

## “NUOVI” VIZI DEL CONSENSO E DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA

Di Serena Meucci

| 45

**SOMMARIO:** 1. Il problema. - 2. L'abuso di dipendenza economica e la normativa sui ritardi di pagamento. - 3. Contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante e contratti a valle di intese vietate. - 4. Osservazioni conclusive.

**ABSTRACT.** Sempre più numerose e rilevanti sono le forme di perturbazione della formazione della volontà negoziale prese in considerazione nel nostro ordinamento così determinando un apparente allentamento del tradizionale principio di tipicità dei vizi del consenso. In particolare il riferimento è alle fattispecie di alterazione della volontà causate dall'abuso di posizione di forza da un lato e da debolezza strutturale dall'altro, dunque i “nuovi” vizi che emergono nella normativa concorrenziale (disciplina dell'abuso posizione dominante, comportamenti discriminatori, dipendenza economica). L'esigenza di ricostruzione rimediabile si arricchisce in questo ambito da una diversa lettura dell'art. 1440 c.c. e in generale dalla rilevanza dei c.d. vizi incidenti e incompleti unitamente alla centralità dell'evoluzione normativa a livello europeo.

*The forms of disturbance in the formation of the negotiating will taken into account in our legal system are increasingly numerous and relevant, thus leading to an apparent loosening of the traditional principle of typicality of the defects of consent. In particular, the reference is to the types of alteration of will caused by the abuse of a position of strength on the one hand and structural weakness on the other, therefore the "new" defects that emerge in the competitive legislation (discipline of abuse dominant position, behavior discriminatory, economic dependence). The need for remedial reconstruction is enriched in this area by a different reading of the par. 1440 and in general from the relevance of the c.d. incomplete defects together with the opening of the european legislation revolution.*



## 1. Il problema.

| 46

Il problema dei nuovi vizi del consenso si pone all'attenzione dell'interprete in considerazione dell'evoluzione dell'ordinamento in numerosi ambiti. Tra questi, il settore che maggiormente sollecita una riflessione circa la rilevanza di forme di perturbazione della formazione della volontà negoziale investe le fattispecie di derivazione europea relative alla disciplina del mercato: "vizi" nei quali emerge un problema di inquadramento di fattispecie di alterazione della volontà negoziale causate dall'abuso di posizione di forza da un lato e da debolezza strutturale dall'altro<sup>1</sup>. L'attenzione si rivolge a quei "nuovi" vizi che emergono nella normativa concorrenziale, si pensi alla disciplina dell'abuso di posizione dominante, ai comportamenti discriminatori e alla dipendenza economica, con l'obiettivo di valutare come queste figure si pongono nella dialettica tra tipicità da un lato e nuovi vizi dall'altro.

Il problema è più in generale un problema di ricostruzione rimediabile sicché occorre procedere mediante siffatto metodo<sup>2</sup>. Occorre cioè prendere le mosse dal bisogno di tutela che emerge a fronte di una situazione giuridicamente rilevante, come tale ricostruita dall'interprete e degna dunque di protezione, per ricostruire i rimedi esperibili, in linea di principio rimessi alla valutazione della parte offesa. E ciò a fronte del superamento, come la dottrina più attenta ha ormai dato conto, di un presunto principio di tipicità dei rimedi nell'ottica dell'esigenza di effettività della tutela quale si trae dall'impianto costituzionale e precisamente dall'art. 24. La questione dei "nuovi vizi" del consenso partecipa della più ampia e complessa problematica che vede l'interprete di fronte all'esigenza di governare e sistematizzare l'estensione dell'area della rilevanza delle situazioni giuridiche e della relativa protezione con ciò che ne consegue in punto di rimedi. In questo contesto la tradizionale immagine della rigida tipicità dei vizi del consenso che si esauriscono nei casi di incapacità di agire o naturale, errore essenziale, minaccia e dolo determinante il cui rimedio è la sola azione di annullamento appare illusoria.

<sup>1</sup> In tema da ultimo, A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr.*, 2018, 1, 148.

<sup>2</sup> Sulla nozione di "rimedio", G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, 86; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 237; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601; ID., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605; E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 1155.

Numerose sono le fattispecie dotate oggi di rilevanza così come variegati sono i rimedi esperibili.

