



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di International Trade and Investments

L'abuso di dipendenza economica nei contratti
di franchising: il caso McDonald's e il caso
Benetton

Prof. Nicola de Luca

RELATORE

Prof. Vincenzo De Sensi

CORRELATORE

Giulia Florio - 170433

CANDIDATO

Anno Accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
INTRODUCTION.....	4

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI AFFILIAZIONE COMMERCIALE: IL FRANCHISING

1.1. L'origine del franchising.....	7
1.2. La sentenza <i>Pronuptia</i> e l'evoluzione della normativa europea sul franchising.....	9
1.3. La normativa di riferimento italiana: la legge 6 maggio 2004, n. 129.....	12
1.4. La definizione normativa del contratto di affiliazione commerciale.....	14
1.4.1. Il <i>know-how</i>	17
1.4.2. Il diritto di ingresso.....	19
1.4.3. Le <i>royalties</i>	20
1.4.4. I beni dell'affiliante.....	21
1.5. L'ambito di applicazione della legge 6 maggio 2004, n. 129.....	22
1.5.1. Il <i>master franchising</i>	24
1.5.2. Il <i>corner franchising</i>	25
1.6. Le tipologie di franchising.....	26
1.6.1. il franchising di distribuzione.....	27
1.6.2. Il franchising di servizi.....	28
1.6.3. Il franchising di produzione.....	29
1.7. La forma e il contenuto del contratto.....	29
1.8. Gli obblighi delle parti.....	32
1.8.1. Gli obblighi dell'affiliante.....	33
1.8.2. Gli obblighi dell'affiliato.....	36
1.8.3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento.....	38
1.9. L'annullamento del contratto.....	41

CAPITOLO II

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

2.1. L'origine dell'istituto.....	44
2.2. La normativa di riferimento in Italia (art. 9 della l. n. 192 del 1998).....	46
2.3. Analisi comparata: l'ordinamento tedesco e l'ordinamento francese.....	53
2.4. L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998.....	55
2.5. L'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998.....	57
2.6. La dipendenza economica.....	60
2.6.1. L'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi.....	62
2.6.2. La mancanza di alternative soddisfacenti.....	65
2.7. L'abuso della dipendenza economica.....	68
2.7.1. Il rifiuto di vendere o di comprare.....	70
2.7.2. L'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie.....	72
2.7.3. L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.....	74
2.8. I rimedi a tutela dell'impresa che subisce l'abuso.....	76
2.8.1. La nullità del patto abusivo.....	76
2.8.2. Le azioni inibitorie.....	79
2.8.3. Il risarcimento del danno.....	80

CAPITOLO III:

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA TRA DISCIPLINA ANTITRUST E FRANCHISING: ANALISI DI CASI PRATICI

3.1. L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale.....	83
3.2. L'abuso di dipendenza economica nei rapporti di franchising.....	86
3.3. Premesse ai casi pratici: sguardo comparativo sui casi McDonald's e Benetton.....	91
3.4. Il caso McDonald's: il procedimento A546.....	92
3.4.1. Le parti coinvolte nel procedimento.....	93
3.4.2. Le segnalazioni: profili critici del modello contrattuale di McDonald's....	94

3.4.3. Le valutazioni dell'AGCM.....	95
3.4.4. Lo svolgimento dell'istruttoria.....	97
3.4.5. Gli impegni presentati da MCDI: contenuto e finalità.....	97
3.4.6. La valutazione degli impegni da parte dell'AGCM.....	101
3.4.7. La conclusione del caso McDonald's.....	103
3.5. Il caso Benetton: il procedimento A543.....	104
3.5.1. Le parti del procedimento: Benetton e Miragreen S.r.l.....	105
3.5.2. La segnalazione di Miragreen S.r.l.: profili critici del modello contrattuale di Benetton.....	105
3.5.3. Le valutazioni compiute dall'AGCM	107
3.5.4. Lo svolgimento dell'istruttoria.....	108
3.5.5. Gli impegni presentati da Benetton: contenuto e finalità.....	110
3.5.6. La valutazione degli impegni da parte dell'AGCM: adeguatezza ed effetti concorrenziali.....	113
3.5.7. La conclusione del procedimento.....	115
3.6. Abuso di dipendenza economica nei contratti di franchising: profili ricorrenti, limiti normativi e prospettive di riforma.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	120

INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni, il contratto di affiliazione commerciale, più noto con il termine anglosassone *franchising*, si è affermato come uno degli strumenti più diffusi e incisivi per l'espansione delle imprese sul territorio, in particolare nei settori della distribuzione e della ristorazione. Si tratta di una formula contrattuale che coniuga l'autonomia giuridica dei contraenti con un vincolo operativo ed economico particolarmente stretto, dando vita a una collaborazione che si basa sulla condivisione di un marchio, di un *know-how* e di un modello di business collaudato.

Il successo del franchising è innegabile: ha permesso a molti imprenditori di avviare un'attività sfruttando la forza e la riconoscibilità di un *brand* consolidato, e, al tempo stesso, ha offerto alle imprese affilianti la possibilità di espandere la propria rete commerciale senza sostenere direttamente i costi legati alla gestione dei punti vendita. Tuttavia, dietro questa apparente reciprocità, si celano spesso profonde asimmetrie, sia economiche che contrattuali.

In particolare, quando il contratto viene stipulato con grandi catene multinazionali, la posizione dell'affiliato tende a diventare strutturalmente debole. Il franchisee si trova spesso costretto ad accettare modelli contrattuali non negoziabili, con margini negoziali pressoché inesistenti, e a sostenere investimenti ingenti e spesso non riconvertibili. Il modello di business, lungi dall'essere condiviso, viene piuttosto imposto, e la gestione operativa si trasforma in un'esecuzione rigida e vincolata delle direttive provenienti dalla casa madre. In tali condizioni, è facile che si instauri un rapporto di dipendenza economica, che può degenerare in forme di abuso, con ricadute significative non solo sul singolo rapporto contrattuale, ma anche sul corretto funzionamento del mercato.

È da questa consapevolezza che prende avvio il presente lavoro, che si propone di analizzare l'abuso di dipendenza economica nei contratti di franchising, con un'attenzione particolare alla dimensione concorrenziale e alla portata applicativa dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998. Si tratta di un ambito di indagine che coinvolge non solo il diritto dei contratti e il diritto della concorrenza, ma anche profili di ordine etico, legati alla sostenibilità dei rapporti imprenditoriali e alla tutela degli operatori economici più vulnerabili.

Il primo capitolo è dedicato all'inquadramento del contratto di affiliazione commerciale, con particolare riferimento alla sua evoluzione storica, giuridica e normativa. Dopo un

richiamo alle origini del modello, diffusosi inizialmente negli Stati Uniti e successivamente affermatosi anche in Europa, viene ricostruito il percorso che ha condotto alla sua disciplina legislativa in Italia, culminata con l'adozione della legge n. 129 del 2004. Tale normativa ha fornito una definizione legale del contratto di franchising, ponendo le basi per una regolazione unitaria dei rapporti tra franchisor e franchisee. L'esame si sofferma sugli elementi essenziali del contratto, quali la concessione del marchio, la trasmissione del *know-how*, l'assistenza continuativa e la necessaria appartenenza dell'affiliato a una rete organizzata secondo un modello imprenditoriale definito dal franchisor. Viene illustrata anche la distinzione tra le principali tipologie di franchising: quello di distribuzione, in cui l'affiliato si impegna a rivendere i prodotti del franchisor; quello di servizi, finalizzato all'erogazione di prestazioni secondo standard predefiniti; e infine il franchising industriale, che prevede anche la licenza di produzione secondo formule o procedimenti forniti dalla casa madre. Il capitolo offre, dunque, una panoramica complessiva dell'istituto, analizzandone struttura, funzioni e caratteristiche fondamentali, nonché la ripartizione dei ruoli e degli obblighi contrattuali tra le parti, alla luce della normativa vigente e della prassi applicativa.

Il secondo capitolo si sofferma sulla nozione giuridica di dipendenza economica e sul fenomeno del suo abuso nei rapporti tra imprese, alla luce della disciplina prevista dall'art. 9 della legge n. 192 del 1998. Viene illustrato il quadro normativo di riferimento, che trova applicazione nei rapporti commerciali tra imprese formalmente autonome, ma sostanzialmente caratterizzate da una rilevante disparità economica e contrattuale. La dipendenza economica viene delineata come una situazione in cui un'impresa si trova in condizioni di soggezione rispetto a un'altra, in ragione della mancanza di alternative commerciali soddisfacenti e dell'eccessivo squilibrio nella distribuzione di diritti e obblighi tra le parti. L'analisi si concentra sulla struttura della disposizione, individuandone l'ambito applicativo e i presupposti per l'attivazione della tutela, tra cui la valutazione dell'effettiva incidenza della relazione economica sull'attività dell'impresa ritenuta dipendente. Vengono inoltre richiamate le principali fattispecie che possono integrare un abuso, quali il rifiuto di vendere o di comprare, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e l'arbitraria interruzione del rapporto.

