultimo anello a monte – una parte dei profitti realizzati a valle dalla GDO⁴².

3. La direttiva UE 2019/633 sulle pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare: cenni generali

La direttiva UE 2019/633 disciplina le pratiche poste in essere dagli operatori commerciali operanti all'interno della filiera agroalimentare nell'ottica della tutela dell'anello debole, in ciò prescindendo, per la prima volta, dai profili rilevanti per il diritto antitrust, questi ultimi già interessati dalla legislazione e dalla relativa giurisprudenza⁴³.

In quanto concernente le pratiche commerciali sleali, tale direttiva ha un precedente immediato nella direttiva CE 2005/29 sulle pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno, da cui si differenzia, tuttavia, in particolare e al di là dello specifico ambito (la filiera agroalimentare),

⁴¹ *Rapport d'information au nom de la Commission des affaires économiques dressant un bilan du titre Ier de la loi Egalim un an après sa promulgation*, 30 ottobre 2019. V., in estrema sintesi, DELPECH, *Nouvelle réforme en vue pour le droit des relations commerciales fournisseurs-grande distribution?*, in *Actualité Juridique Contrat*, 2019, p. 408; DELPECH, *Le Sénat propose de corriger les effets pervers de la loi Egalim*, *ivi*, p. 456.

⁴² La relazione si chiude con la proposta di introdurre delle misure urgenti allo scopo di impedire l'uscita dal mercato delle PME in crisi.

⁴³ Cfr. Russo, *I contratti della filiera agroalimentare nel quadro della nuova politica agricola comune*, in *Rivista di diritto agrario*, 2015, fasc. 4, p. 505 ss., auspicando l'intervento dell'Unione europea, dal momento la presenza di asimmetrie nel settore è normale e queste pregiudicano il corretto funzionamento dell'intero mercato.

sotto due profili generali fondamentali: in quanto riguarda le pratiche commerciali che hanno come destinatari altri soggetti professionali (e non i consumatori) e in quanto è una misura di *armonizzazione minima*, fermo restando il rispetto della norme relative al funzionamento del mercato interno (art. 9).

La nuova direttiva è breve e presenta struttura semplice, giacché, in sintesi, essa definisce il campo di applicazione, individua le pratiche commerciali sleali proibite e istituisce l'autorità "di contrasto", deputata al controllo sull'osservanza della disciplina in ciascuno Stato membro⁴⁴.

La direttiva si applica alle sole vendite in cui il fornitore o l'acquirente, o entrambi, sono stabiliti nell'Unione europea; si applica anche ai servizi forniti dall'acquirente al fornitore; non si applica agli accordi tra fornitori e consumatori (art. 1)⁴⁵.

Ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva i rapporti tra fornitori e acquirenti riconducibili a uno dei cinque scaglioni individuati dalla stessa direttiva tramite il riferimento alle soglie di fatturato (lett. a-e dell'art. 1, par. 2)⁴⁶. In tal modo si presume, nella sostanza, che all'interno di ciascun scaglione lo squilibrio di forze sussista in ragione della significativa differenza di fatturato⁴⁷.

⁴⁴ Art. 1: «Allo scopo di contrastare le pratiche che si discostano nettamente dalle buone pratiche commerciali, sono contrarie ai principi di buona fede e correttezza e sono imposte unilateralmente da un partner commerciale alla sua controparte, la presente direttiva definisce un elenco minimo di pratiche commerciali sleali che vietate nelle relazioni tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare e stabilisce norme minime concernenti l'applicazione di tali divieti, nonché disposizioni per il coordinamento tra le autorità di contrasto».

⁴⁵ Per le nozioni di «prodotti agricoli e alimentari» (art. 2, n. 1) si fa rinvio all'allegato I del TFUE, nonché ai prodotti non indicati nell'allegato ma trasformati per uso alimentare a partire dai primi. Per «acquirente» (art. 2, n. 2) e «fornitore» (n. 3) si intende, rispettivamente, qualsiasi persona fisica o giuridica, o un gruppo di tali persone, che acquista o vende prodotti agricoli e alimentari, a prescindere dal luogo di stabilimento.

⁴⁶ La proposta di direttiva si limitava a fare rinvio alle nozioni di piccola e media impresa di cui all'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE relativa alla definizione di microimprese, piccole e medie imprese. I criteri per la determinazione del fatturato ai fini della direttiva sono quelli individuati nella raccomandazione 2003/361/CE.

⁴⁷ Tale criterio è servito a conciliare le esigenze di tutela della parte debole con quelle di certezza del diritto, secondo quanto si preoccupa di spiegare il considerando 14: la direttiva «dovrebbe applicarsi al comportamento commerciale degli operatori più grandi rispetto agli operatori con un minor potere contrattuale. Un'approssimazione adeguata del potere contrattuale relativo è il fatturato annuale dei diversi operatori. Pur essendo un'approssimazione, questo criterio consente agli operatori di poter prevedere i propri diritti e obblighi ai sensi della presente direttiva. Un limite massimo dovrebbe impedire che la tutela sia accordata a operatori che non sono vulnerabili o lo sono considerevolmente meno rispetto alle controparti o ai concorrenti

Alla definizione del campo di applicazione soggettivo segue l'elencazione degli obblighi e dei divieti la cui violazione integra una pratica commerciale sleale. I divieti sono talvolta assoluti (lista 'nera': art. 3, par. 1, lett. a-g)⁴⁸, talvolta condizionati: in tale secondo caso le pratiche commerciali elencate sono vietate a meno che non siano state precedentemente concordate in termini chiari ed univoci nell'accordo di fornitura o in altro accordo successivo⁴⁹ (lista 'grigia': art. 3, par. 2, nn. 1-7). Le relative disposizioni sono di natura imperativa e prescindono dalla legge applicabile (art. 3, par. 4).

La struttura della direttiva 633/2019 si presenta simile, dunque, a quella della direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali dirette ai consumatori, la quale parimenti prevede una lista nera e una lista grigia; tuttavia, diversamente da quest'ultima⁵⁰, le fattispecie sono definite in modo più puntuale e manca una clausola generale capace di coprire le pratiche commerciali non specificamente contemplate.

La direttiva, infine, impone agli Stati membri di designare una o più "autorità di contrasto" (art. 4), competenti ad indagare e accertare

più piccoli. La presente direttiva stabilisce pertanto categorie di operatori della filiera definite sulla base del fatturato, in base alle quali è accordata la tutela».

⁴⁸ La lista nera contempla obblighi in capo all'acquirente per quanto concerne i termini di pagamento del corrispettivo al fornitore; vieta l'annullamento di ordini con preavviso non congruo; vieta la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; vieta all'acquirente di richiedere al fornitore pagamenti non connessi alla vendita dei prodotti, nonchè pagamenti per il deterioramento o la perdita, o entrambi, qualora si verificano presso i locali dell'acquirente o dopo che tali prodotti siano divenuti di sua proprietà, quando tale deterioramento o perdita non siano causati dalla negligenza o colpa del fornitore; vieta all'acquirente di rifiutarsi di dare conferma per iscritto di un accordo qualora il fornitore abbia richiesto la conferma; vieta l'acquisizione, utilizzo o divulgazione illecita di segreti commerciali; vieta all'acquirente di minacciare ritorsioni commerciali nei confronti del fornitore qualora questo esercita i propri diritti, anche presentando denuncia; vieta all'acquirente di chiedere al fornitore il risarcimento del costo sostenuto per esaminare i reclami dei clienti relativi alla vendita dei prodotti del fornitore, benché non risultino negligenze o colpe del fornitore.