Nell'esaminare lo svolgersi di siffatto percorso, prima di entrare nel merito dei "vizi" in ambito concorrenziale, occorre evidenziare due momenti fondamentali che fanno da sfondo alla nostra problematica, uno per così dire endogeno, di evoluzione interna al sistema, e l'altro esogeno.

Nel primo ambito, occorre ascrivere la rinnovata e diversa lettura dell'art. 1440 c.c. e in generale la rilevanza dei c.d. vizi incidenti e incompleti con l'apertura allo strumento risarcitorio, ricostruito quale rimedio generale attuativo di un principio anch'esso generale quale quello del ristoro economico. Nel disposto dell'art. 1440 c.c. viene individuata la base normativa per una generalizzata tutela risarcitoria in tutte quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio – e per le quali l'impugnativa è perciò preclusa – il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appare "il frutto di una decisione in qualche modo 'deformata' in ragione della condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto"<sup>3</sup>. Sicché la "vittima" di condotte scorrette della controparte suscettibili di essere considerate illecite (a partire da quelle che si concretizzano nel dolo incidente) è legittimata a richiedere il risarcimento del danno anche nelle ipotesi nelle quali non si diano le condizioni per il ricorso alla tutela demolitoria.

La sanzione della invalidità propria dei "vizi completi" (che presentano cioè i requisiti voluti dalle relative discipline) non vale ad escludere il diverso rimedio risarcitorio per i "vizi incompleti", espressione che rinvia a un predicato relazionale ovvero all'assenza dei caratteri richiesti per legittimare l'azione di annullamento o di rescissione volta volta previsti dalla normativa di riferimento<sup>4</sup>. Tale

<sup>3</sup> Così M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedi risarcitori*, Torino, 1995, 187. Si tratta cioè di quelle ipotesi che "si collocano al di sotto della soglia che vale a delimitare le ipotesi legali di vizio e rispetto alle quali il ricorso al rimedio invalidatorio è escluso: situazioni, tuttavia, in cui l'assetto di interessi che risulta dal contratto, si rivela "squilibrato" a danno di uno dei contraenti in ragione della scorrettezza in contrahendo dell'altro, che superi la soglia di irrilevanza ai normali rischi del traffico contrattuale". *Contra v.* G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (diretto da) *Trattato del contratto*, V, *I rimedi*, 2, Milano, 2006, 1007; M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium*.

<sup>4</sup> Si è osservato in contrario come "l'ordinamento non può – al di fuori di ipotesi specificamente e tassativamente previste e specificate – da un lato riconoscere validità ed efficacia ad un dato regolamento negoziale, e dall'altro porre a carico di una delle parti del contratto l'obbligo di risarcire all'altra i danni che, dall'esecuzione di esso, derivano" (L. ROVELLI, *I principi del diritto contrattuale europeo: tendenze e prospettive*, in



interpretazione si innesta nel quadro della lettura, accolta anche in giurisprudenza, dell'art. 1337 c.c. come espressione di un principio generale di rilevanza in termini risarcitori di condotte contrarie all'obbligo di buona fede, obbligo che orienta e pervade l'intera fase contrattuale a partire dalla formazione. Sicché a fronte di condotte scorrette (quali per esempio quelle che si concretizzano nel dolo incidente) che siano tali da integrare una violazione del dovere generale di buona fede ex art. 1337 c.c., l'ordinamento assicura una tutela risarcitoria concretizzandosi appunto la scorrettezza precontrattuale nella violazione del detto obbligo fonte di responsabilità anche quando la condotta scorretta non sia tale da consentire l'invalidazione del contratto<sup>5</sup>.

L'orientamento così tratteggiato ha trovato sostegno nella giurisprudenza di legittimità, sostegno che si sta facendo via via più solido e robusto<sup>6</sup> e che deve essere valutato unitamente alla progressiva

estensione dell'area della contrattualità della responsabilità nei casi di contatto sociale qualificato, quale quello che si instaura con le trattative<sup>7</sup>. Il primo riferimento è, naturalmente, alle pronunce delle Sezioni Unite del dicembre 2007<sup>8</sup> le quali, sia pure in obiter, hanno affermato l'ammissibilità di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole<sup>11</sup>, dunque da contratto validamente concluso, suscitando non poche reazioni<sup>9</sup>. Si è tentato di circoscrivere la rilevanza dei principi enucleati in quelle e successive pronunce osservando come da un lato si tratti di semplici obiter dicta e, dall'altro, come gli stessi casi avrebbero potuto essere decisi attraverso un apparato argomentativo diverso da quello della responsabilità da contratto valido ma pregiudizievole.