È tuttavia nel terzo capitolo che si concentrano gli aspetti più rilevanti e concreti della trattazione. In particolare, viene approfondito l'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale, analizzando le condizioni strutturali che, nei contratti di franchising, determinano l'instaurarsi di una situazione di dipendenza economica e la possibilità di condotte abusive da parte dell'impresa affiliante. Attraverso l'esame dei procedimenti A546 (McDonald's) e A543 (Benetton), avviati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per presunto abuso di dipendenza economica nei confronti degli affiliati, si indaga come l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 venga concretamente applicato e quali difficoltà emergono nell'attivazione degli strumenti di tutela.

L'analisi di questi casi, consente di comprendere in profondità le dinamiche di squilibrio che caratterizzano i contratti di franchising, mettendo in evidenza le criticità dell'attuale impianto giuridico, tanto sotto il profilo civilistico quanto sotto quello concorrenziale. La decisione dell'AGCM di concludere entrambi i procedimenti mediante l'accettazione degli impegni proposti dai franchisor solleva, in ultima analisi, interrogativi rilevanti sull'idoneità del sistema normativo a svolgere una funzione non solo repressiva, ma anche effettivamente preventiva rispetto ai fenomeni di abuso.

Questo lavoro si propone, dunque, non solamente di esaminare la disciplina vigente e la sua concreta applicazione, ma anche di riflettere sull'effettiva efficacia del sistema di tutela a favore degli affiliati, troppo spesso esposti a rapporti contrattuali squilibrati. L'auspicio è che l'analisi teorica e l'approfondimento dei casi pratici possano offrire un contributo utile al dibattito giuridico, evidenziando l'opportunità di una riforma normativa capace di rendere la tutela non solo più incisiva, ma anche più tempestiva e preventiva nei rapporti tra imprese.

INTRODUCTION

In recent decades, the affiliation agreement, more commonly referred to as franchising, has emerged as one of the most widespread and effective tools for business expansion, particularly in the distribution and restaurant sectors. This contractual model combines the legal autonomy of the parties with a particularly close operational and economic interdependence, resulting in a collaborative relationship based on the sharing of a brand, know-how, and a proven business model.

The success of the franchising model is undeniable: it has enabled many entrepreneurs to start a business by leveraging the strength and recognition of an established brand, while allowing franchisors to expand their commercial networks without directly bearing the costs associated with the management of retail outlets. However, beneath this apparent reciprocity, significant asymmetries often lie hidden, both economically and contractually.

In particular, when the agreement is signed with large multinational chains, the position of the franchisee tends to become structurally weak. Franchisees are frequently compelled to accept non-negotiable contractual terms, with no room for bargaining, and to undertake substantial investments, often non-recoverable. The business model, far from being shared, is instead imposed, and operational management becomes a rigid execution of directives issued by the franchisor company. In such conditions, it is easy for a situation of economic dependence to develop, which may evolve into forms of abuse, with significant repercussions not only on the individual contractual relationship but also on the proper functioning of the market.

It is from this awareness that the present work originates. Its objective is to analyse the abuse of economic dependence in franchising agreements, with particular attention to the competition-related dimension and the scope of application of Article 9 of Law No. 192 of 1998. This is a field of investigation that involves not only contract law and competition law, but also ethical and systemic considerations, linked to the sustainability of entrepreneurial relationships and the protection of more vulnerable economic operators.

The first chapter gives a general overview of the affiliation agreement, with particular reference to its historical, legal, and regulatory development. After a brief reference to its origins in the United States and its subsequent establishment in Europe, the chapter

reconstructs the path that led to its legislative regulation in Italy, culminating in the adoption of Law No. 129 of 2004. This legislation provided a legal definition of the franchising contract, laying the groundwork for a unified regulation of the relationships between franchisor and franchisee. The analysis focuses on the essential elements of the contract, such as the granting of the trademark, the transfer of know-how, continuous assistance, and the required integration of the franchisee into a network organised according to a business model defined by the franchisor. It also illustrates the distinction between the main types of franchising: distribution franchising, in which the franchisee undertakes to resell the franchisor's products; service franchising, aimed at providing services according to predefined standards; and industrial franchising, which also includes the licence to manufacture products using formulas or processes provided by the parent company. This chapter thus provides a comprehensive overview of the institution, analysing its structure, functions, and key characteristics, as well as the distribution of roles and contractual obligations between the parties, in light of current legislation and prevailing practice.

The second chapter focuses on the legal concept of economic dependence and on the phenomenon of its abuse in inter-company relationships, in light of the provisions of Article 9 of Law No. 192 of 1998. The relevant regulatory framework is examined, which applies to commercial relationships between formally autonomous enterprises that are in fact characterised by a significant economic and contractual imbalance. Economic dependence is outlined as a situation in which a company is in a position of subordination to another, due to the lack of satisfactory commercial alternatives and an excessive imbalance in the distribution of rights and obligations between the parties. The analysis concentrates on the structure of the provision, identifying its scope of application and the conditions for the activation of protection, including the assessment of the actual impact of the economic relationship on the activity of the dependent undertaking. The chapter also recalls the main cases that may constitute abuse, such as the refusal to sell or buy, the imposition of unjustifiably burdensome contractual conditions, and the arbitrary termination of the relationship.

However, it is in the third chapter that the most relevant and practical aspects of the discussion are developed. Specifically, the chapter explores the abuse of economic dependence in its competition-relevant dimension, analysing the structural conditions

that, in franchising contracts, lead to the establishment of an economically dependent relationship and the potential for abusive conduct by the franchisor. By examining proceedings A546 (McDonald's) and A543 (Benetton), initiated by the Italian Competition Authority (AGCM) for alleged abuse of economic dependence, the chapter investigates how Article 9 of Law No. 192 of 1998 is concretely applied and what systemic difficulties arise in activating truly effective protection mechanisms. The analysis of these cases makes it possible to understand in depth the dynamics of imbalance that characterise franchising contracts, highlighting the weaknesses of the current legal framework. The AGCM's decision to conclude both proceedings by accepting the commitments proposed by the franchisors raises significant questions about the ability of the legal system to play not only a repressive but also a genuinely preventive role in relation to abuses.

This work therefore aims not only to examine the current legislation and its practical application, but also to reflect on the real effectiveness of the protection system in favour of franchisees, who are too often exposed to unbalanced contractual relationships. The hope is that the theoretical analysis and the detailed examination of practical cases may contribute to the legal debate, highlighting the need for legislative reform capable of making protection more incisive and preventive in inter-company relationships.

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI AFFILIAZIONE COMMERCIALE: IL FRANCHISING

1.1. L'origine del franchising

Le origini del franchising affondano le loro radici in un contesto storico ed economico ben preciso, collocabile negli Stati Uniti verso la fine del XIX secolo, in un momento di forte crescita produttiva e ampliamento dei mercati. In un primo tempo, il termine “*franchise*” indicava un privilegio, una prerogativa concessa ad altri dal detentore originario, come a voler sottolineare che il diritto di commercializzare determinati beni o servizi era appannaggio esclusivo del produttore, e che solo per sua concessione altri potevano farlo. Questo concetto si concretizza nella prassi commerciale americana, dove il contratto di franchising nasce come soluzione ideale sia per le imprese produttrici, alla ricerca di canali efficaci per la diffusione dei propri prodotti senza dover investire direttamente nella rete distributiva, sia per piccoli imprenditori che, pur mantenendo la propria indipendenza, desiderano entrare nel mercato con il supporto e la visibilità di un marchio già noto¹.

Sin dalla sua comparsa, il franchising si è presentato come uno strumento estremamente flessibile, capace di adattarsi alle esigenze dei diversi contesti socioeconomici in cui è stato applicato. Negli Stati Uniti, in particolare, il termine è diventato un contenitore ampio, capace di comprendere varie forme contrattuali che rientrano nel più generale fenomeno del decentramento produttivo e dell'intermediazione commerciale, mentre in Europa si è sviluppato accanto a figure già esistenti come la concessione di vendita, mantenendo un'identità più distinta².