⁴⁹ Si tratta delle seguenti: a) restituzione dell'invenduto senza corrispondere alcun pagamento per lo smaltimento; b) richiesta di pagamento per immagazzinamento, esposizione, inserimento in listino dei prodotti o messa a disposizione sul mercato; c) richiesta al fornitore di farsi carico del costo degli sconti sui prodotti venduti dall'acquirente come parte di una promozione (gli Stati membri devono prevedere che l'acquirente prima di avviare la promozione ne specifichi il periodo e la quantità da ordinare a prezzo scontato); d) richiesta al fornitore del pagamento dei costi della pubblicità effettuata dall'acquirente; e) richiesta al fornitore del pagamento dei costi del marketing effettuato dall'acquirente; f) richiesta al fornitore del pagamento dei costi del personale incaricato di organizzare gli spazi destinati alla vendita dei prodotti del fornitore.

⁵⁰ Cfr. artt. 5-9 direttiva CE 2005/29 e *supra*, nota 38.

le violazioni e adottare anche provvedimenti temporanei o inibitori, e ad applicare le sanzioni previste dagli ordinamenti interni (efficaci, proporzionate e dissuasive, tenuto conto della durata, frequenza e gravità della violazione: art. 6). Gli Stati membri possono prevedere il ricorso a procedure ADR volontarie (art. 7).

Anche guardando al dibattito che ha preparato la direttiva e nel raffronto con gli ordinamenti nazionali, si rilevano nella disciplina di diritto comune alcune ‘mancanze’ importanti. Come già evidenziato, non figura una clausola generale capace di coprire, a date condizioni, qualsiasi pratica commerciale sleale; non sono contemplate le vendite sottocosto e le vendite all’asta. Inoltre, la direttiva tutela esclusivamente i fornitori nei confronti degli acquirenti, e nei limiti del rapporto tra i rispettivi fatturati stabilito dalla stessa direttiva, per cui – ammenochè gli Stati membri non estendano volontariamente il campo di applicazione della disciplina interna – non si presta alla tutela di tutti i fornitori, né alla tutela degli acquirenti *tout court*; come già nella direttiva CE 2005/29, nulla si dice sulle conseguenze dell’illiceità della pratica commerciale in relazione al singolo contratto: queste, dunque, saranno determinate dal diritto interno (salvi eventuali interventi dirimenti della Corte di giustizia).

4. Il dibattito sull’art. 62 d.l. 1/2012

Nel 2012 l’Italia ha optato per un sistema di tutela del soggetto debole all’interno della filiera agroalimentare *prima facie* non dissimile da quello francese, in quanto imperniato in certa misura sulla ‘contrattualizzazione’ e sull’interdizione delle pratiche commerciali sleali (art. 62 del d.l. 1/2012⁵¹ e regolamento attuativo: D.M. 199/2012).

La disciplina italiana impone la forma scritta e l’indicazione nel contratto di determinati elementi (durata, quantità e caratteristiche del prodotto venduto, prezzo, modalità di consegna e pagamento); il contratto, inoltre, deve informarsi “a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni” (art. 62, co. 1). Diversamente da quanto previsto dalla normativa francese, le prescrizioni di forma valgono per tutti i contratti, anche se stipulati tra due soggetti della filiera

⁵¹ D.l. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, e come modificato dall’art. 2, comma 3, lett. a), d.l. 5 maggio 2015, n. 51, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 luglio 2015, n. 91.

autonomamente, al di fuori della cornice eventualmente costituita dalla contrattazione collettiva⁵².

Nel guardare, quindi, alle fattispecie di pratiche commerciali vietate (art. 62, co. 2, lett. a-e), si osserva che l'elencazione non è improntata alla tipicità: la lett. a) ha ampia copertura (giacchè la condotta vietata consiste nell'“imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose”); la lett. e) – “ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento” – costituisce clausola di chiusura del sistema.

La tutela civilistica è affidata all'iniziativa del singolo e all'associazionismo, tramite l'esplicita previsione delle azioni collettive e di classe (comma 10).

La violazione delle prescrizioni determina anche l'applicazione di sanzioni amministrative (nella misura stabilita dai commi 6 e 7) da parte dell'AGCM (comma 8): ciò che ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale, giacchè la previsione di sanzioni pubblicistiche presupporrebbe una sufficiente pre-determinazione della fattispecie, laddove molte delle condotte vietate sono descritte in termini generici⁵³.

Il D.M. 199/2012 ha apportato alla disciplina delle specificazioni, talvolta rilevanti, in più punti⁵⁴: così, in particolare, per quanto riguarda la stessa definizione della fattispecie, inserendosi il riferimento alle “relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un *significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale*” (art. 1, co. 1; corsivi aggiunti), quindi per quanto riguarda i termini di pagamento e di fatturazione e gli interessi di mora⁵⁵, la definizione di forma scritta e le

⁵² L'art. 62 si sovrappone alla l. 102 del 2005, la quale non si occupa della filiera agroalimentare nella sua dimensione privatistica e microeconomica, privilegiando e incentivando con contributi l'intermediazione delle associazioni rappresentative e la contrattazione collettiva, mediante gli strumenti degli accordi quadro, dei contratti tipo, delle intese di filiera e dei contratti di filiera. Sul punto v. CANFORA, *I contratti di coltivazione, allevamento e fornitura*, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., pp. 158-159; GIUFFRIDA, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012, n. 3.

⁵³ In tal senso v. RUSSO, *Le violazioni all'art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 210.

⁵⁴ La dottrina ha osservato che il D.M. non si limita ad attuare l'art. 62, ma ha portata innovativa di quest'ultimo, ciò che solleva dubbi di legittimità sotto il profilo della gerarchia delle fonti: v. JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati*, cit., p. 561; ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, p. 18; TORINO, *La nuova disciplina dei contratti e delle relazioni commerciali di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*, in *Contratto e Impresa*, 2013, p. 1428.

⁵⁵ Artt. 5 e 6, rispettivamente.

modalità tramite le quali soddisfare le prescrizioni inerenti agli elementi essenziali del contratto⁵⁶, le vendite sottocosto⁵⁷. Il D.M., inoltre, ha qualificato quale condotta commerciale sleale anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche commerciali sleali individuate dalle organizzazioni rappresentative degli operatori della filiera a livello comunitario e dalla Commissione europea nell'ambito del *Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera agroalimentare*, approvate il 29 novembre 2011 e riportate in allegato al decreto (art. 4, Pratiche commerciali sleali, co. 1).