Al di là delle critiche, che non sembrano a ben vedere decisive, la progressiva estensione del rimedio risarcitorio nelle sue molteplici declinazioni tra le quali l'affermazione della responsabilità da contratto validamente concluso ha trovato un rapido accreditamento nell'elaborazione giurisprudenziale e ha determinato una progressiva estensione dell'area della protezione in tutti i casi di turbative che si sostanziano in condotte scorrette di una parte che induce la controparte a concludere un contratto che, seppur non determinato, risulti condizionato dall'altrui preponderanza o dalla propria debolezza e comunque diverso da quello che avrebbe altrimenti

ALPA – BUCCICO (a cura di) *Il codice civile europeo*, Milano, 2001, 116), fermo restando comunque che all'ordinamento non è affatto estraneo il dispositivo di divaricare le proprie tutele quando ciò serve a comporre istanze multiverse (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 396).

<sup>5</sup> Come osservato da Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e resp.*, 2006, 25 con nota di ROPPO AFFERNI, in *Contratti*, 2006, 446, con nota di POLIANI; in *Corr. giur.*, 2006, 669, con nota di GENOVESI; in *Foro it.*, 2006, I, 1105 con nota di SCODITTI) "la responsabilità per violazione del dovere di buona fede durante le trattative ... non è limitata ai casi in cui alla trattativa non segua la conclusione del contratto o segua la conclusione di un contratto invalido ... bensì si estende ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto". Quanto alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità precontrattuale, v. Cass., SS.UU., 26 giugno 2007, n. 14712, *Corr. Giur.*, 2007, 12, 1706, con nota di A. DI MAJO; Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità contrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1944, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*. In tema, M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale ... è dunque contrattuale?*, in *Contr. impr.*, 2013, 283.

<sup>6</sup> Da ultimo Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1517 nota di C. SCOGNAMIGLIO, così massimata: "la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido ed inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido ma risulti pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto altrui. Pertanto, la circostanza che il contratto sia stato validamente concluso non è di per sé decisiva per escludere la responsabilità dell'altra parte, qualora a questa sia imputabile, sulla base di un accertamento di fatto, l'omissione di informazioni rilevanti, nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, e con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto".

<sup>7</sup> Di recente, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1504 con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*.

<sup>8</sup> Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, le quali richiamano Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, sopra citata.

<sup>11</sup> In questo senso anche Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 205 ss., con nota di M. CONFORTI.

<sup>9</sup> Si veda tra gli altri, A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 107; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 230 ss.; V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725*, in *Contratti*, 2008, 231 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civili: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 445 s.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I, 784 s.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 s.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 59 ss. In giurisprudenza Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, citata.



ti concluso. Per questa via torniamo dunque alla rilevanza dell'interrogativo di fondo che riguarda la presente riflessione.

Il secondo aspetto del quale occorre dare conto per correttamente inquadrare il tema che qui ci occupa riguarda l'incidenza del diritto di derivazione europea, elemento esogeno solo per la provenienza formale della normativa e/o del modello dal momento che la relativa integrazione nel sistema domestico ne provoca un'evoluzione e un mutamento spesso sostanziali. Basti solo pensare alla figura della nullità ed alla profonda innovazione della disciplina domestica.

Al diritto europeo si deve la rafforzata rilevanza attribuita ai condizionamenti provenienti dal mercato e in generale ai casi di asimmetria di forza e informativa non solo nei rapporti B to C (professionista e consumatore) ma anche nei rapporti tra imprese. Occorre a questo punto entrare nel merito delle relative normative per verificare l'incidenza sul tema dei vizi del consenso<sup>10</sup>.