Nel tempo, questa figura contrattuale ha visto un'evoluzione che l'ha portata ben oltre il semplice accordo per la vendita di beni. Infatti, il franchising si è esteso anche al settore dei servizi, richiedendo, in tali casi, non solo l'utilizzo dei segni distintivi del franchisor, ma anche il trasferimento di competenze, *know-how* e modalità operative uniformi, al fine di garantire un'esperienza omogenea per il consumatore, indipendentemente dal punto vendita. È proprio questo sistema integrato che ha permesso al franchising di affermarsi

¹ PENNAZZI CATALANI, *Profili civilistici*, 168-169

² BRIGANTI, *Il franchising: evoluzione dell'istituto e sua tipizzazione normativa*, in *Notariato*, 2004, 559

come una vera e propria rete imprenditoriale diffusa, fondata su una stretta collaborazione tra soggetti formalmente indipendenti ma sostanzialmente coordinati, anche attraverso l'obbligo per il franchisee di seguire le linee guida commerciali e operative dettate dal franchisor³.

Nel contesto italiano, il franchising ha cominciato a diffondersi solo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, e per lungo tempo è rimasto privo di una regolamentazione organica. Questo ha portato la dottrina giuridica a cercare di delinearne i contorni partendo dalla prassi. Tale struttura contrattuale si è rivelata particolarmente utile nel rappresentare un equilibrio tra due esigenze solo apparentemente contrapposte: da un lato, l'indipendenza gestionale del franchisee, e dall'altro, il controllo e la standardizzazione imposti dal franchisor per garantire l'unitarietà dell'immagine aziendale⁴.

Va inoltre considerato che, l'espansione del franchising su scala globale ha avuto riflessi non solo economici ma anche culturali. L'omogeneizzazione dei punti vendita e dei servizi offerti ha portato, soprattutto nei centri urbani, alla scomparsa delle tradizionali attività artigianali e alla perdita delle specificità locali, sostituite dalla ricorrenza dei marchi delle grandi catene internazionali. Questo fenomeno, per quanto criticabile sotto il profilo culturale, ha evidenziato con forza la trasformazione dell'impresa e della distribuzione commerciale, in cui il rapporto diretto tra produttore e dettagliante ha finito per ridurre gli spazi di autonomia del franchisee, imponendo modelli uniformi e vincolanti⁵.

Prima dell'entrata in vigore della normativa italiana che disciplina l'affiliazione commerciale, il franchising era dunque un istituto giuridico modellato dalla prassi e dalla consuetudine. La sua definizione era lasciata all'interpretazione della dottrina, che lo inquadrava di volta in volta come forma di cooperazione, contratto di distribuzione o figura autonoma. Il cuore dell'accordo, tuttavia, veniva unanimemente riconosciuto nel diritto del franchisee di accedere alla rete commerciale del franchisor, utilizzandone i beni immateriali e ricevendo assistenza in cambio di un corrispettivo, contribuendo così alla realizzazione di un sistema distributivo integrato ma formalmente autonomo⁶.

³ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 7-9

⁴ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 114-117

⁵ VACCÀ, *Franchising: una disciplina in cerca di identità*, in *Contratto e impresa*, 2004, 870

⁶ BOLOGNESI, *Il franchising diventa contratto tipico: la nuova disciplina della L. n. 129/2004*, in *Impresa commerciale e industriale*, 2004, 1237

1.2. La sentenza *Pronuptia* e l'evoluzione della normativa europea sul franchising

La diffusione del contratto di franchising in Europa ha inizialmente seguito modelli giuridici importati dagli Stati Uniti, rimanendo per lungo tempo privo di una specifica regolamentazione normativa.

La svolta si è avuta il 28 gennaio del 1986, con la storica sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel caso *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* (Causa 161/84), che ha rappresentato il primo fondamentale tentativo di delineare in modo chiaro la figura del franchising nell'ambito del diritto comunitario⁷.

La vicenda trae origine in Germania, dove la società *Pronuptia de Paris GmbH* stipulò tre contratti di franchising con la signora Irmgard Schillgallis, titolare di negozi ad Amburgo, Oldenburg e Hannover. Con tali accordi, la concessionaria otteneva l'esclusiva territoriale e si impegnavano a rispettare obblighi rigorosi, come l'acquisto dei prodotti dalla casa madre, specifici criteri di allestimento e pubblicità, e l'astensione da attività concorrenti per la durata del contratto e per un anno dopo la scadenza. In cambio, il franchisor garantiva l'esclusiva, supporto commerciale e formativo, e la protezione dell'immagine del marchio, mentre la concessionaria versava un contributo iniziale e *royalties* basate sul fatturato. Dopo alcuni anni, *Pronuptia de Paris GmbH* citò in giudizio la Schillgallis per il mancato pagamento di compensi arretrati (158.500 marchi tedeschi relativi agli anni 1978–1980). Sebbene la decisione di primo grado si fosse pronunciata in senso favorevole alla parte attrice, la sentenza fu ribaltata in appello dall'*Oberlandesgericht* di Francoforte, che ritenne che le clausole contrattuali violassero l'art. 85 del Trattato CEE in quanto limitavano eccessivamente la concorrenza, senza beneficiare dell'esenzione prevista dal regolamento n. 67/67/CEE. Di conseguenza, la questione fu deferita al *Bundesgerichtshof*, che si rivolse alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee per chiarire se tali contratti di franchising rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 85, distinguendo tra clausole legittime e restrizioni anticoncorrenziali⁸.

⁷BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, 236

⁸ Corte giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Irmgard Schillgallis*

In tale contesto, la Corte⁹ ha definito il franchising come un sistema mediante il quale un'impresa consolidata su un mercato mette a disposizione di commercianti indipendenti il proprio marchio e il proprio *know-how* commerciale, consentendo loro di operare in nuovi mercati. Questa operazione avviene dietro corrispettivo e, più che configurarsi come un semplice metodo distributivo, rappresenta per l'affiliante un modo per valorizzare economicamente, senza investimenti diretti, un patrimonio di conoscenze ed esperienze maturate sul campo. Al contempo, per gli affiliati, si traduce nella possibilità di accedere a un modello di business già collaudato, sfruttando la notorietà del marchio e ricevendo un supporto tecnico e commerciale¹⁰.

Nel pronunciarsi sul caso, la Corte ha anche evidenziato la necessità di distinguere tre tipologie di franchising: distributivo, di servizi e di produzione. Nello specifico, ha concentrato la propria attenzione sul franchising di distribuzione, riconoscendo la legittimità delle clausole tipiche del contratto di affiliazione commerciale alla luce del diritto della concorrenza¹¹. Più nel dettaglio, il punto di partenza del ragionamento della Corte era l'articolo 81 del Trattato istitutivo (attuale art. 101 TFUE), il quale considerava incompatibili con il mercato comune, e dunque vietati, tutti gli accordi tra imprese, le decisioni delle associazioni d'impresa e le pratiche concordate che potessero ostacolare o alterare la concorrenza tra gli Stati membri. Tuttavia, il terzo paragrafo dello stesso articolo prevedeva una deroga, precisando che tali accordi potevano essere considerati leciti qualora contribuissero a migliorare la produzione, la distribuzione dei prodotti o a

⁹ In particolare, la Corte giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Irmgard Schillgallis*, al punto 15 ha stabilito che: «Nell'ambito di un siffatto sistema di franchising in materia di distribuzione, l'impresa che si sia stabilita su di un mercato come distributore e che abbia così potuto mettere a punto un insieme di metodi commerciali concede, dietro corrispettivo, a dei commercianti indipendenti la possibilità di stabilirsi su altri mercati usando la sua insegna ed i metodi commerciali che le hanno garantito il successo. Più che di un metodo di distribuzione si tratta, per l'impresa, di un modo di sfruttare economicamente, senza investire propri capitali, un patrimonio di cognizioni. D'altro canto, detto sistema consente ai commercianti sprovvisti dell'esperienza necessaria di avvalersi di metodi che essi avrebbero potuto acquisire solo dopo una lunga e laboriosa ricerca e di giovare della reputazione del segno distintivo del concedente. I contratti di franchising in materia di distribuzione si differenziano in questo dai contratti di concessione di vendita o da quelli che vincolano i rivenditori autorizzati in un sistema di distribuzione selettiva, i quali non contemplano né l'uso della stessa insegna, né l'applicazione di metodi commerciali uniformi né il pagamento di compensi per i vantaggi concessi. Un sistema del genere, che consente al concedente di trarre profitto dal suo successo, non arreca pregiudizio, di per sé, alla concorrenza»

¹⁰ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 176

¹¹ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 9-12

favorire il progresso tecnico o economico, a condizione che agli utenti finali fosse garantita una quota equa dei benefici ottenuti¹².

La valutazione della Corte è stata condotta applicando il principio della *rule of reason*, secondo cui clausole potenzialmente restrittive della concorrenza possono essere considerate lecite qualora producano effetti positivi per il mercato¹³.