All'indomani dell'emanazione della nuova disciplina, la dottrina ha cercato di comprenderne le implicazioni e di chiarirne le numerose incertezze, dovute anche alla pessima formulazione⁵⁸. Nell'ottica della tutela civilistica l'attenzione si è concentrata sull'individuazione delle conseguenze scaturenti dalla violazione dei precetti previsti dall'art. 62, co. 1 e 2⁵⁹,

⁵⁶ Art. 3.

⁵⁷ È vietata l'imposizione di condizioni contrattuali che «determinano, in contrasto con il principio di 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 dei produttori agricoli» (art. 4, co. 2, lett. e, del D.M. 199/2012).

⁵⁸ JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Rivista di diritto agrario*, 2012, 4, p. 596: «Allo studioso del diritto agrario cadono davvero le braccia»; l'art. 62 è «figlia dell'incontro tra l'analfabetismo sindacale e quello di un legislatore autoproclamatosi "tecnico"».

⁵⁹ Sul punto, senza pretese di completezza, v. BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 613 ss.; ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, cit.; JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27*, cit., p. 561; TAMPONI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari: forma e incertezze legislative*, *ivi*, 2013, p. 439 ss.; ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giustizia civile*, 2012, p. 441 ss.; BENEDETTI, BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, p. 646 ss.; PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62 l. 221/2012: l'integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo ovvero responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 37 ss.; TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 119 ss.; RUSSO, *Le violazioni all'art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, *ivi*, p. 209 ss.; ID., *I contratti della filiera agroalimentare nel quadro della nuova politica agricola comune*, in *Rivista di diritto agrario*, 2015, p. 505 ss.; ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1407 ss.; ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, Torino, 2016, p. 3 ss.

particolarmente esemplificativi – trattandosi di contratti conclusi tra soggetti in posizione di disparità di forze per finalità inerenti all'attività professionale, e dunque non qualificabili come consumatori – delle problematiche ruotanti attorno alle categorie dottrinali del contratto asimmetrico e del terzo contratto⁶⁰. Com'è noto, in assenza di specifica previsione, si tratta di stabilire se la violazione delle disposizioni comporti la nullità del contratto e se, in tal caso, la disciplina sia quella di diritto comune (nullità codicistica) o quella del contratto con i consumatori (secondo l'impostazione del contratto asimmetrico, basata sulla fattispecie), o se le regole debbano essere individuate caso per caso, guardando al complesso di tutte le circostanze, mercato incluso (terzo contratto).

In tale prospettiva, le fattispecie normative di contratto B2B eventualmente rilevanti ai fini della ricostruzione del sistema e dell'analogia, sono le seguenti: l'art. 9 l. 192/1998 sulla subfornitura, che definisce l'abuso di dipendenza economica e sancisce la nullità del patto tramite il quale si realizza l'abuso, senza specificare le caratteristiche della nullità; l'art. 7 d.lgs. 231/2002 sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali (come modificato dalla d.lgs. 92/2012, in attuazione della direttiva 2011/7/UE), che sancisce la nullità delle clausole relative ai termini di pagamento se gravemente inique in danno del creditore, specificando che la nullità è rilevabile d'ufficio e che si applicano gli art. 1339 e 1419, co. 2, c.c., e l'art. 6 della stessa legge, che prevede la nullità di alcune clausole, senza nulla aggiungere; l'art. 3 l. 129/2004 in materia di affiliazione commerciale, che prevede la forma scritta a pena di nullità, senza nulla aggiungere; il più risalente art. 3 l. 287/1990, che pone il divieto di abuso di posizione dominante, senza nulla dire sulle conseguenze della violazione. Si tratta di fattispecie con caratteristiche fortemente disomogenee, da cui difficile è estrapolare un sistema unitario, estensibile a ulteriori fattispecie di contratti B2B⁶¹.

⁶⁰ «L'art. 62 costituisce invero il crocevia di una serie di problemi irrisolti posti dalla legislazione degli ultimi decenni. Il legislatore sembra infatti essere riuscito a concentrare in un solo articolo le molteplici questioni che si compendiano nelle alternative, poste su piani diversi, tra tutela invalidatoria e tutela risarcitoria; tra norme di validità e norme di responsabilità; tra abuso di una particolare situazione di mercato e violazione della buona fede; tra nullità totale e nullità parziale; e tra nullità assoluta e nullità relativa. Tali questioni si pongono, inoltre, sia riguardo a requisiti di sostanza, costituiti dalla necessità di attenersi a determinati principi e divieti, sia riguardo a requisiti di forma, consistenti nell'onere di redigere il contratto per iscritto e di indicare espressamente specifici elementi»: BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, cit., p. 613.

⁶¹ Infatti, «al di là della espressa o implicita riconduzione alla nullità delle norme menzionate, è necessario individuare un regime della medesima che sciogla l'alternativa, ad esempio, tra nullità protettiva di interessi generali o particolari e, allora, assoluta o relativa; parziale o

Ciò premesso, con riferimento all'art. 62 deve segnalarsi che, in sede di conversione del d.l., è stata soppressa l'originaria previsione di nullità, rilevabile d'ufficio, in caso di mancato rispetto dell'obbligo di forma scritta e di omessa menzione nel documento contrattuale degli elementi indicati al comma 1. La motivazione è stata rinvenuta nel ravvisato contrasto tra siffatta previsione e la *ratio* di tutela: la nullità *tout court* di una clausola potrebbe travolgere l'intero contratto e portare ad esiti contrari con la *ratio* di tutela della parte debole⁶². La soppressione della previsione, tuttavia, non è stata da tutti interpretata nel senso di escludere senz'altro la configurabilità della nullità⁶³.

estensibile all'intero contratto; rilevabile, e a che condizioni, d'ufficio (tenendo conto del fatto che si tratta di profili le cui intersezioni possono essere molteplici, come ad esempio individuare una nullità assoluta ma necessariamente parziale o, all'opposto, relativa, non rilevabile d'ufficio ma comunicantesi alla totalità del negozio): NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contratto e impresa*, 2016, pp. 984-985, cui si fa rinvio anche per il quadro generale di riferimento (pp. 979-985).

⁶² Sul punto la dottrina prevalente concorda. La nullità assoluta potrebbe essere sfruttata dall'acquirente inadempiente, precludendo all'agricoltore qualunque azione e costringendolo alla via impervia dell'azione di arricchimento senza causa; lo stesso agricoltore si troverebbe esposto alle sanzioni pecuniarie previste dal co. 5 (così, tra i tanti, ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?): ancora un indefinito movimento*, cit., p. 7 s.) e inoltre, se invocata prima dell'esecuzione, potrebbe essere strumentale a comportamenti opportunistici da parte del produttore-venditore, che potrebbe avvalersene, in ipotesi, perché ha *medio tempore* trovato altri acquirenti disposti a pagare un prezzo più elevato (così, tra i tanti, JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, cit., p. 561).

