

ASSEMBLEA ANNUALE DI CENTROMARCA

Milano, 28 giugno 2012

IL CONTROLLO DEL POTERE DI MERCATO NELLA FILIERA DEI BENI DI CONSUMO

Prof. Avv. Carla Bedogni Rabitti

Componente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Vorrei dedicare il mio breve intervento ad una prima disamina delle nuove disposizioni legislative, introdotte dal decreto legge c.d. cresci Italia, in materia di controllo del potere di mercato nella filiera agro-alimentare e al ruolo attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Le crescenti tensioni che si sono registrate in diversi Paesi europei tra le imprese produttrici e la distribuzione avevano già stimolato iniziative a livello comunitario. La Commissione Europea, dapprima nel 2009 e poi nell'ambito del Forum di Alto Livello nel 2011, aveva enucleato di concerto con gli operatori del settore alcuni principi guida cui dovrebbero ispirarsi i rapporti di filiera, identificando altresì alcune pratiche commerciali scorrette, quali:

- a) la risoluzione unilaterale, senza preavviso e giustificato motivo, di un rapporto commerciale;
- b) la modifica unilaterale e retroattiva dei costi o dei prezzi di beni e servizi;
- c) l'applicazione di clausole penali immotivate o sproporzionate rispetto al pregiudizio sofferto.

L'intervento della Commissione, non vincolante, non ha potuto rimediare tempestivamente alle pratiche inique più volte lamentate dai fornitori di piccole e medie dimensioni. Nella nostra esperienza nazionale, l'asimmetria tra le posizioni contrattuali delle parti e la sostanziale dipendenza di alcuni fornitori nei confronti dei propri clienti è infatti sfociata nell'adozione da parte di questi ultimi di pratiche commerciali assai discutibili sotto il profilo della correttezza. In particolare, la dilatazione irragionevole dei termini di pagamento e la richiesta di contribuzioni sproporzionate e prive di un collegamento evidente con l'oggetto della prestazione principale si sono risolte in una compressione indebita dei margini delle imprese fornitrici, fino a metterne in discussione – in taluni casi – la stessa capacità di continuare ad operare sul mercato.

E' in questo contesto che matura la scelta del legislatore italiano di approntare una tutela specifica in favore dei fornitori di prodotti alimentari, la cui applicazione è affidata all'Autorità. L'articolo 62 del decreto cresci Italia, che vieta l'adozione di comportamenti sleali nei rapporti della filiera agro-alimentare, si pone quindi in una linea di sostanziale continuità rispetto ad

altre esperienze europee, nelle quali – sia pure con gradi diversi di intensità – si è ritenuto di dover intervenire a garanzia dell'equilibrio e della trasparenza degli assetti contrattuali rilevanti.

La necessità dell'intervento legislativo

Si pone allora la questione se un intervento legislativo ad hoc fosse davvero indispensabile e non potesse invece farsi ricorso per la repressione delle condotte in questione allo strumentario giuridico già disponibile nel nostro ordinamento: segnatamente, la disciplina in materia di concorrenza, la nozione di abuso di dipendenza economica e il divieto di clausole vessatorie.

Tuttavia, nel nostro ordinamento una tutela sostanziale nei confronti delle clausole vessatorie è garantita ai soli consumatori, intesi quali persone fisiche che agiscano per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale. Infatti, la circostanza che le piccole medie imprese possano ritrovarsi, nei rapporti con i propri fornitori e clienti, in una posizione di squilibrio del potere contrattuale non dissimile da quella dei consumatori non ha ancora indotto il legislatore italiano ad un ampliamento del perimetro della tutela (sulla scorta della recente estensione alle microimprese della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette): il risultato è che per i soggetti imprenditoriali rimane disponibile la sola tutela formale approntata dal codice civile.