## 2. L'abuso di dipendenza economica e la normativa sui ritardi di pagamento.

Partiamo allora dalla dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998, fattispecie di applicazione generale nel diritto dei contratti che ben può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura e che colpisce e sanziona il caso di abuso effettuato da una impresa (di solito fornitrice) della situazione di dipendenza economica nella quale versa l'impresa controparte (normalmente cliente). Non rileva la dipendenza economica in quanto tale giacché espressiva di uno stato fisiologico dell'andamento del mercato e dunque delle contrattazioni che lo compongono e non oggetto ex se di disvalore da parte dell'ordinamento, bensì l'abuso effettuato da una parte a danno dell'altra<sup>11</sup>. A questo riguardo, l'abuso si concretizza nella situazione in cui una impresa sia in grado di determi-

nare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, sfruttando la propria forza economica, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi da misurarsi anche in relazione alle reali possibilità per la parte vittima dell'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Uno dei principali elementi rivelatori della sussistenza della dipendenza economica è fornito dal legislatore stesso, ed è rappresentato dall'esame della possibilità per l'impresa "debole" di compiere scelte imprenditoriali alternative sul mercato.

Tre i dati da evidenziare ai nostri fini ovvero in rapporto ai rimedi codicistici tratteggiati nella disciplina dei vizi del consenso. In primo luogo, l'ambito applicativo della fattispecie, indice rilevatore quanto all'estensione della rilevanza di condotte abusive e comunque tali da perturbare la scelta negoziale.

La norma che sanziona l'abuso di dipendenza economica ha carattere generale e trova applicazione nei contratti tra imprese a prescindere dalla qualificazione in termini di subfornitura. Dato questo che risulta acquisito anche in giurisprudenza la quale ha osservato come si tratti di una "fattispecie di applicazione generale ... che si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di rapporti commerciali": il che pertanto presuppone che siffatti rapporti siano regolati da un contratto. Tanto ciò è vero che il comma terzo dell'art. 9 della legge 192/1998 statuisce la nullità del patto che realizza l'abuso<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Cass., SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, 4, 739 e Cass. 23 luglio 2014, n. 16787, in *DeJure*, nonché nel merito, Trib. Vercelli 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, 10, I, 3344 secondo cui l'applicabilità dell'art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192, in tema di abuso di dipendenza economica, non è limitata alle sole ipotesi di sub - fornitura; in senso analogo Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2, 2011, II, 1471, con nota di V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*, Trib. Roma 30 novembre 2009, in *Foro it.*, 2001, I, 256; Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2009, 2248 ad avviso del quale la disciplina in tema di abuso di dipendenza economica si applica a tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese che, come la sub - fornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo a un'integrazione "verticale" delle rispettive attività; v. altresì Trib. Trieste 20 settembre 2006, in *Corr. mer.*, 2007, n. 2, 178, con nota di BATELLI, *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica*, Trib. Isernia 12 aprile 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 2149, con nota di DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262, con riferimento ad ogni rapporto di natura commerciale. Di diverso avviso, nel senso di circoscrivere l'applicazione della norma alla sola subfornitura, Trib. Roma 19 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 256, nonché Trib. Taranto 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440 che ne ha escluso l'applicazione proprio con riferimento al contratto di affiliazione commerciale. In dottrina, negli stessi termini, E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la sub-fornitura*, *Conc. merc.*, 2010, 630.

<sup>10</sup> In tema, in particolare, A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 91; G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 742 ss.

<sup>11</sup> Fra i contributi più significativi, si veda A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018, M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, terzo contratto e tecnica legislativa*, in *Contr. impr.*, 2013 I 91, G. GITTI - G. VILLA, *Il terzo contratto, l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, G. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, 493, V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669; L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1127.







Secondariamente, in questa tipologia di vizio invalidante, a differenza dei tradizionali vizi del consenso (fatta eccezione per la incapacità naturale e, ai fini però risarcitori, il dolo incidente), rileva lo squilibrio, l'iniquità del patto. Con un limite importante. Lo squilibrio deve investire diritti e obblighi, uno squilibrio dunque normativo come per le clausole abusive nei contratti del consumatore<sup>13</sup>, che naturalmente si flette in un danno economico. Non è sindacabile dal giudice l'adeguatezza del corrispettivo della transazione commerciale in sé considerata.

In terzo luogo, l'effetto demolitorio sul contratto (rectius, sul patto che realizza l'abuso) si produce anche in assenza del requisito - presente invero nei rimedi codicistici dei vizi del consenso - del carattere "determinante" del consenso stesso. Ai fini cioè della fattispecie di cui all'art. 9, sanzionata ai sensi del relativo comma 3 con la nullità, non è richiesta una indagine sull'incidenza radicale del consenso della parte "vittima" dell'abuso.