Questo orientamento giurisprudenziale ha posto le basi per l'adozione del primo provvedimento normativo di rilievo a livello comunitario: il regolamento CEE n. 4087/88. Sebbene il suo obiettivo principale fosse quello di esentare alcune clausole del franchising dai divieti previsti in materia di intese verticali, esso ha fornito per la prima volta una definizione articolata dell'accordo. In particolare, l'art. 3 del regolamento stabiliva che il franchising consiste in un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale (tra cui marchi, denominazioni commerciali, *know-how* e brevetti), concessi dall'affiliante all'affiliato per la rivendita di beni o la prestazione di servizi agli utilizzatori finali. L'accordo, per essere considerato tale, doveva necessariamente includere: l'uso di un'insegna commerciale comune, la comunicazione di *know-how* e la fornitura di assistenza tecnica o commerciale per tutta la durata del contratto¹⁴.

La definizione proposta nel regolamento 4087/88 ha influenzato in modo decisivo non solo le successive normative europee, ma anche le legislazioni nazionali degli Stati

¹² L'art. 81 Trattato CEE, attuale art. 101 TFUE, stabiliva che: «1. Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione, b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento, d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza, e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi, b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

¹³ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 9-12

¹⁴ PENNAZZI CATALANI, *Profili civilistici*, 169-170

membri. Ne è un esempio la disciplina italiana, che ricalca fedelmente i contenuti delle disposizioni comunitarie, in particolare, nel definire l'affiliazione commerciale¹⁵.

Con il passare del tempo, il regolamento 4087/88 è stato abrogato e sostituito da una normativa più generale sugli accordi verticali, a partire dal regolamento CE n. 2790/99, fino ad arrivare all'attuale regolamento UE 2022/720. Tuttavia, la struttura concettuale e la definizione elaborata nel 1988 hanno continuato a rappresentare un punto di riferimento per l'intera disciplina del franchising, influenzando anche le Linee Guida europee del 2000, che hanno ulteriormente precisato gli obblighi e le caratteristiche del rapporto tra affiliante e affiliato, insistendo sull'elemento della licenza combinato con l'assistenza tecnica e commerciale¹⁶.

In sintesi, la sentenza *Pronuptia* e il regolamento 4087/88 hanno avuto un ruolo determinante nel processo di tipizzazione del franchising in Europa. Hanno contribuito non solo a legittimare questa figura contrattuale sotto il profilo antitrust, ma anche a tracciarne i confini giuridici e a fornire un modello uniforme che ha ispirato le successive evoluzioni legislative sia a livello europeo che nazionale¹⁷.

1.3. La normativa di riferimento italiana: la legge 6 maggio 2004, n. 129

Dopo anni di silenzio normativo e un lungo dibattito tra dottrina e prassi sull'opportunità di una regolamentazione *ad hoc* del franchising, il legislatore italiano è finalmente intervenuto con la legge 6 maggio 2004, n. 129, intitolata “*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 120 del 24 maggio 2004 ed entrata in vigore il giorno successivo. Questo intervento ha rappresentato il primo tentativo organico di tipizzare il contratto di affiliazione commerciale nel nostro ordinamento, trasformando una figura contrattuale fino ad allora considerata atipica, seppur diffusa nella prassi, in un contratto riconosciuto e disciplinato dalla legge.

L'iter legislativo che ha condotto all'approvazione della normativa è stato piuttosto complesso: a partire dal 1997, si sono succeduti diversi disegni di legge a riprova della determinazione del legislatore nel prevedere una disciplina specifica¹⁸. Tuttavia, solo tra il 2003 e il 2004, il Parlamento ha accelerato l'approvazione del testo, fino alla definitiva

¹⁵ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, in *PMI*, 2004, 14

¹⁶ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 119-123

¹⁷ VACCÀ, *Franchising: una disciplina in cerca di identità*, 875-883

¹⁸ BRIGANTI, *Il franchising*, 559

adozione da parte del Senato il 21 aprile 2004, che ha segnato il debutto ufficiale del franchising come contratto tipico¹⁹.

La legge si componeva di soli nove articoli, ma ha avuto un impatto significativo nel contesto normativo italiano, in quanto ha introdotto alcune regole fondamentali volte a colmare il vuoto giuridico esistente, in particolare con riferimento alla fase precontrattuale e alla tutela della parte contrattualmente più debole ovvero l'affiliato (franchisee). La normativa ha infatti l'obiettivo di garantire maggiore trasparenza e consapevolezza durante la negoziazione del contratto, ispirandosi al modello delle *disclosure rules* già applicate in altri ordinamenti, come quello francese con la *Loi Doubin* e quello statunitense con il *Disclosure Statement*²⁰.

Nonostante la sua brevità, la legge ha un impianto articolato. Il primo articolo definisce il contratto di affiliazione commerciale e ne chiarisce i principali elementi strutturali. Le successive disposizioni disciplinano: l'ambito di applicazione (art. 2); la forma e il contenuto del contratto (art. 3); gli obblighi informativi precontrattuali (artt. 4 e 6); i doveri di riservatezza a carico dell'affiliato (art. 5); il tentativo di conciliazione in caso di controversie (art. 7); le ipotesi di annullamento per false informazioni (art. 8); le norme transitorie per l'adeguamento dei contratti preesistenti (art. 9)²¹.

L'obiettivo prioritario della legge non è tanto quello di disciplinare in modo esaustivo l'intera vita del contratto, quanto piuttosto di prevenire abusi nella fase iniziale del rapporto, attraverso l'introduzione di obblighi informativi precisi e vincolanti. In questo senso, la legge n. 129/2004 si configura più come una legge di protezione che una legge sull'affiliazione commerciale in senso stretto, offrendo strumenti concreti per riequilibrare le asimmetrie informative e contrattuali esistenti tra affiliante e affiliato²².

Va rilevato che l'articolo 7 della l. n. 129 del 2004, rubricato "*Conciliazione*", è stato abrogato dall'art. 10, co. 1, del d.lg. 10 ottobre 2022, n. 149, in vigore dal 18 ottobre 2022. Tale decreto, emanato in attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, si inserisce nel più ampio processo di riforma del sistema giudiziario civile e degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. In particolare, l'art. 10, rubricato

¹⁹ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 180

²⁰ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 14-18

²¹ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 14

²² PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 12, 1° dicembre 2012, 783

“*Abrogazioni in materia di affiliazione commerciale e arbitrato societario*”, dispone espressamente la soppressione dell’articolo 7 della legge sul franchising²³.

La norma abrogata consentiva alle parti di inserire nel contratto una clausola che prevedesse un tentativo di conciliazione da svolgersi, in via preliminare, presso la Camera di Commercio competente per territorio, solitamente quella in cui aveva sede l’affiliato. Questo strumento si ispirava in parte ai modelli già adottati nel contesto societario e bancario con il d.lg. n. 5 del 2003²⁴.

1.4. La definizione normativa del contratto di affiliazione commerciale

Il contratto di affiliazione commerciale (franchising), viene definito dall’art. 1, co. 1, l. n. 129 del 2004, il quale stabilisce che: *«1. L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi;»*²⁵. Tale definizione, ha trovato riscontro nella giurisprudenza successiva, sebbene non si registri un numero particolarmente elevato di pronunce sul punto. Una delle decisioni più significative è quella della Corte di Cassazione del 15 gennaio 2007, n. 647, la quale ha descritto il franchising come uno strumento attraverso cui un’impresa – che può essere produttrice, rivenditrice o fornitrice di servizi – mira ad ampliare la propria presenza sul mercato, creando una rete distributiva capillare senza dover intervenire direttamente a livello locale. Questo obiettivo viene perseguito attraverso la concessione, dietro pagamento, dell’accesso alla propria rete commerciale a un altro imprenditore, autonomo e indipendente (il franchisee). Quest’ultimo, facendo leva sul marchio e sul prestigio del

²³ L’Art. 10, co. 1, d.lg. 149 del 2022, intitolato “*Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*”, dispone che: *«Alla legge 6 maggio 2004, n. 129, l'articolo 7 è abrogato»*

²⁴ BOLOGNESI, *Il franchising diventa contratto tipico*, 1237

²⁵ Art. 1, co. 1, l. n. 129 del 2004

franchisor, ha così l'opportunità di avviare un'attività imprenditoriale riducendo sensibilmente il rischio connesso all'ingresso nel mercato.