⁶³ V. TAMPONI, *Cessione di prodotti agricoli e agro-alimentari: forma e incertezze legislative*, cit., p. 439 ss., pp. 447-451, con specifico riferimento all'obbligo di forma scritta (e non anche all'indicazione degli elementi specificati nel co. 1), rilevando che, visto che permane nel testo della legge l'inciso «obbligatoriamente», può trattarsi di nullità *ex art.* 1418 c.c., co. 2 (e il D.M. 199/2012 ha, peraltro, attenuato il rigore formale). Nello stesso senso TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit., pp. 151 s. (mentre nel caso di mancata indicazione degli elementi specificati nel co. 1 si applicano i principi generali, così come per la violazione dei principi di trasparenza, correttezza e proporzionalità: la parte interessata può chiedere l'annullamento, la risoluzione, il risarcimento). Nel senso che la nullità virtuale per violazione dell'obbligo di forma scritta non deve essere esclusa aprioristicamente, in quanto le disposizioni tutelano interessi generali e non soltanto della parte debole (come dimostrato dalla previsione di sanzioni amministrative), v. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, cit., p. 3 ss., spec. p. 24, non trattandosi di nullità assoluta, per le conseguenze altrimenti controproducenti per la parte debole; unica sanzione potrebbe essere il risarcimento del danno per *culpa in contraendo*, pur in presenza di un contratto valido. È stato anche ipotizzato da alcuni, ma escluso da altri, che la forma scritta sia richiesta *ad probationem*, con conseguente esclusione della nullità: in senso positivo, per esempio, BENEDETTI, BARTOLINI,

Problematica è sia l'ipotesi della nullità codicistica (la quale sarebbe, oltre tutto, invocabile anche dal contraente forte), sia quella della nullità di protezione (giacché è dubbio che la norma tuteli l'interesse della parte debole e non principalmente quello generale, come sarebbe dimostrato anche dalla previsione di sanzioni amministrative). La nullità virtuale, anche qualora ammessa in linea di principio, potrebbe essere esclusa, se non preclusa, dal risarcimento del danno, espressamente previsto dal co. 10, il quale interverrebbe a rimediare all'asimmetria pur in presenza di un contratto valido (artt. 1339 e 1340 c.c., e salvi i rimedi generali in caso di vizio del consenso). La nullità, in tal caso testuale, dovrebbe poter essere invocata qualora la fattispecie *ex art. 62* rilevi anche *ex art. 9 l. 192/98*⁶⁴. Potrebbe trattarsi di una nullità la cui disciplina non è assimilabile a quella codicistica, a quella consumeristica o, in ipotesi, ad un *tertium genus* le cui regole siano in qualche modo predeterminabili una volta per tutte, 'in blocco', dal sistema; la disciplina dovrebbe invece rinvenirsi tramite interpretazione evolutiva del sistema, alla luce della *ratio legis* (dunque secondo le indicazioni emergenti dal dibattito sul terzo contratto⁶⁵). Inoltre, poiché la *ratio legis* farebbe

La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari, cit., p. 646 ss.; *contra* ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, cit., p. 23, giacché la forma *ad probationem* pregiudicherebbe il contraente debole che volesse esercitare l'azione, diversamente dal contraente forte, che, invece, potrebbe imporre la formalizzazione del contratto scevro da abusi e avvalersene in giudizio; secondo BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, cit., p. 613 ss., in mancanza di espressa previsione non può trattarsi di forma *ad probationem*; né può parlarsi di nullità per violazione di norme imperative in quanto, a tal fine, il contrasto deve porsi sul piano dei contenuti; la nullità sarebbe comunque *extrema ratio*, perché altrimenti, trattandosi di nullità assoluta, la sanzione sarebbe troppo incisiva; la legittimazione però sarebbe relativa, giacché la norma intende tutelare esclusivamente l'impresa dominata; in alternativa l'A. ipotizza la ricerca di soluzioni conservative.

⁶⁴ PAGLIANTINI, *Il "pasticcio" dell'art. 62 l. 221/2012: l'integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo ovvero responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, cit., p. 37 ss.

⁶⁵ A favore di tale prospettiva, in generale, v. per tutti PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2010, I, p. 409 ss., anche per la comparazione con l'esperienza francese; NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, cit., p. 998 ss. Con specifico riferimento all'art. 62, v. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, cit., p. 24 ss.: la disciplina della nullità dovrebbe essere desunta dal sistema mediante interpretazione evolutiva; dovrebbe essere nullità necessariamente parziale, in virtù della *ratio* della disposizione, e non dell'art. 1419, co. 2, c.c.; dovrebbe poter essere invocata soltanto dal contraente debole e poter essere rilevata d'ufficio, senza che il contraente debole possa opporsi (come invece nel caso della nullità consumeristica); ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, cit., p.

propendere per la necessaria parziarietà della nullità, si pone comunque il problema di garantire la conservazione del contratto, con le difficoltà che ne conseguono (non potendo trovare applicazione l'art. 1339 c.c.).

Il dibattito dottrinale non è approdato ad esiti univoci, essendo, oltre tutto, le fattispecie dei co. 1 e 2 dell'art. 62 – obbligo di forma scritta e menzione nel contratto degli elementi indicati; conformità con i principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni; divieto delle pratiche commerciali sleali – eterogenee, in particolare in quanto attengono ora alla forma, ora al mero comportamento⁶⁶, ora anche ai contenuti del contratto⁶⁷, e non essendo la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento risolutiva⁶⁸.

L'art. 62 solleva incertezze anche con riferimento alla tutela civilistica collettiva e seriale. Sul punto il co. 10 dispone quanto segue: “Sono fatte salve le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni della presente disposizione, anche ove promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro o comunque rappresentative a livello nazionale. Le stesse associazioni sono altresì legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo l'inibitoria ai comportamenti in violazione della presente disposizione ai sensi degli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile”.

È immediato il rinvio agli istituti dell'azione di classe e dell'azione

1407 ss.: la nullità assoluta, per violazione di norma imperativa, può essere conformata agli scopi di protezione della norma violata e si possono ipotizzare deroghe alla legittimazione assoluta e alla rilevabilità d'ufficio.

⁶⁶ V., per esempio, BENEDETTI, BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, cit., pp. 659-561: difficile configurare la nullità virtuale per violazione dei «principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni», poichè i parametri di riferimento sono indeterminati e neppure il d.l. prevedeva la nullità. Con riferimento ai divieti di pratiche commerciali sleali di cui al comma 2, trattandosi di prescrizioni relative a comportamenti, la sanzione potrebbe essere, anche in tal caso, il risarcimento del danno (in analogia con l'art. 18 cod. cons.), salvo che tali comportamenti si riverberino sui contenuti del contratto, con conseguente possibilità di invocare l'ipotizzata nullità virtuale.

⁶⁷ Che si tratti di nullità qualora il comportamento si traduca in contenuti troverebbe conferma nella previsione testuale dell'art. 9, che è regola applicabile a tutti i rapporti tra imprese (ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, cit., p. 17 s.), e nel principio generale di divieto di abuso di dipendenza nei rapporti tra imprese (BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa “dipendente” e filiera agroalimentare*, cit., p. 613 ss., par. 4).