Come detto, in mancanza dell'abuso, ovvero della condotta scorretta della controparte, l'impresa avrebbe comunque stipulato quella transazione ma a condizioni diverse: si tratta per utilizzare un'espressione codicistica di un vizio incidente. Diversamente, qualora cioè la condotta scorretta fosse determinante il consenso della vittima, quest'ultima ben potrebbe esperire gli ordinari rimedi civilistici (ovvero l'azione di annullamento per dolo), nulla innovando allora l'art. 9 della Legge 192.

Spostandosi sul profilo rimediabile, è il legislatore a statuire la nullità del patto che sostanzia lo squilibrio, nullità che presenta i caratteri del regime protettivo, dunque parziale e relativa: l'impresa che lamenta di essere vittima di un abuso di dipendenza economica generalmente non intende liberarsi dal contratto bensì conservarlo, emendato della clausola stipulata a seguito di un comportamento abusivo della controparte<sup>14</sup>. E' da ritenere inoltre che si tratti di nullità rilevabile d'ufficio e ciò anche alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite del 2014<sup>15</sup>

che si pongono nel solco - seppur con alcune differenze - dei precedenti della Corte di Giustizia.

Regime per certi versi analogo è quello sui ritardi di pagamento. L'art. 7, comma 1 del Decreto 231/2002 sanziona con la nullità l'accordo che, in esito alla valutazione sulla scorta dei criteri previsti dalla normativa stessa, si riveli "gravemente iniquo", in danno del creditore. La nullità è 32011/7/UE ha modificato l'impianto del 2012. Quanto alla disciplina, ancorchè nulla sia precisato al riguardo (dato questo che a ben vedere non sorprende) in dottrina si riconduce la nullità della clausola "gravemente iniqua" nell'alveo delle nullità protettive con applicazione dei caratteri della parzialità<sup>16</sup>. E' invece espressamente sancita (comma 2) la rilevabilità d'ufficio dal giudice nonché il fatto che dall'accertamento della grave iniquità della clausola in deroga alle disposizioni di legge, e, quindi, dalla declaratoria della nullità della stessa, consegua l'applicazione dei termini legali, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. A questo riguardo giova menzionare come l'intervento ad opera del D.Lgs. 192/2012 abbia eliminato la possibilità in precedenza attribuita al giudice di disporre, a seguito dell'accertamento della nullità, la riconduzione della clausola ad equità in alternativa all'applicazione delle disposizioni di legge. Siffatto potere modificativo-integrativo del sinallagma contrattuale rappresentava una previsione fortemente innovativa per il nostro ordinamento la quale, peraltro, aveva dato luogo a non pochi dubbi interpretativi ed applicativi. E ciò con particolare riferimento alla ampiezza dei poteri del giudice quanto all'espletamento di tale forma di intervento equitativo e alla individuazione dei criteri nella scelta tra applicazione della disciplina legale e riconduzione ad equità dell'accordo "gravemente iniquo".

Al di là della disciplina applicabile (carattere parziale, relativo e rilevabile d'ufficio del rimedio), i contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di dipendenza economica così come gli accordi che si rivelino gravemente iniqui in danno del creditore sono espressamente qualificati nulli e il legislatore, an-

<sup>13</sup> Al riguardo sia consentito di rinviare a S. MEUCCI *Art. 34*, in VETTORI (a cura di) *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 341.

<sup>14</sup> Oltre alla nullità il comma 3 dell'art. 9 richiama le azioni risarcitorie e inibitorie. Come osservato infatti (R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, 398) l'esperienza applicativa maturata negli anni ha dimostrato che "il vero rimedio per gli abusi di dipendenza economica è innanzi tutto inibitorio e, solo in subordine, risarcitorio; raramente è stata invocata la nullità del patto".

<sup>15</sup> Cass., Sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, 909, con nota di ADORNO, e *ibid.*, 931, con nota di MENCHINI, e in *Giur. it.*, 2015, I, 71 ss. con nota di PAGNI e *ibid.* 1387 con nota di BOVE.