La medesima impostazione è stata accolta anche da parte della giurisprudenza di merito, come dimostrano le sentenze del Tribunale di Pavia del 22 febbraio 2022, n. 219, e del Tribunale di Perugia, sezione II, del 21 luglio 2021, n. 1079. Un ulteriore contributo chiarificatore proviene dal Tribunale di Napoli, che già nel 2006, con la sentenza n. 10501, ha sottolineato come il franchising, ancor prima di essere disciplinato normativamente, potesse essere considerato una tipologia contrattuale socialmente riconoscibile. In tale occasione, il Tribunale qualificò il contratto di franchising come un accordo di collaborazione tra imprese giuridicamente autonome, basato su una relazione personale e fiduciaria (*intuitus personae*). In questo contesto, il franchisor integra il franchisee nella propria rete, autorizzandolo, dietro corrispettivo e nel rispetto di condizioni specifiche, all'utilizzo di elementi chiave della propria identità commerciale.²⁶ Dalla ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale emergono quindi con chiarezza alcuni elementi essenziali del contratto di affiliazione commerciale: si tratta di un rapporto di tipo imprenditoriale, bilaterale e oneroso, caratterizzato da prestazioni corrispettive e generalmente a tempo determinato²⁷.

Il franchising rientra nella categoria dei contratti di distribuzione, che regolano i rapporti tra imprese operanti a diversi livelli della filiera produttiva e commerciale. Tra questi, il punto di riferimento è la concessione di vendita, con cui il franchising condivide vari elementi. I contratti di distribuzione si distinguono per il diverso grado di integrazione economica tra le parti. Si va dalla somministrazione, basata sulla sola continuità del rapporto, ai contratti con esclusiva, come l'agenzia, in cui una parte agisce stabilmente per l'altra. A livelli più avanzati si trovano forme contrattuali che prevedono anche la condivisione di marchi e metodologie commerciali, fino ad arrivare al franchising, che rappresenta il massimo livello di integrazione. Esso si caratterizza per una collaborazione strutturata e continuativa tra franchisor e franchisees, fondata su un modello organizzativo comune²⁸.

Un aspetto importante della definizione normativa riguarda la denominazione del contratto: la legge prescinde dalla terminologia usata dalle parti, preferendo una

²⁶ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 181-182

²⁷ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 135

²⁸ FRIGNANI, *Il contratto di franchising*, 43

valutazione basata sul contenuto concreto del rapporto. Infatti, prima dell'approvazione della legge del 2004, il franchising era considerato un contratto atipico, e nella prassi si è spesso fatto ricorso a denominazioni diverse. Ciò riflette una scelta di tipo antielusivo e sottolinea la natura descrittiva, e quindi elastica, della definizione normativa²⁹.

Dal punto di vista soggettivo, è fondamentale precisare che il contratto coinvolge due soggetti giuridici, intendendo con tale espressione sia le persone fisiche che quelle giuridiche. Non vi è, quindi, alcuna esclusione delle persone fisiche, e l'uso dell'espressione "*soggetti giuridici*" appare impreciso, dovendo essere più correttamente sostituita da "*parti*"³⁰.

Elemento qualificante del contratto è l'indipendenza economica e giuridica dei contraenti. In tal senso, la l. n. 129 del 2004 specifica che entrambi i soggetti devono essere autonomi e svolgere attività imprenditoriale, anche se non necessariamente preesistente alla stipula dell'accordo. Il contratto di franchising, infatti, può costituire lo strumento attraverso il quale un soggetto inizia a operare come impresa. Tale impostazione esclude che il franchisee possa essere considerato un consumatore, così come esclude ogni possibile assimilazione del rapporto a una forma di lavoro subordinato o parasubordinato³¹.

L'indipendenza giuridica non si esaurisce nella distinzione tra le parti, ma assume rilievo anche nei confronti dei terzi. È fondamentale che affiliato e affiliante non solo siano, ma appaiano anche come soggetti distinti, soprattutto alla luce della forte integrazione d'immagine che caratterizza il sistema franchising. In particolare, La Corte d'Appello di Napoli, in un caso del 2005, ha applicato il principio dell'apparenza giuridica per imputare una responsabilità extracontrattuale al franchisor, a causa del legittimo affidamento ingenerato nei confronti di un cliente indotto a ritenere che l'affiliato operasse sotto il diretto controllo dell'affiliante³².

Infine, il contratto prevede necessariamente che l'affiliante, in cambio di un corrispettivo, conceda all'affiliato la disponibilità di un insieme strutturato di beni e diritti, tra cui marchi, *know-how* e licenze: si tratta del c.d. *package*, che racchiude tutti gli strumenti operativi necessari per l'ingresso e la permanenza nel sistema³³. In particolare, l'art. 1,

²⁹ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 183

³⁰ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 43

³¹ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 154-156

³² CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 44-47

³³ GUERINONI, *La disciplina dell'«affiliazione commerciale»: definizioni e campo di applicazione*, in *PMI*, 2006, 8, 12 *ivi* 14

co. 3, della l. n. 129 del 2004, in linea con quanto già previsto nel regolamento comunitario n. 4087 del 30 novembre 1988, individua e definisce in modo puntuale quattro elementi fondamentali del contratto di affiliazione commerciale. Si tratta del *know-how*, del diritto di ingresso, delle *royalties* e dei beni dell'affiliante³⁴.

1.4.1. Il *know-how*

L'art. 1, co. 3, lett. a), l. n. 129 del 2004 fornisce una definizione di *know-how* prevedendo che: «**3.** *Nel contratto di affiliazione commerciale si intende: a) per know-how, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità;*»³⁵.

Nel contesto del contratto di franchising, il *know-how* rappresenta un elemento chiave, anche se il suo ruolo è stato oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale. La legge n. 129 del 2004 lo definisce come un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, frutto di esperienze e sperimentazioni dell'affiliante, che deve essere segreto, sostanziale e individuato³⁶. Questo insieme di conoscenze, generalmente raccolto in un manuale operativo, comprende tecniche, procedure, modalità organizzative e operative, e ha lo scopo di garantire l'uniformità e la replicabilità del modello commerciale all'interno della rete³⁷.

Il requisito della segretezza, tuttavia, non implica una segretezza assoluta, bensì relativa: il *know-how* non deve essere generalmente noto né facilmente accessibile, ma può essere composto anche da elementi singolarmente noti, purché la loro combinazione e configurazione complessiva non sia di dominio pubblico. È questa configurazione che

³⁴ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 184

³⁵ Art. 1, co. 3, lett. a), l. n. 129 del 2004

³⁶ GUERINONI, *La disciplina dell'«affiliazione commerciale»*, 14

³⁷ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 14 nota n. 3

conferisce al *know-how* la sua originalità e, di conseguenza, un valore economico autonomo³⁸. Proprio in riferimento alla segretezza, si è ritenuto opportuno un collegamento interpretativo con l'art. 98 del Codice della proprietà industriale³⁹, che tutela i segreti commerciali, richiedendo, oltre alla segretezza, anche l'esistenza di un valore economico derivante da essa e l'adozione di misure adeguate a mantenerla.

La sostanzialità del *know-how* implica che le conoscenze trasmesse siano indispensabili per l'esercizio dell'attività da parte dell'affiliato. Tuttavia, la dottrina ha criticato l'impiego del termine "indispensabile", preferendo un approccio più flessibile in linea con la precedente definizione contenuta nel regolamento CEE 4087/1988, che parlava di conoscenze "importanti e utili". Tale impostazione è stata poi ripresa anche nel regolamento europeo n. 330/2010, in cui si fa riferimento a conoscenze "significative e utili". La rigidità della definizione italiana potrebbe infatti portare a escludere dalla qualificazione di *know-how* quelle conoscenze che, pur rilevanti, non risultino tecnicamente indispensabili⁴⁰.

Altro aspetto centrale è l'individuazione del *know-how*. Il legislatore ha previsto che questo debba essere descritto in modo "sufficientemente esauriente" per consentire la verifica dei requisiti di segretezza e sostanzialità⁴¹. Tuttavia, nella prassi, spesso accade che tale requisito venga eluso: molte volte il manuale operativo non viene allegato al contratto o il *know-how* viene trasmesso solo oralmente durante i corsi di formazione, rendendo di fatto impossibile una reale individuazione del contenuto contrattuale⁴². Questo approccio confligge con la natura di "*disclosure law*" attribuita alla legge sul franchising, la quale mira a garantire trasparenza nei rapporti tra le parti.

³⁸ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 167-175

³⁹ Ai sensi dell'art. 98 del d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30 "*Codice della Proprietà industriale*": «1. Costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali. Per segreti commerciali si intendono le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. 2. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche».