⁶⁸ Sul punto v. in particolare BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa “dipendente” e filiera agroalimentare*, cit., p. 613 ss., par. 4.

inibitoria, le quali, sino a questo momento, erano previste perlopiù – la prima esclusivamente, la seconda generalmente – a tutela dei soli consumatori (rispettivamente artt. 140 *bis* e 140 e 37 cod. cons.); la formulazione non appare, tuttavia, felice, sotto più profili e, in particolare, là dove si attribuisce la legittimazione anche alle associazioni dei consumatori⁶⁹.

Il co. 10, infatti, attribuisce alle associazioni dei consumatori la legittimazione ad agire in via risarcitoria, senza null'altro specificare, laddove tali associazioni, in linea di principio, dovrebbero agire a tutela degli interessi della categoria di riferimento per chiedere il risarcimento di un danno concretamente subito: ciò, secondo logica, dovrebbe verificarsi nei limiti in cui le violazioni dell'art. 62 causino un pregiudizio risarcibile in capo ai consumatori, e non in capo ai professionisti 'deboli' della filiera, che sono, tuttavia, i soggetti che l'art. 62 vuole tutelare⁷⁰. La norma, inoltre, non specifica, diversamente dall'art. 140 *bis* cod. cons., co. 1, se occorra a tal fine il mandato dei consumatori, quali soggetti eventualmente danneggiati nell'ipotesi prospettata sopra (e salvo voler ritenere che il mandato possa essere conferito alle associazioni di tutela dei consumatori anche dai professionisti che hanno subito il danno). L'azione di classe *ex* art. 62, in verità, dovrebbe più verosimilmente costituire specificazione di quella 'generale' di cui all'art. 140 *bis*, da cui si discosta per essere prevista anche a favore di soggetti professionali: in tale prospettiva il co. 10 attribuisce la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno sia a più singoli

⁶⁹ Lo evidenzia l'intervento di JANNARELLI, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 207.

⁷⁰ In tal senso v. l'intervento di GERMANÒ, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 187 s. Senonchè l'art. 140 *bis*, co. 1, è stato modificato dalla l. 27/2012 (art. 6, co. 1, lett. a): l'azione di classe è ora prevista a tutela non soltanto dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, ma anche a tutela degli interessi collettivi. Tuttavia, la tesi secondo cui, a seguito della novella, l'azione *ex* 140 *bis* sarebbe esperibile anche a tutela degli interessi collettivi, con legittimazione degli enti esponenziali eventualmente prescindente dal mandato dei singoli soggetti lesi, deve ritenersi non fondata, perché incongruente con la formulazione e la disciplina di cui all'art. 140 *bis*; si avrebbe, inoltre, un'inutile duplicazione dell'azione collettiva inibitoria *ex* art. 140 cod. cons. Tale tesi potrebbe avallare un'interpretazione dell'art. 62, co. 10, secondo cui le associazioni possono agire con l'azione di classe a tutela dell'interesse collettivo: lo rileva, pur se in senso critico e sottolineando l'oscurità della disposizione e il caos derivante dal sovrapporsi di normative e dalla difficoltà di chiarire il rapporto tra queste, BORGHI, *Nuove forme di azionabilità dei contratti del settore alimentare*, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 177 ss. Siffatta tesi non pare comunque condivisibile, non potendo l'azione di classe prescindere dalla sussistenza dei requisiti previsti per le azioni individuali (il danno subito da chi agisce in giudizio, eventualmente conferendo mandato all'associazione). Per la ricostruzione del dibattito v. per tutti v. D'ALFONSO, *sub* art. 140 *bis* cod. cons., in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 967 ss.

soggetti professionali lesi dalle violazioni dell'art. 62, sia alle associazioni professionali cui conferiscano mandato.

Peraltro, per quanto riguarda la tutela collettiva risarcitoria il quadro è mutato per effetto della legge 31 del 12 aprile 2019 (la cui entrata in vigore è stata posticipata di un anno per consentire i necessari adeguamenti)⁷¹. Ci si limita qui a evidenziare le due innovazioni più significative sotto il profilo sistematico: l'azione di classe ha acquisito carattere generale *ratione subiecti* (e, anche di conseguenza, la *sedes materiae* è il codice di procedura civile e non più il codice del consumo); sotto il profilo oggettivo, l'azione è esperibile a tutela di qualunque violazione di *diritti individuali omogenei* (mentre il codice del consumo la prevede a tutela delle sole situazioni giuridiche specificate nell'art. 140 *bis*, co. 2). Alla luce di tale innovazione del sistema, pertanto, l'eccezionalità della previsione dell'azione di classe *ex art. 62* viene meno.

Per quanto riguarda l'azione collettiva inibitoria, il modello di riferimento è nell'art. 140 cod. cons., che concepisce l'azione a tutela dei soli interessi dei consumatori, con conseguente legittimazione delle associazioni di categoria. Delle eccezioni sono previste in materia di clausole vessatorie e di ritardati pagamenti, in cui la legittimazione è attribuita, anche (art. 37 cod. cons.) o soltanto (art. 8 d.lgs. 231/2002), alle associazioni o enti esponenziali degli interessi dei professionisti imprenditori. Con riferimento all'inibitoria *ex art. 62*, co. 10, possono ribadirsi, *mutatis mutandis*, alcune delle considerazioni appena svolte con riferimento alla legittimazione all'azione risarcitoria: logica vorrebbe che le associazioni dei consumatori siano legittimate ad agire nei limiti in cui la violazione dell'art. 62 configuri una lesione dell'interesse collettivo dei consumatori.

4.1. *La giurisprudenza relativa all'art. 62*

L'obbligatorietà del contratto in forma scritta, il richiamo alla "trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni", la presenza di un divieto formulato mediante fattispecie aperta, unitamente alla specifica previsione di azioni civilistiche individuali, collettive e seriali, delineano un sistema di tutela forte per l'anello debole della filiera⁷².

⁷¹ La legge entrerà in vigore 12 mesi dopo la pubblicazione nella GU, allo scopo di adeguare i sistemi informativi ai fini dell'espletamento delle attività processuali con modalità telematiche.

⁷² JANNARELLI, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agro-alimentare*, cit., p. 590: i meccanismi sanzionatori, «al tempo stesso privatistici e pubblicistici, non adeguatamente calibrati a dispetto della loro formale severità [...] proprio per difetto di una serie e meditata

Tuttavia ciò sembra valere sul piano formale e astratto, dal momento che in concreto, e in stridente contrasto con la ricchezza del dibattito teorico, l'art. 62 è lettera quasi morta: non constano azioni civili volte ad ottenere la declaratoria di nullità del contratto e-o il risarcimento del danno, né azioni collettive inibitorie e risarcitorie. Pochissime sono anche le procedure portate a termine dall'Autorità garante della concorrenza *ex co.* 8 (prendendo in considerazione sia quelle che hanno irrogato la sanzione⁷³, sia quelle concluse con l'archiviazione o con il rigetto)⁷⁴.