<sup>16</sup> S. ZUCCHETTI, *Art. 7 - Nullità*, in DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 588; v. altresì DE MARZO, *Ritardi di pagamento nei contratti tra imprese: l'attuazione della disciplina comunitaria*, in *Contratti*, 2002, 1155 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., 461 e ss.; A. ZACCARIA, *Il coordinamento fra la recente disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e la precedente disciplina in materia*, *ivi*, 2004, 305 e ss.; R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 57 e ss.; G. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; V. CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004; G. SPOTO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) L'Italia*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 160.

corchè il vizio – se valutato con gli occhiali dei vizi del consenso codicistici – ben potrebbe essere incidente (comunque non determinante il consenso), ha fatto ricorso al rimedio invalidante<sup>17</sup>.

| 50

La spiegazione è presto data. Il legislatore a fronte di condotte scorrette che nella maggior parte dei casi si situano nella fase precedente alla sottoscrizione del contratto ha ritenuto inidoneo il solo rimedio risarcitorio, vuoi per ragioni per così dire politiche vuoi per garantire omogeneità quanto all'incidenza sui contratti tra imprese frutto di tali condotte scorrette e di conseguenza sul mercato<sup>18</sup>. D'altra parte, l'esigenza di protezione non si esaurisce nella sola sfera del contraente vittima dell'abuso ma nel mercato e nella efficienza delle negoziazioni tra imprese, interesse generale che verrebbe a essere pregiudicato da abusive condotte.

### 3. Contratti conclusi sotto l'effetto di abuso di posizione dominante e contratti a valle di intese vietate.

Occorre una precisazione quanto alla individuazione della fattispecie. Un'impresa detiene una posizione dominante quando può comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti, dai fornitori e dai consumatori; in genere, ciò accade quando detiene quote elevate in un determinato mercato. Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non è di per sé distorsivo del mercato e dunque meritevole di disapprovazione; per operare in modo efficiente, può essere infatti necessario operare su larga scala o in più mercati e, d'altra parte, un'impresa può ampliarsi proprio grazie ad un comportamento "virtuoso", offrendo prodotti che meglio di altri soddisfano le esigenze dei consumatori.

L'art. 3 della legge 287/1990 non vieta la posizione dominante in quanto tale né la capacità dell'impresa di imporre determinate condizioni in uno specifico rapporto contrattuale: ad essere rilevante è invece lo sfruttamento abusivo di tale potere a danno dei consumatori il quale può per esempio concretizzarsi nell'impedire ai concorrenti di operare sul mercato, causando, conseguentemente, un danno ai consumatori.

Ciò detto, a differenza di quanto previsto per le intese, il legislatore nazionale, come quello europeo, nulla dispone in merito alla validità o invalidità dei contratti che realizzano un abuso di posizione

dominante. Analogo silenzio legislativo si ravvisa in ordine al rimedio applicabile con riferimento ai contratti a valle, i quali cioè risentono degli effetti di intese (art. 2 legge 287/1990) o degli abusi di posizioni dominante (art. 3 legge 287/1990). Come è noto, infatti, nulle "di pieno diritto" o "ad ogni effetto" sono le intese vietate a monte, senza disporre alcunché in merito alla sorte dei contratti "derivati", la cui disciplina rimane invece di esclusiva competenza nazionale. Nel silenzio legislativo, parte della dottrina<sup>19</sup> ha proposto di richiamare il sistema generale dell'annullabilità, ravvisando una comunanza di elementi tra condotta abusiva e vizio del consenso, così avvicinando la tematica antitrust a quella tradizionale dei vizi del consenso eteroindotti, partecipi degli elementi dell'abuso e dello "sviamento" della volontà. Il riferimento è più precisamente al dolo incidente ex art. 1440 c.c. e dunque al rimedio risarcitorio.

Al di là di questa voce, la dottrina maggioritaria così come la giurisprudenza tende a negare l'applicazione di rimedi invalidanti in favore di quelli risarcitori sicché la fattispecie contrattuale non è nulla né la nullità dell'intesa si propaga per collegamento. D'altra parte non sussiste alcun raggirio o inganno che giustifichino l'annullamento.

### 4. Osservazioni conclusive.

Il dato di fondo che l'interprete registra è senza dubbio una espansione della rilevanza giuridica - e dunque della corrispondente esigenza di (effettiva) protezione da parte dell'ordinamento - di fattispecie di abuso e di condotte perturbanti la volontà negoziale, e ciò oltre le ipotesi classiche dei vizi del consenso, quindi al di là di una visione liberale del contratto come fatto di pertinenza delle sole parti.