⁴⁰ CALDA BECCADELLI, *Il know-how nel contratto di franchising*, in *Dir. ind.*, 2018, 540 ivi 544-546

⁴¹ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 174

⁴² CALDA BECCADELLI, *Il know-how nel contratto di franchising*, 547

Sotto il profilo giurisprudenziale, la Cassazione Civile, Sez. III, con l'ordinanza n. 11256 del 10 maggio 2018, ha affermato che il trasferimento del *know-how* non costituisce elemento essenziale del contratto di franchising⁴³. Secondo la Corte, la sua mancata previsione non comporta la nullità del contratto, bensì può configurare un inadempimento, riconducibile a un vizio funzionale del regolamento negoziale. Inoltre, la Corte ha sottolineato che il grado di specificità del *know-how* deve essere proporzionato alla complessità della rete commerciale e dell'attività svolta: quanto più articolata è l'attività, tanto più analitica dovrà essere la descrizione del *know-how*; ma non può comunque scadere in formule vaghe e generiche, poiché ciò contrasterebbe con le previsioni dell'art. 1, co. 3, lett. a) della legge⁴⁴.

In definitiva, sebbene la legge non qualifichi espressamente il *know-how* come elemento essenziale del contratto di franchising, la sua presenza - se effettiva, segreta, sostanziale e individuata - costituisce un indicatore qualificante del modello contrattuale. La corretta identificazione e trasparente trasmissione del *know-how* non solo evitano che esso si riduca a una clausola di stile, ma rappresentano anche una garanzia fondamentale per entrambe le parti, assicurando equilibrio nel rapporto contrattuale e maggiore certezza nel contenzioso⁴⁵.

1.4.2. Il diritto di ingresso

In base a quanto stabilito dal primo comma dell'art. 1 della l. n. 129 del 2004, la concessione dei diritti di proprietà industriale o intellettuale al franchisee deve avvenire a fronte del pagamento di un corrispettivo. Tale previsione consente di qualificare il contratto di franchising come un contratto a prestazioni corrispettive, escludendo al contempo la possibilità che la cessione avvenga a titolo gratuito. Lo stesso articolo, al

⁴³ Cass. civ., Sez. III, ord., 10 maggio 2018, n. 11256, in *Dir. ind.*, 2018, 540, con nota di CALDA BECCADELLI. «In forza dell'art. 1, comma 1, della l. n. 129 del 2004, il contratto di "franchising" è integrato dalla concessione al "franchisee" della disponibilità di uno o più diritti di proprietà industriale contemplati nella richiamata disposizione, e non richiede, quindi, quale elemento indefettibile del tipo, il trasferimento del "know how", non potendosi argomentare in senso contrario dal disposto dell'art. 3, comma 4, lett. d) della stessa legge - alla cui stregua il contratto deve espressamente indicare "la specifica del know how fornito dall'affiliante all'affiliato" -, norma quest'ultima che si limita a disciplinare il contenuto della relativa clausola, laddove prevista nel contratto».

⁴⁴ CALDA BECCADELLI, *Il know-how nel contratto di franchising*, 543

⁴⁵ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 184-188

terzo comma, richiama esplicitamente questo aspetto, menzionando sia il “diritto di ingresso”, sia le “*royalties*”⁴⁶.

In particolare, l’art. 1, co. 3, lett. b) definisce il diritto di ingresso stabilendo che: «3. *Nel contratto di affiliazione commerciale si intende: b) per diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l’affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale;*»⁴⁷.

Si tratta, dunque, di una somma generalmente versata al momento della firma del contratto; quindi, prima che questo abbia esecuzione. Il suo scopo è quello di compensare l’affiliante per l’inserimento dell’affiliato nella rete commerciale. Tale cifra è fissa e il suo ammontare è rapportato al valore economico e al potenziale di crescita della rete. Nonostante ciò, la legge non stabilisce criteri specifici per determinarne l’importo⁴⁸.

Un aspetto interessante è che, il diritto di ingresso, dopo essere stato definito dall’articolo 1 della l. n. 129 del 2004, viene ripreso esclusivamente dall’art. 3, lett. a)⁴⁹. Quest’ultima disposizione prevede tra le informazioni che il contratto deve contenere anche le «*eventuali spese di ingresso che l’affiliato deve sostenere prima dell’inizio dell’attività*»⁵⁰, subito dopo aver menzionato gli investimenti a suo carico.

Proprio l’uso dell’aggettivo “eventuali” ha sollevato dubbi in dottrina circa la reale rilevanza giuridica del diritto di ingresso, lasciando intendere che non si tratti di un elemento essenziale del contratto. Ci si è chiesti, infatti, perché il legislatore abbia definito una voce che può anche non comparire. Una possibile spiegazione è che l’intento fosse quello di rendere tale contributo proporzionato al potenziale di sviluppo e redditività della rete. Tuttavia, è stato anche osservato che la norma risulta troppo generica per garantire un risultato concreto in tal senso⁵¹.

1.4.3. Le *royalties*

Accanto al diritto di ingresso, la l. n. 129 del 2004 introduce un ulteriore elemento economico rilevante nel contratto di affiliazione commerciale: le *royalties*. Quest’ultime sono definite dall’art. 1, co. 3, lett. c), il quale stabilisce che: «3. *Nel contratto di*

⁴⁶ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 159

⁴⁷ Art. 1, co. 3, lett. b), l. n. 129 del 2004

⁴⁸ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 188

⁴⁹ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 137

⁵⁰ Art. 3, co. 4, lett. a), l. n. 129 del 2004

⁵¹ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 137-138

affiliazione commerciale si intende: c) per royalties, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche;»⁵².

Le *royalties* rappresentano, dunque, un corrispettivo continuativo che remunera l'uso del marchio, il trasferimento del *know-how* e il supporto tecnico fornito dall'affiliante nel corso dell'intero rapporto contrattuale. A differenza della *entry fee*, che viene versata *una tantum* al momento della stipula, le *royalties* si collocano nella fase esecutiva del contratto.

L'art. 3, co. 4, lett. b) della stessa legge, relativo al contenuto del contratto, impone l'indicazione delle modalità di calcolo e pagamento delle *royalties*, mentre definisce "eventuali" le spese di ingresso (lett. a). Tale distinzione terminologica, ha indotto parte della dottrina a ritenere che le *royalties* costituiscano un elemento essenziale del contratto. Tuttavia, un diverso orientamento, ad oggi prevalente, considera sia le *royalties* sia il diritto di ingresso elementi dispositivi, lasciando alle parti la facoltà di includerli o meno nel contratto⁵³.

Nella prassi, in particolare nel franchising di prodotto, è frequente che il guadagno del franchisor derivi dalla vendita delle merci all'affiliato, spesso con l'imposizione di un obbligo di acquisto esclusivo. In tali casi, le *royalties* in senso stretto possono anche non essere previste, ma una parte del prezzo dei prodotti può comunque essere intesa, anche implicitamente, come corrispettivo per i servizi tipici del franchising, come la concessione dei segni distintivi o l'assistenza tecnica. Questo assetto consente di identificare un corrispettivo indiretto e, al contempo, di garantire una maggiore certezza giuridica nel rapporto e prevenire condotte opportunistiche, grazie al controllo, seppur mediato, sul volume d'affari dell'affiliato⁵⁴.

1.4.4. I beni dell'affiliante

L'art. 1, co. 3, lett. d), l. n. 129 del 2004 fornisce una definizione dei beni dell'affiliante stabilendo che: «3. Nel contratto di affiliazione commerciale si intende: d) per beni

⁵² Art. 1, co. 3, lett. c), l. n. 129 del 2004

⁵³ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 159-163

⁵⁴ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 138-140

dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell'affiliante»⁵⁵.

Questa formulazione, del tutto sovrapponibile a quella contenuta nel regolamento comunitario n. 4087/88⁵⁶, ha sollevato alcune osservazioni in dottrina. È stato evidenziato, ad esempio, come la definizione non aggiunga elementi sostanziali, risultando in una certa misura superflua: nell'attuale contesto produttivo, infatti, è prassi consolidata che l'affiliante non realizzi direttamente tutti i beni commercializzati, molti dei quali vengono fabbricati da soggetti terzi su sua specifica indicazione. Ne consegue che l'elemento caratterizzante non risiede tanto nella produzione materiale, quanto nell'impronta dell'affiliante che si manifesta attraverso l'utilizzo del suo nome o marchio. Rilevante, inoltre, è la distinzione tra i beni propriamente detti e i c.d. beni accessori o strumentali, i quali, pur potendo essere utilizzati nell'ambito del contratto di franchising, non rientrano di norma nella definizione normativa in quanto privi del requisito identificativo legato al nome dell'affiliante⁵⁷. Un'interpretazione simile si ritrova anche in altri contributi dottrinali, che ribadiscono come la norma italiana riprenda pedissequamente quella comunitaria e come la definizione abbia una funzione più formale che sostanziale, lasciando ampio spazio all'autonomia contrattuale e alla prassi operativa tra le parti⁵⁸.