Il fatto che l'art. 62 sia in vigore soltanto da (relativamente) pochi anni non pare sufficiente a giustificare il limitato impatto concreto. Sul punto giova considerare che anche il più risalente art. 9 della l. 192/1998 sull'abuso di dipendenza economica, cioè la fattispecie più prossima rispetto

strutturazione tecnica, sono apparsi ai primi commentatori decisamente contraddittori e tali per cui il "rigore" di cui sono espressione si rivela, in concreto, di sola facciata, sì da far agevolamente preannunciare una loro sicura ineffettività, a prescindere dalla loro stessa adeguatezza».

⁷³ V. Provvedimenti dal n. 27821 sino al n. 27826 (AL15 A-F) del 27 giugno 2019, rispettivamente nei confronti di *Coop-GDO*, *Conad-GDO*, *Esselunga-GDO*, *Eurospin-GDO*, *Auchan-GDO*, *Carrefour-GDO*. In tali procedimenti si contestava alla GDO il fatto di aver imposto ai propri fornitori di pane fresco il ritiro e smaltimento a proprie spese degli invenduti a fine giornata, in una proporzione rilevante rispetto al prodotto ordinato e il riaccredito alla catena distributiva del prezzo corrisposto per l'acquisto della merce restituita (c.d. obbligo di reso), in violazione dell'art. 62, lett. a) e dell'art. 4 D.M. (trasferimento di un rischio sproporzionato e ingiustificato). Sono state applicate sanzioni amministrative in misura compresa tra 20.000 e 220.000 Euro. V. Provvedimento 25797 del 22 dicembre 2015 (AL 14), *Coop Italia-Centrale Adriatica*, in relazione alle condizioni contrattuali applicate ai fornitori senza specifica negoziazione (nella fattispecie sconti «contrattuali» ed «extracontrattuali» e compensi per il distributore) e l'interruzione unilaterale del rapporto da parte del distributore. Sono state irrogate sanzioni amministrative per complessive 26.000 Euro.

⁷⁴ V. Provvedimento n. 25551 del 9 luglio 2015 (AL12), *Eurospin*, in cui l'AGCM ha ritenuto che non sussistessero elementi sufficienti per concludere che Eurospin avesse abusato della propria maggior forza contrattuale per imporre, unilateralmente, ai propri fornitori di prodotti agroalimentari o a taluni di essi delle modifiche delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose («servizi di segreteria» e «premi di fine periodo»); v. Provvedimento n. 27805 del 12 giugno 2019, con cui l'AGCM ha chiuso l'istruttoria avviata in relazione ai violenti episodi di protesta da parte degli allevatori sardi contro il prezzo ad essi praticato, per cessazione della materia del contendere (essendo intervenuta, con la mediazione del governo, una trattativa sul prezzo del latte). V. anche Provvedimento n. 25090 del 17 settembre 2014, *Centrale d'acquisto per la grande distribuzione organizzata*, in cui le violazioni contestate concernevano la disciplina antitrust (art. 101 TFUE): la procedura si è chiusa con la sottoscrizione di impegni. Si trattava di pratiche poste in essere da una «supercentrale di acquisto» (applicazione da parte dell'acquirente di sconti, voci c.d. extrafattura, di contro e di contributo, condizionate alla realizzazione di specifici obiettivi di vendita, eventi e/o attività promozionali da parte delle imprese distributive).

all'abuso nei rapporti agroalimentari⁷⁵, ha avuto un 'successo' assai modesto, giacchè poche risultano, anche in tal caso, le iniziative intraprese sia in sede antitrust⁷⁶, sia in sede civile.

I casi in cui l'abuso è stato ritenuto sussistente sono rarissimi⁷⁷, in quanto la giurisprudenza, com'è noto, ritiene che l'abuso si verifichi soltanto qualora il fornitore si trovi nell'impossibilità di trovare alternative sul mercato, e tale requisito difficilmente risulta integrato⁷⁸.

Il rapporto tra la fattispecie *ex art. 62* e quella *ex art. 9* non è, peraltro, chiaro. Non appena l'art. 62 ha visto la luce, è stato ipotizzato, sulla base della diversa formulazione della norma, che si potesse prescindere dai requisiti di cui all'art. 9; quando, tuttavia, il D.M. 199/2012 ha ridefinito la fattispecie, inserendo il riferimento alle relazioni economiche "connotate da un significativo squilibrio nelle rispettive posizioni di forza commerciale" (art. 1), e dunque riecheggando l'art. 9, la tesi secondo cui la prima fattispecie costituirebbe specificazione della seconda ha guadagnato terreno, e con essa quella secondo cui i presupposti della tutela dovrebbero essere gli stessi nei due casi⁷⁹. Diverso, tuttavia, è l'orientamento espresso

⁷⁵ L'analogia è marcata: ai sensi dell'art. 9 «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»; il D.M. 199/2012 fa riferimento, nel definire il proprio campo di applicazione, «ai contratti di cui all'articolo 62, comma 1 e alle relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari [...] con particolare riferimento alle relazioni economiche tra gli operatori della filiera connotate da un *significativo squilibrio* nelle rispettive posizioni di forza commerciale».

⁷⁶ L'art. 9 della l. 192 è stato modificato dalla l. 57/2011, che ha aggiunto il co. 3 *bis*: l'AGCM è competente anche con riferimento al mero abuso di dipendenza, ferma restando l'applicazione dell'art. 3 l. 287/1990 qualora l'abuso di dipendenza integri anche un abuso di posizione dominante.

⁷⁷ V. AGCM, provv. n. 26251 del 23 novembre 2016, *Hera*: si tratta della prima volta in cui l'AGCM ha ritenuto sussistente l'abuso; tuttavia nella fattispecie la dipendenza economica non doveva essere accertata, giacchè si trattava del caso di reiterate violazioni della disciplina sui ritardi nei pagamenti, con riferimento alle quali l'art. 9, co. 3 *bis* della l. 192 (comma aggiunto dall'art. 11, L. 5 marzo 2001, n. 57 e modificato dall'art. 10, l.11 novembre 2011, n. 180) ritiene l'abuso sussistente «a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

⁷⁸ Ai sensi del co. 1, ultima frase, dell'art. 9 l. 192/1998, «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».