Da un lato si ravvisa una consistente evoluzione interna al sistema codicistico domestico e di ciò ne abbiamo dato conto. In questo contesto di fondamentale importanza è la rinnovata lettura dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede quale previsione avente portata generale e precettiva in tutte le fasi esplicative dell'autonomia contrattuale e alla quale si deve l'estensione della rilevanza giuridica dell'abuso rilevante con un ripensamento degli strumenti tipici. La legislazione cessa di essere indifferente ai condizionamenti provenienti da anomalie di mercato e ampia la soglia di rilevanza di condotte incidenti sulla libertà del volere realizzate da un comportamento abusivo di una parte.

<sup>17</sup> Siffatta considerazione "spezza sul piano dogmatico l'equazione del codice per cui al vizio determinante fa riscontro un rimedio invalidante e al vizio incidente un rimedio risarcitorio", così A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit.

<sup>18</sup> A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit.

<sup>19</sup> M. MELI *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.





Dall'altro vi è l'incidenza del diritto europeo che ha dato rilevanza a fenomeni di turbative nella libera formazione del consenso, pertanto di abuso della posizione di debolezza di una parte (sia essa consumatore ovvero impresa). Abusi che visti con le lenti dei vizi della volontà codicistici non si annoverano tra quelli determinanti ma che sono tali comunque da determinare dei condizionamenti della libertà del volere derivanti dalla strutturale asimmetria informativa o da una posizione di forza della controparte.

Si affacciano nuovi casi di turbativa della libera formazione del consenso realizzati tramite abuso (commissivo o omissivo) se non sempre determinanti almeno condizionanti il contratto. Per alcuni vizi, è il legislatore ad avere ricostruito il rimedio in termini invalidanti, e lo abbiamo visto (così è infatti per l'abuso dipendenza economica) – anche se risulta articolato in termini di nullità di protezione. Ove il legislatore nulla dice spetta all'interprete individuare caso per caso la soluzione con una valutazione di ordine rimediabile che dovrà essere effettuata secondo i canoni del sistema e che può declinarsi tra rimedi invalidanti o rimedi risarcitori.

Alla luce di ciò l'analisi sistematica dei vizi del consenso deve essere osservata dall'ottica rimediabile. In particolare, occorre valorizzare un elemento già proprio della disciplina dei vizi del consenso e che si trae dalla disciplina codicistica (riletta alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale): il legislatore non ha esaurito i rimedi nell'annullabilità del contratto, ma ha previsto la risarcibilità del danno (art. 1440 c.c.) e la correzione del contratto (art. 1432 c.c.). Correzione prevista anche in materia di rescissione (art. 1450 c.c.). Varietà dei rimedi che è funzionale alla tutela effettiva dell'interesse giuridicamente rilevante fatto valere in giudizio.

Ecco allora che l'evoluzione interna ed esterna al sistema come è stata tracciata (che muove dalla riletture e dalla portata precettiva al canone di buona fede ex 1337 c.c. nella formazione del contratto, alla rilevanza del rimedio risarcitorio fino alla incidenza di normative di derivazione europea) e che richiede un ripensamento dei tradizionali vizi del consenso, trova una coerenza proprio nella molteplicità e diversità dei rimedi che già il nostro codice ci restituisce, variamente articolati in relazione all'incidenza del comportamento abusivo sulla formazione della volontà contrattuale. Rimedio invalidante in caso di condotta abusiva determinante la formazione della volontà negoziale o rimedio risarcitorio ai sensi di una lettura combinata degli artt. 1440 e 1337 c.c. in caso di comportamento abusivo perturbante la volontà e incidente sulla stessa ma il cui effetto, fermo restando la disponibilità a istanza di parte, è il mantenimento del contratto riequilibrato

tramite l'intervento risarcitorio, con quella che è stata definitiva la precisione chirurgica nel riequilibrare le posizioni giuridiche<sup>20</sup>. Ecco allora che il superamento e comunque l'allentamento della tipicità dei vizi del consenso e l'emersione di nuove fattispecie di rilevanza di condotte abusive incidenti sulla volontà possono essere recuperati a sistema attraverso l'analisi dei rimedi alla luce di canoni precisi che si traggono dall'ordinamento nel suo complesso. Ne segnalo alcuni: la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità; la distinzione tra rimedi invalidanti in caso di abuso determinante la volontà e rimedi risarcitori (manutentivi del contratto) in caso di abuso incidente; la rilevanza dell'obbligo di buona fede presidiata dalla tutela risarcitoria.