1.5. L'ambito di applicazione della legge 6 maggio 2004, n. 129

La legge n. 129 del 2004 si applica in generale a tutte le forme di franchising che soddisfino i requisiti descritti dall'articolo 1, in particolare con riferimento alla cessione di una formula commerciale allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi. Nonostante tale apertura, il dibattito dottrinale ha evidenziato alcune problematiche interpretative circa l'esatto perimetro applicativo della disciplina.

Tradizionalmente, si riconoscono tre tipologie di franchising: quello di distribuzione, quello di servizi e quello industriale o di produzione. Le prime due rientrano pacificamente nel campo applicativo della legge, poiché realizzano in modo evidente

⁵⁵ Art. 1, co. 3, lett. d), l. n. 129 del 2004

⁵⁶ L'Art 1, co. 3, lett. d) Regolamento (CEE) n. 4087/88 prevedeva che: «*per beni dell'affiliante si intendono beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e/o contrassegnati dal nome o dal marchio dell'affiliante*»

⁵⁷ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 175

⁵⁸ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 189

l'obiettivo della commercializzazione. Nel franchising di distribuzione, ad esempio, l'affiliante è generalmente un produttore che delega agli affiliati la vendita dei propri beni, coordinando la rete secondo strategie di *marketing* comuni. In maniera analoga, nel franchising di servizi, anche se produzione e distribuzione coincidono, l'attività si concretizza comunque nella vendita al pubblico di prestazioni, rendendo perfettamente applicabili le tutele previste dalla normativa⁵⁹.

Maggiore incertezza si riscontra, invece, nel caso del franchising industriale, in cui l'affiliato, in forza di una licenza di marchio o di brevetto, produce i beni utilizzando il segno distintivo del franchisor. Secondo una lettura restrittiva, tale forma contrattuale sarebbe esclusa dal campo di applicazione della legge, in quanto non finalizzata in maniera diretta alla commercializzazione⁶⁰. Tuttavia, parte della dottrina ha sostenuto un'interpretazione più estensiva, rilevando che l'art. 1, co. 2, della l. n. 129 del 2004, consente l'utilizzo del contratto di affiliazione commerciale in ogni settore economico. In questa prospettiva, anche nel franchising industriale non si può escludere che il produttore rivenda i beni realizzati, con conseguente rilevanza della componente commerciale⁶¹.

Analoghi interrogativi emergono con riferimento al franchising all'ingrosso. Pur non trattandosi di vendita al dettaglio, anche in questo caso l'attività si concretizza nella commercializzazione di beni, sebbene verso altri operatori economici. Per questo motivo, secondo una parte della dottrina, anche questa ipotesi dovrebbe rientrare nel campo di applicazione della legge, almeno laddove sussistano i presupposti previsti dall'articolo 1⁶².

Un aspetto particolarmente rilevante riguarda la previsione dell'art. 2 della legge che disciplina il contratto di affiliazione commerciale, che estende espressamente l'applicabilità della l. n. 129 del 2004 anche a due sottotipi del contratto di franchising: il *master franchising* e il *corner franchising*. Tali forme contrattuali, pur presentando caratteristiche specifiche, condividono l'essenza della formula commerciale che giustifica l'applicazione della normativa in esame⁶³.

⁵⁹ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 19

⁶⁰ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 183

⁶¹ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 20

⁶² CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 143

⁶³ GUERINONI, *La disciplina dell'«affiliazione commerciale»*, 15

1.5.1. Il *master franchising*

Ai sensi dell'art. 2 della l. n. 129 del 2004, il *master franchising* è definito come un «contratto di affiliazione commerciale principale con il quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazione commerciale con terzi»⁶⁴.

Questo modello contrattuale è utilizzato, in particolare, da imprese che intendono espandere la propria rete in mercati esteri o in aree nazionali dove non sono in grado, o non desiderano, gestire direttamente i rapporti con gli affiliati.

Il *master franchising* si articola su due livelli: il primo è rappresentato dal rapporto tra il franchisor e il *master franchisee*, soggetto che riceve la licenza per operare in un determinato territorio e stipulare contratti di sub-franchising; il secondo livello è costituito dai contratti stipulati tra quest'ultimo e i subaffiliati locali. In questa struttura, il *master franchisee* si assume sia l'onere di trasferire il *know-how* e prestare assistenza agli affiliati nella propria area, sia l'obbligo di vigilare sull'operato dei subaffiliati, rispondendo nei confronti del franchisor per eventuali violazioni che compromettano l'immagine del marchio⁶⁵.

Questa forma contrattuale consente al franchisor di penetrare nuovi mercati facendo affidamento su un imprenditore locale, il *master franchisee*, che agisce come intermediario, sfruttando la propria conoscenza del contesto economico e giuridico del territorio. Ciò si traduce in una strategia di espansione più agevole, seppure comporti per il franchisor una minore possibilità di controllo diretto sulla rete e una conseguente riduzione degli introiti, oltre al rischio che il *master franchisee* possa un giorno passare alla concorrenza, sottraendo l'intera rete di subaffiliati⁶⁶.

Dal punto di vista contrattuale, il *master franchising* si configura come uno strumento particolarmente efficace nell'ambito del *multifranchising*. Attraverso di esso, il franchisor delega ai propri affiliati principali non solo la stipula di nuovi contratti con altri affiliati, ma anche la gestione operativa della rete all'interno di specifiche aree geografiche. Il *master franchisee* agisce, dunque, come un *sub-franchisor*, occupandosi

⁶⁴ Art. 2 della l. n. 129 del 2004

⁶⁵ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 144-151

⁶⁶ GUERINONI, *La disciplina dell'«affiliazione commerciale»*, 15-16

dell'addestramento dei nuovi affiliati, della raccolta delle *royalties* e delle *entry fee*, oltre a garantire il rispetto delle regole contrattuali previste dal sistema di franchising⁶⁷.

Inoltre, il *master franchising* si inserisce a pieno titolo nel panorama del franchising internazionale, assumendo una connotazione transnazionale ogniqualvolta il franchisor affidi a un operatore di un altro Stato il compito di sviluppare la rete commerciale sul territorio straniero. In tali casi, il contratto tra franchisor e *master franchisee* sarà soggetto alle norme di diritto internazionale privato, mentre i rapporti tra il *master franchisee* e i subaffiliati saranno regolati dal diritto nazionale del Paese in cui essi operano.

È possibile, inoltre, una variante dello schema tradizionale, in cui il franchisor registra i propri marchi nel Paese di interesse e si limita a incaricare il *master franchisee* della ricerca degli affiliati, senza che quest'ultimo concluda direttamente contratti di affiliazione. Tali rapporti contrattuali possono beneficiare delle esenzioni previste dai regolamenti europei in materia di concorrenza, a partire dal regolamento n. 4087/88 fino al più recente regolamento n. 2022/720⁶⁸.

1.5.2. Il corner franchising

Ai sensi dell'art. 2 della l. n. 129 del 2004, il *corner franchising* è definito come: «contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'articolo 1»⁶⁹.

Questa particolare forma di franchising, detta anche franchising parziale, si caratterizza per l'inserimento dell'attività del franchisor all'interno di uno spazio già operante e gestito dall'affiliato, spesso situato in grandi superfici come ipermercati o centri commerciali. Si tratta, in sostanza, di un "negozio nel negozio", in cui il *corner* riproduce in scala ridotta l'identità visiva e operativa del punto vendita principale della rete. Diversamente dal modello tradizionale, in cui è l'affiliato a beneficiare del *know-how* e della notorietà del franchisor, nel *corner franchising* è quest'ultimo a trarre vantaggio dall'inserimento in una struttura distributiva già avviata, sfruttandone la clientela consolidata e la visibilità. L'affiliato, infatti, mantiene la propria attività principale e non è vincolato all'esclusiva di vendita dei prodotti del franchisor, potendo continuare a

⁶⁷ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 15

⁶⁸ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 235-236

⁶⁹ Art. 2 l. n. 129 del 2004

proporre anche articoli concorrenti negli spazi residui del punto vendita. Inoltre, la durata del contratto può essere più breve rispetto al franchising classico, e il trasferimento del *know-how* si concentra prevalentemente su aspetti legati all'immagine del marchio e alla presentazione dei prodotti⁷⁰.

Questa tipologia contrattuale offre una significativa flessibilità operativa, mirando a rendere il *corner* facilmente riconoscibile rispetto all'ambiente circostante, grazie all'impiego di elementi distintivi propri del *brand*. Sebbene il *corner franchisee* debba rispettare le linee guida del franchisor, conserva un certo margine di autonomia nella gestione e nella definizione dell'assortimento, adattandolo al proprio target di clientela. Ciò rende il *corner franchising* una formula particolarmente dinamica e adatta ai moderni contesti distributivi complessi⁷¹.