⁷⁹ L'indirizzo secondo cui tale disposizione costituisce espressione di un principio generale, applicabile a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di subfornitura, può dirsi consolidato da Cass. Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906: l'abuso di dipendenza

recentemente dall'AGCM, la quale ha ritenuto che la nozione di significativo squilibrio *ex art. 62* sia autonoma e non coincidente con quella *ex art. 9*, ragion per cui non è necessario, ai fini dell'accertamento positivo, che il fornitore della filiera agroalimentare si trovi nell'impossibilità di trovare alternative sul mercato⁸⁰. Se confermato, l'approccio dell'AGCM potrebbe, in ipotesi, persuadere anche i giudici civili ad allargare le maglie della tutela (a prescindere qui dall'eventuale condivisibilità dell'esito), sia pure a prezzo di una maggiore certezza, giacchè, com'è emerso nell'esperienza francese e in quella dell'abuso *ex art. 9 l. 192/1998*, estremamente problematica rimane, a voler prescindere dal pregiudizio al mercato, l'individuazione dei criteri cui far riferimento per stabilire quando debba ritenersi superata la soglia soglia oltre la quale il comportamento diventa illegittimo⁸¹. Tuttavia e in

economica può applicarsi a qualsiasi rapporto commerciale, a prescindere dal fatto che si tratti di subfornitura. V., quindi, Trib. Ascoli Piceno, 21 gennaio 2019, n. 27; Trib. Roma, 24 gennaio 2017, sez. X, n. 1239; Trib. Vercelli, 14 novembre 2014. Nel senso della riconducibilità dell'art. 62 alla fattispecie di cui all'art. 9 l. 192/1998, con la differenza che il primo, diversamente dal secondo, determinerebbe un'inversione dell'onere della prova, in quanto la dipendenza economica sarebbe presunta *iuris tantum*, v. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, cit., pp. 17-19; BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, cit. p. 613, par. 1 (l'art. 62 concernendo un contesto in cui la dipendenza economica fa parte integrante, salvo eccezioni, della struttura del mercato).

⁸⁰ «Le disposizioni di cui all'articolo 62 offrono quindi all'Autorità una diversa e ulteriore possibilità di intervenire nei confronti di condotte unilaterali delle imprese che discendano, tra l'altro, dallo sfruttamento del cd. *buyer power*, senza tuttavia rendere necessario l'accertamento né di una posizione dominante in capo all'acquirente, presupposto per l'applicazione della legge n. 287/90 o dell'articolo 102 del TFUE, né della sussistenza di un rapporto di dipendenza economica tra i due contraenti, presupposto per un intervento ai sensi della legge n. 192/1998»: punto 99 del Provvedimento 27825, AL15E, *Carrefour-GDO/Panificatori*; analoga affermazione si trova negli altri provvedimenti dell'AGCM 27 giugno 2019 sul «reso pane», sopra cit. L'AGCM si era orientata in tal senso già nel 2013: v. AGCM, IG43, *Indagine conoscitiva sul settore della GDO*, 24 luglio 2013, par. 4.7 (punti 497 ss.), con specifico riferimento al rapporto tra art. 62 e abuso di dipendenza economica, e in particolare punto 509: «In altre parole, dal punto di vista dell'Autorità, e con riferimento alle problematiche applicative dell'art. 62, il criterio del significativo squilibrio (non seguito nel testo della norma dal riferimento alla presenza di alternative sul mercato) si presta a catturare in ipotesi anche quelle situazioni di significativo squilibrio che non siano immediatamente riconducibili al parametro della mancanza di alternative.

In altri termini, il criterio del significativo squilibrio *ex art. 62*, svincolato dalla necessità di valutare "anche" le alternative sul mercato, si presta ad assumere nella prassi dell'AGCM un ruolo più esteso, sebbene sempre orientato alla tutela dell'interesse pubblico al mantenimento di assetti concorrenziali sul mercato». Segue l'elencazione di possibili fattori da prendere in considerazione.

⁸¹ Ancor più esemplificativo in tal senso è il quadro statunitense: v. SIRSI, *I contratti del mercato*

ogni caso, ragionando in concreto, è comunque dubbio che un eventuale ‘rilassamento’ dei parametri possa condurre a un aumento del contenzioso e alla più frequente constatazione di violazioni dell’art. 62. Come evidenziato anche nel dibattito prodromico alla direttiva 633/2019, la parte più debole, infatti, difficilmente ha interesse ad attivarsi o possiede i mezzi necessari, tenuto conto della fisiologica debolezza che ne caratterizza la posizione nel mercato agroalimentare (correndo essa il rischio di perdere un acquirente e di non aver la possibilità di trovare valide alternative)⁸². L’esperienza francese supporta indirettamente tale assunto: le azioni civilistiche e le relative condanne per abusi commessi dalla GDO nei confronti dei fornitori non derivano da azioni esperite da singoli, ma dal Ministro dell’economia, il quale, agendo a tutela dell’*ordre public économique*, può chiedere anche l’applicazione di sanzioni (ferma restando la competenza dell’*Autorité de la concurrence* nell’ambito, esclusivamente pubblicistico, di sua competenza). Il raffronto con l’esperienza francese, anche qualora, in ipotesi, non pertinente, è quantomeno indicativo: senza dover entrare nei dettagli tecnici, sicuramente anche il mercato italiano è caratterizzato da una forte concentrazione e non pare sostenibile che gli operatori italiani siano più ‘leali’ di quelli francesi. Così come strutturata, la tutela civilistica, dunque, allo stato attuale ha un ruolo che, se rileva, è complessivamente marginale, di mera chiusura, sotto il profilo teorico-sistematico, di un sistema di efficace tutela che, allo stato, è mancante.

Resta il fatto che, muovendo dal presupposto che vi sia un’esigenza di tutela che deve essere soddisfatta dall’ordinamento giuridico, permane la difficoltà oggettiva di individuare parametri adeguati di misurazione dello squilibrio (“significativo” o “eccessivo”).

agro-alimentare: l’esperienza USA, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 279 ss.

⁸² Né pare che alla debolezza delle tutele privatistiche che presuppongono l’iniziativa del singolo possa sopperire l’azione di classe così come risultante a seguito delle modifiche introdotte dalla legge 31 aprile 2019, n. 31: se la legge ha generalizzato l’istituto sotto il profilo soggettivo (non più i soli consumatori, ma tutti i portatori di interessi individuali omogenei) e oggettivo (qualsiasi violazione), ampliando i termini per l’adesione alla classe e creando incentivi all’azione per il promotore e per l’avvocato, l’iniziativa di un singolo, eventualmente per il tramite delle associazioni cui conferisca mandato, rimane imprescindibile. Ipotizza, per una maggiore effettività della tutela, la possibilità di introdurre i danni punitivi, previa rivisitazione dell’istituto, Russo, *Le violazioni all’art. 62, d.l. n. 1 del 2012 tra responsabilità civile e sanzioni amministrative*, cit., p. 215.

5. Riflessioni finali: i limiti della tutela civilistica e la necessità di un approccio differenziato (e cross-border)

L'analisi svolta conferma la limitata incidenza degli strumenti civilistici di tutela dell'anello debole della filiera, sia dal punto di vista della riparazione, sia dal punto di vista della deterrenza. L'effettività dei rimedi che le vittime potrebbero, in ipotesi, esperire, è minata a monte dalla situazione di debolezza in cui esse normalmente si trovano, anche in conseguenza della situazione generale in cui versa il mercato, in particolare per l'elevata concentrazione della domanda e l'atomizzazione dell'offerta: il produttore che denunci eventuali violazioni si espone al rischio di ritorsioni commerciali.