D'altro canto, come già correttamente evidenziato da diversi commentatori, l'imposizione di condizioni ingiustificatamente onerose che faccia leva sullo stato di relativa soggezione in cui versi una delle parti del rapporto contrattuale non può essere agevolmente contrastata neppure con i tradizionali strumenti del diritto antitrust. In particolare, come è noto, la disciplina della condotta unilaterale delle imprese non trova applicazione laddove non si riscontri una posizione di dominanza sul mercato. Peraltro, gli effetti dell'abuso di dominanza relativa in termini di benessere dei consumatori, che costituisce la pietra angolare per la valutazione della liceità delle condotte di impresa ai sensi del diritto antitrust, sono assai ambigui. In particolare, in assenza di un impatto sulle quantità prodotte o sugli incentivi all'innovazione, lo sfruttamento del potere di mercato dal lato della domanda può risultare neutro in termini concorrenziali, risolvendosi anzi in un vantaggio per i consumatori quando una vivace rivalità sui mercati a valle induca i distributori a trasferire sugli acquirenti i risparmi di costo così realizzati. In queste ipotesi, gli effetti meramente redistributivi dello sfruttamento del potere di mercato sfuggono al sindacato esercitabile dalle autorità di concorrenza.

Da ultimo, le disposizioni che vietano l'abuso di dipendenza economica, che pure sembrerebbero in astratto fornire la base giuridica più adeguata per un intervento repressivo nella situazione de qua, limitano la competenza dell'Autorità Garante alle sole ipotesi

suscettibili di determinare un pregiudizio al funzionamento del mercato. La formulazione della norma è stata interpretata restrittivamente, col risultato di condurre ad una sua disapplicazione nei fatti. La nuova normativa, quindi, si pone in rapporto di specialità rispetto alla disciplina generale in materia di abuso di dipendenza economica, che vieta proprio l'imposizione di condizioni che generino un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi nascenti dal contratto. La norma speciale, tuttavia, si giustifica alla luce delle incertezze interpretative che hanno indotto taluni a dubitare dell'applicabilità delle disposizioni in materia di abuso di dipendenza economica alle relazioni verticali nella filiera agro-alimentare e in ogni caso hanno condotto alla loro sotto-applicazione.

Per queste ragioni, la decisione del legislatore di intervenire con uno strumento specifico di tutela del contraente debole nei rapporti di filiera appare condivisibile.

L'ambito di applicazione della nuova disciplina

La formulazione dell'articolo 62 del decreto cresci Italia è stata da più parti criticata in quanto la relativa disciplina sarebbe destinata a trovare applicazione indipendentemente dall'accertamento di uno squilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti. La norma, insomma, finirebbe per conferire un indebito vantaggio alle grandi industrie produttrici, che si gioverebbero di una tutela rafforzata non dovuta e non giustificata.

E' certamente vero che l'esistenza di un potere di mercato dal lato della domanda non rappresenta una caratteristica costante del settore considerato, in quanto per una proporzione significativa dei loro approvvigionamenti le imprese distributrici nella filiera agro-alimentare interagiscono con la grande industria. Tuttavia, una lettura sistematica della norma, oggi confermata dal decreto ministeriale in corso di approvazione, induce comunque l'interprete ad escluderne un'applicazione generalizzata, che prescinderebbe dalla sussistenza di una asimmetria tra i contraenti, in ragione del loro diverso potere contrattuale.

A questo proposito, segnalo che l'articolo 62 lettera a) vieta "l'imposizione" di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose: imposizione che – naturalmente – non potrà aver luogo che quando uno dei contraenti sia in grado di far leva su una situazione di primazia, giacché in ogni altra ipotesi l'atteggiarsi concreto della pattuizione contrattuale dovrà essere ricondotto al naturale estrinsecarsi della volontà negoziale delle parti. D'altro canto, il riferimento alla "slealtà" nella clausola di chiusura di cui all'articolo 62 lettera e) consente senz'altro di ancorare il disvalore giuridico all'abuso consapevole della posizione di debolezza in cui versi la propria controparte contrattuale. In questo senso, come dicevo, si orienta anche

il testo del decreto ministeriale di attuazione che colpisce con il divieto il comportamento del contraente che abusi della “propria maggior forza commerciale”.

Ben più penetranti mi sembrano i rilievi di quanti lamentano l'ingiustificata limitazione del campo di applicazione della nuova disciplina alla sola filiera agro-alimentare. In realtà, lo squilibrio tra le posizioni contrattuali delle parti non è certamente una caratteristica specifica di questo settore (risultando invece un fenomeno relativamente frequente nelle relazioni verticali, con preminenza del produttore in taluni casi, in altri del distributore).