Un'ultima considerazione riguarda il profilo comparato. I principali sistemi europei hanno vissuto negli ultimi anni una importante stagione di riforme codicistiche, basti pensare alla riforma “per la modernizzazione del Diritto delle obbligazioni” tedesco del 2001 e alla ancor più recente Ordonnance de réforme francese del 2016<sup>21</sup>. Proprio nell'ambito dei vizi del consenso la riforma del code Napoléon introduce alcune novità di grande rilievo soprattutto se comparate con il sistema domestico<sup>22</sup>. Accanto ai classici vizi del volere - errore, dolo e violenza - viene codificato un vizio nuovo incentrato sulla “faiblesse”, ovvero la violenza per abuso dello stato di dipendenza (art. 1143 code civil<sup>23</sup>) definendo così una netta diversificazione con il più rigido sistema

<sup>20</sup> G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104.

<sup>21</sup> Si tratta della Ordonnance no 2016-131 del 10 febbraio 2016 “portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”.

<sup>22</sup> Oltre agli aspetti indicati nel testo, tra gli elementi innovativi apprestati dalla riforma occorre menzionare la previsione di un dovere generale di informazione e la rilevanza della mera omissione. Per ulteriori approfondimenti v. A. GORGONI, *La riforma dei contratti in Francia - i vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giur. It.*, 2018, 5, 1216.

<sup>23</sup> L'art. 1143 code civil stabilisce che «Si ha ugualmente violenza quando una parte, abusando dello stato di dipendenza in cui si trova il proprio contraente, ottiene da quest'ultimo un impegno che non avrebbe assunto in assenza di una tale costrizione («contrainte») procurandosi un vantaggio manifestamente eccessivo» (un avantage manifestement excessif). Gli elementi della fattispecie sono i seguenti: 1) lo stato di dipendenza nei confronti della controparte; 2) l'abuso di tale condizione; 3) il nesso di causalità tra la condotta abusiva (la costrizione) dello stato di dipendenza e la conclusione del contratto o l'assunzione di un obbligo; 4) il vantaggio manifestamente eccessivo per l'autore della condotta riprovata prodotto dal contratto o dall'obbligo. Sulla scorta del diritto contrattuale europeo in formazione (c.d. fonti persuasive), il code civil ha introdotto un articolo che attribuisce rilevanza giuridica allo «stato di dipendenza» («l'état de dépendance») di un contraente rispetto all'altro.

italiano dei vizi del consenso. L'ordinamento francese per la prima volta dà rilevanza in termini generali allo stato soggettivo di dipendenza dalla controparte la cui causa non è predefinita dal legislatore bensì può scaturire da una molteplicità di fattori (età, condizioni culturali, stato di salute e così via).

52 Il legislatore del 2016 ha fatto proprio un orientamento già espresso dalla Cour de Cassation la quale aveva più volte affermato che costituisce vizio del consenso lo sfruttamento abusivo di una condizione di dipendenza economica perpetrato al fine di trarre profitto dal timore avvertito dalla controparte di pregiudicare i propri interessi<sup>24</sup>. È evidente come, astrattamente, la nuova fattispecie abbia un campo di applicazione assai ampio, trasversale a tutti i contratti (e a tutti i contraenti) e in grado di attrarre alla giuridicità diverse situazioni di debolezza della persona. D'altra parte il novellato codice francese accomuna sotto il profilo del rimedio le due fattispecie di vizi del consenso che il nostro legislatore, da un lato, ha distinto quanto alle ricadute sul contratto, dall'altro, ha circoscritto al dolo: quelli (erreur, dol, violence) senza i quali «una delle parti non avrebbe contratto» e quelli senza i quali una parte «avrebbe contratto a condizioni sostanzialmente diverse» (art. 1130 code civil). La sanzione, come detto, è la medesima: la nullité ex art. 1131 code civil. Sicché la tutela invalidante è concessa con riguardo a tutti i vizi del consenso che abbiano indotto a contrarre a condizioni sostanzialmente diverse; non così nel nostro sistema stante l'art. 1440 c.c. ed il rimedio risarcitorio, ricostruito – lo si è visto – quale norma di applicazione ampia ed espressione della rilevanza giuridica della condotta dolosa sul regolamento contrattuale.

<sup>24</sup> Cass I° civ., 3 aprile 2002, n. 00-12932 in *Bull. civ.* I, n. 108.