La direttiva UE 633/2019 non comporterà necessariamente un innalzamento della soglia di tutela della parte debole nei singoli Stati membri, in quanto la normativa interna potrebbe già contemplare, nel complesso o in relazione a singoli profili della disciplina, tutele analoghe o maggiori (come si verifica in Francia e in Italia). Basti ribadire, per sintetizzare quanto rilevato sopra, che la direttiva è misura di armonizzazione minima; che le fattispecie di pratiche vietate *per se* sono tipizzate e manca una clausola generale⁸³; che non sono coperte alcune delle pratiche maggiormente controverse (quali la vendita sotto-costo e le aste a doppio ribasso, tra l'altro attualmente al vaglio del legislatore italiano⁸⁴); che l'individuazione dei rimedi e la determinazione

⁸³ Nel corso del dibattito interno che ha accompagnato l'iter della direttiva l'AGCM suggeriva di inserire un divieto generale di pratiche commerciali sleali, capace di contrastare le condotte di nuova emersione; di integrare la proposta di direttiva inserendo una clausola generale e definitoria che vieti le pratiche commerciali che determinino, in danno del soggetto dotato di minore potere di mercato, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; di limitare i divieti di cui alla lista nera alle sole relazioni connotate da un significativo squilibrio del potere di mercato (o, in alternativa di configurare una mera presunzione *iuris tantum*). V. l'Audizione dell'AGCM 22 novembre 2018 presso la Commissione agricoltura e produzione agroalimentare del Senato della Repubblica; v. anche la precedente audizione dell'AGCM, 11 settembre 2018 presso le Commissioni riunite X Attività produttive, commercio e turismo e XIII Agricoltura della Camera dei deputati. Nello stesso senso v. la Risoluzione della 9^a Commissione permanente presso il Senato 5 dicembre 2018 (rel. Abate) e la Posizione delle Regioni e delle province autonome sulla proposta di direttiva 13 dicembre 2018.

⁸⁴ Il 27 giugno 2019 la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge recante «in materia di limitazioni alla vendita sottocosto dei prodotti agricoli e agroalimentari e di divieto delle aste a doppio ribasso per l'acquisto dei medesimi prodotti. Delega al Governo per la disciplina e il sostegno delle filiere etiche di produzione», titolo breve «Limitazioni alla vendita sottocosto di prodotti agricoli e divieto di aste a doppio ribasso»; il ddl è stato trasmesso alla 9^a Commissione permanente del senato Agricoltura e produzione agroalimentare in data 11 febbraio 2020.

delle sanzioni è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. Peraltro, gli Stati membri che abbiano una disciplina interna che sostanzialmente soddisfi la direttiva, potrebbero cogliere l'occasione costituita dalla necessità di dare attuazione, anche soltanto parziale, a quest'ultima, per introdurre correttivi e colmare lacune⁸⁵. La direttiva, peraltro, ha la conseguenza, di non poco momento, di rendere la Corte di giustizia competente a pronunciarsi in modo vincolante per tutti gli Stati membri sulla legittimità delle pratiche commerciali rientranti nel suo campo di applicazione.

La vicenda francese e le considerazioni svolte, anche di riflesso, sull'esperienza italiana, hanno preso le mosse dalla casistica concernente i rapporti tra la grande distribuzione e i fornitori, ma potrebbero essere trasposte agli altri anelli della filiera, nei limiti dell'analogia. Sul punto, la dottrina italiana, in sede di analisi critica dell'art. 62 – ma lo stesso può dirsi in relazione alla direttiva UE 633/2019 – non ha mancato di rilevare come non sia corretto, se non anche controproducente, dettare una disciplina indifferenziata in relazione a tutti i rapporti configurabili all'interno della filiera: quest'ultima ha struttura variabile e spesso estremamente complessa, operando al suo interno soggetti diversi e titolari di interessi eterogenei (produttori, dettaglianti, centri di distribuzione territoriale, centrali nazionali o internazionali, GDO ...)⁸⁶. L'intervento e i rimedi, inoltre, dovrebbero variare anche a seconda dell'impatto che la pratica commerciale produce sulla filiera⁸⁷. Tale differenziazione normativa, tuttavia, pur se in astratto

⁸⁵ Vi è anche il pericolo che la direttiva generi un corsa al ribasso: nel contesto francese, il fatto che la disciplina nazionale si presenti maggiormente protettiva rispetto a quella degli altri Stati membri e rispetto allo standard minimo previsto dalla direttiva, può provocare fenomeni di 'fuga' dal diritto e dal mercato francese e indurre il legislatore francese ad intervenire in futuro – per esempio in sede di attuazione della direttiva – in direzione di un abbassamento della soglia di tutela. Nel senso che la normativa francese penalizzi il mercato e le imprese francesi v. L.VOGEL, J. VOGEL, *La réforme du droit des relations commerciales par la loi Egalim*, cit., par. 2.2.

⁸⁶ Cfr. COSTATO, *Note alla relazione Adornato*, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 193, criticando il fatto che venga riservato lo stesso trattamento ai prodotti agricoli e a quelli alimentari; v. l'intervento di SCIAUDONE, in *I contratti del mercato agroalimentare*, cit., p. 197, evidenziando il rischio che, per tutelare i produttori, si ledano gli altri anelli deboli della distribuzione.

⁸⁷ V. CAFAGGI, IAMICELI, *Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive*, in *European Review of Private Law*, 2019, 5, pp. 1075-1114: sarebbe auspicabile, pertanto, che gli Stati membri, in sede di attuazione della direttiva, affrontino il problema in una prospettiva che guarda alla filiera complessivamente considerata, e non al singolo rapporto nel quale l'abuso si manifesta, tenendo conto della diversità di effetti (sistemici o isolati, «exclusionary» o «distributional») che la pratica determina a seconda delle concrete caratteristiche della

auspicabile, pone evidentemente non poche difficoltà, vista la complessità del settore e l'incessante e rapida evoluzione del mercato. Inoltre, la struttura del mercato e, in particolare, la diffusione delle centrali d'acquisto e la loro delocalizzazione, richiederebbe l'elaborazione di strategie di *enforcement* a livello sovranazionale, capaci, nell'attuale contesto di armonizzazione minima, di contrastare i fenomeni di *forum shopping*⁸⁸.

filiera, anche al fine di individuare il rimedio più efficiente; secondo gli AA. in sede di attuazione della direttiva i legislatori nazionali dovrebbero estendere la tutela, là dove necessaria, anche a prescindere dai requisiti di fatturato che individuano il campo di applicazione (minimo) della direttiva; l'approccio dovrebbe basarsi sulla complementarità tra disciplina pubblicistica e privatistica; in tale ottica, le legislazioni nazionali dovrebbero fare riferimento – come l'Italia ha peraltro fatto – anche ai principi e alle pratiche individuate dal *Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera agroalimentare* approvate il 29 novembre 2011, di cui si è detto sopra, che possono integrare le fattispecie previste dalla direttiva e fornire uno standard di riferimento anche per i giudici.

⁸⁸ Cfr. la relazione presentata il 25 settembre 2019 dalla Commissione d'inchiesta sulla «situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs», istituita il 26 marzo 2019 dall'*Assemblée nationale*: si mette in evidenza come il fenomeno dei gruppi di acquisto internazionali, con sede al di fuori della Francia ma operanti in relazione al mercato francese, accentuino gli squilibri e debbano essere oggetto di disciplina.