Mi sembrano dunque del tutto condivisibili gli auspici espressi dal Presidente Bordoni nella sua relazione introduttiva, nel senso di una estensione delle tutele previste dall'articolo 62 a tutte le ipotesi in cui, nei rapporti di filiera, un soggetto imprenditoriale tenti di far leva abusivamente sul proprio superiore potere di mercato, imponendo un sacrificio indebito alla propria controparte contrattuale. Ritengo che – in attesa di una possibile integrazione legislativa – una prima risposta a questa esigenza di tutela possa venire proprio dalla nostra Autorità, nelle forme e con i modi che cercherò di indicare nella parte finale del mio intervento.

Il ruolo dell'Autorità

La nuova disciplina attribuisce all'Autorità il compito di accertare, d'ufficio o su istanza di parte, gli eventuali abusi del potere di mercato nei rapporti di filiera e di imporre le relative sanzioni. Questa competenza, naturalmente, non fa venir meno la possibilità per le imprese di agire direttamente davanti al giudice ordinario per la tutela delle proprie ragioni.

Personalmente, non trovo convincenti le argomentazioni di quanti dubitano della coerenza sistematica della scelta di attribuire poteri investigativi e repressivi – nella materia in questione – all'Autorità. Infatti, benché la norma si collochi certamente su un terreno diverso dalla tutela della concorrenza, essa non appare eccentrica rispetto alle competenze già attribuite all'Autorità tanto in materia di abuso di dipendenza economica che di controllo amministrativo delle clausole vessatorie. In entrambi i casi, infatti, all'Autorità è affidato l'apprezzamento della congruità di un assetto contrattuale di interessi proprio in ragione del superiore potere di mercato di una delle parti del rapporto, che tuttavia non si traduca in una posizione di dominanza. Anche in queste ipotesi (come d'altronde nel caso delle pratiche commerciali scorrette), all'intervento dell'Autorità si associa la promozione di un interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato, che è analogo nella sostanza a quello azionabile in sede antitrust.

Pertanto, ritengo che l'Autorità sia particolarmente ben situata per svolgere il compito affidatole dal legislatore. In primo luogo, occorrerà assicurare un adeguato coordinamento

delle nuove norme con la disciplina già vigente. E' possibile, infatti, che le lacune di tutela segnalate dal Presidente Bordoni possano essere colmate riconsiderando in chiave sistematica l'interpretazione finora prevalente in materia di abuso di dipendenza economica, al fine di consentire un trattamento armonico delle relazioni verticali, indipendentemente dalla circostanza che esse afferiscano alla filiera agro-alimentare. Il tema è attualmente oggetto di riflessione da parte del Collegio dell'Autorità.

Nell'esercizio delle nuove competenze, l'Autorità dovrà scongiurare il rischio che il divieto di alcune clausole contrattuali si traduca in un indesiderabile allineamento delle condizioni praticate dalle imprese della distribuzione moderna e in un conseguente allentamento della tensione concorrenziale sui mercati interessati o addirittura in un aumento dei prezzi a valle. Inoltre, il divieto di applicare condizioni diverse per prestazioni equivalenti (forse la disposizione più problematica del nuovo testo) dovrà essere interpretato in linea con le più ampie politiche del diritto antitrust, al fine di salvaguardare i potenziali effetti pro-concorrenziali della discriminazione di prezzo. Infine, l'Autorità dovrà intervenire con maggior decisione sulle clausole contrattuali che rischiano di determinare l'uscita dal mercato di imprese efficienti, con conseguente pregiudizio per il processo concorrenziale e per il benessere dei consumatori.

La capacità di regolare le condotte contrattuali delle imprese sulla scorta di una rigorosa analisi di impatto e attraverso la lente dei principi e della politica della concorrenza costituisce, a mio avviso, il reale valore aggiunto che l'Autorità può apportare attraverso il proprio intervento.

L'equità e la trasparenza dei contratti potranno quindi fungere da stimolo alla concorrenza e, per questa via, azionare il volano della efficienza economica e della crescita.