1.6. Le tipologie di franchising

Nella prassi, il fenomeno del franchising viene generalmente suddiviso in tre principali categorie: il franchising di distribuzione, il franchising di servizi e, infine, il franchising di produzione o industriale⁷².

Questa tripartizione deriva dalla sentenza *Pronuptia* ed è stata confermata anche nel successivo regolamento CE 1988/4078.

Secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza comunitaria, il franchising di distribuzione si realizza quando l'affiliato si limita alla vendita di determinati beni all'interno di un punto vendita che espone l'insegna del franchisor.

Si parla, invece, di franchising di servizi nel caso in cui l'affiliato offra prestazioni utilizzando l'insegna, la denominazione commerciale e, talvolta, anche il marchio dell'affiliante, conformandosi alle direttive da quest'ultimo impartite.

Il franchising di produzione, detto anche industriale, si configura quando l'affiliato produce direttamente i beni, attenendosi alle istruzioni del franchisor, e li commercializza con il marchio di quest'ultimo⁷³.

⁷⁰ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 151-153

⁷¹ GUERINONI, *La disciplina dell'«affiliazione commerciale»*, 16

⁷² BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 170

⁷³ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 139

Va infine evidenziato che la legge n. 129 del 2004, nonostante alcune critiche emerse in dottrina, trova applicazione, almeno in linea generale, a tutte e tre le forme di franchising individuate dalla prassi aziendale⁷⁴.

1.6.1. Il franchising di distribuzione

Il franchising di distribuzione rappresenta una delle forme più comuni di collaborazione commerciale. In questo modello, il franchisor affida a imprenditori indipendenti, i franchisee, la vendita dei propri prodotti, concedendo loro l'utilizzo dei segni distintivi dell'impresa, come marchi, insegne e *know-how*. In cambio, l'affiliato corrisponde un diritto di ingresso (*entry fee*) e/o canoni periodici (*royalties*)⁷⁵.

Una delle applicazioni più significative di questa formula è il rapporto diretto tra produttore e dettagliante. In tale configurazione, il produttore-franchisor costruisce una rete di punti vendita autonomi, affidati a singoli affiliati che operano in zone geografiche delimitate. Gli affiliati si impegnano a commercializzare esclusivamente i prodotti del franchisor, garantendo uniformità dell'immagine aziendale e coerenza nella strategia commerciale. Questa tipologia si è affermata con successo in settori come moda, arredamento, alimentare, ristorazione e telefonia. Tra i casi più noti in Italia figurano Buffetti, Mondadori, Calzedonia e McDonald's⁷⁶.

Un'ulteriore variante è costituita dal rapporto tra grossista e dettagliante. In questo schema, il franchisor non produce i beni, ma li acquista da terzi per poi distribuirli attraverso la rete di affiliati. Tale modello consente di ridurre l'investimento diretto, trasferendo sugli affiliati la gestione della vendita finale. Pur distinguendosi per struttura, entrambe le modalità si fondano su una cooperazione tra soggetti giuridicamente autonomi, ma strategicamente coordinati⁷⁷.

L'affiliato è tenuto a rispettare le direttive impartite dall'affiliante, garantendo una distribuzione regolare e coerente. Il contratto può includere obblighi di acquisto minimo, supporto formativo, assistenza logistica, contributi per spese pubblicitarie o per l'allestimento dei locali⁷⁸.

⁷⁴ VISCONTI, *Il franchising*, 33

⁷⁵ *Ibidem*, 33

⁷⁶ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 170-171

⁷⁷ *Ibidem* 171

⁷⁸ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 141-142

Questa formula consente al produttore-distributore di espandere la propria presenza sul territorio senza dover gestire direttamente i punti vendita. Si realizza così una rete commerciale capillare e riconoscibile, che mantiene l'identità del marchio sotto controllo, riducendo al contempo i rischi e i costi di gestione diretta⁷⁹.

1.6.2. Il franchising di servizi

Una forma peculiare di affiliazione commerciale è rappresentata dal franchising di servizi, nel quale l'oggetto dell'attività esercitata dall'affiliato non è la vendita di beni materiali, bensì la prestazione di un servizio, ideato e sperimentato dal franchisor e replicato secondo modalità standardizzate. In questa tipologia, l'affiliato opera utilizzando il marchio e gli strumenti distintivi dell'affiliante, offrendo una prestazione che può variare dal supporto gestionale alla consulenza, fino all'assistenza tecnica o finanziaria⁸⁰.

A differenza della concessione di vendita, il franchising di servizi si caratterizza per l'assenza di un prodotto fisico, se non in modo meramente accessorio rispetto al servizio offerto⁸¹.

I settori di applicazione sono molteplici e in costante espansione: si va dalla ristorazione all'intermediazione immobiliare, dagli istituti di bellezza al turismo e alla locazione di veicoli⁸². In contesti come quello alberghiero, l'identità commerciale non si fonda tanto sull'immagine esteriore, quanto piuttosto sul rispetto di standard qualitativi ben precisi⁸³.

La trasmissione del *know-how* da parte del franchisor assume un ruolo centrale, poiché consente all'affiliato di offrire un servizio uniforme rispetto a quello originariamente ideato. La necessità di garantire tale uniformità comporta un controllo attivo da parte dell'affiliante, volto a verificare che il servizio sia erogato nel rispetto delle istruzioni ricevute. Proprio in ragione di queste esigenze, il franchising di servizi viene talvolta considerato come una forma di collaborazione più intensa tra le parti⁸⁴.

⁷⁹ GUERINONI, *Il franchising*, 12

⁸⁰ FRIGNANI, *Il contratto di franchising*, 19

⁸¹ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 172

⁸² VISCONTI, *il franchising: le garanzie per le imprese affiliate*, 33

⁸³ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 172

⁸⁴ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 140

1.6.3. Il franchising di produzione

Il franchising di produzione, anche detto franchising industriale, è una forma di collaborazione che coinvolge due soggetti industriali, in cui l'affiliato non si limita alla distribuzione di prodotti già pronti, ma partecipa attivamente alla loro fabbricazione.

In questo schema contrattuale, il franchisor concede non solo l'utilizzo del marchio, ma anche una licenza di produzione, unitamente al trasferimento del *know-how* organizzativo e tecnico necessario alla realizzazione dei beni, che verranno poi immessi sul mercato con l'identità commerciale dell'affiliante⁸⁵.

La funzione economica di questo modello risiede nel trasferimento strutturato di conoscenze, finalizzato a uniformare la qualità della produzione all'interno della rete. L'affiliato si impegna a rispettare standard tecnici e produttivi, quantitativi e qualitativi, previamente concordati con il franchisor⁸⁶.

Tale configurazione, tuttavia, è poco diffusa nella prassi commerciale, principalmente per i rilevanti investimenti infrastrutturali richiesti all'affiliato. Proprio per questo motivo, il franchising industriale può essere scelto dall'affiliante come strategia di espansione produttiva indiretta, evitando l'onere della realizzazione di nuovi stabilimenti attraverso il coinvolgimento di soggetti terzi⁸⁷.

Alcuni autori, infine, mettono in discussione la riconducibilità di questo schema al franchising propriamente detto, ritenendolo talvolta una forma di licenza produttiva, in quanto priva dell'elemento tipico dell'inserimento dell'affiliato nella rete del franchisor, così come concepito nel diritto dell'Unione europea⁸⁸.

1.7. La forma e il contenuto del contratto

L'art. 3 della l. n. 129 del 2004 disciplina la forma e il contenuto del contratto di affiliazione commerciale prevedendo che: «*1. Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità. 2. Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale. 3. Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento*

⁸⁵ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 171

⁸⁶ GUERINONI, *Il franchising*, 13

⁸⁷ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 141

⁸⁸ FRIGNANI, *Il contratto di franchising*, 20

dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti. 4. Il contratto deve inoltre espressamente indicare: a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività; b) le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato; c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; d) la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato; e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato; f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso»⁸⁹.

Tale articolo rappresenta uno dei pilastri della disciplina del contratto di affiliazione commerciale, ponendo regole precise sia sulla forma che sul contenuto dell'accordo.

Il primo comma introduce una forma scritta *ad substantiam*, prevedendo espressamente che il contratto debba essere redatto in forma scritta a pena di nullità⁹⁰. Si tratta di una novità significativa rispetto alla situazione pregressa, in cui vigeva il principio della libertà delle forme, e dove l'utilizzo della forma scritta era dettato solo da esigenze probatorie o dalla prassi⁹¹. La norma, sebbene ricalchi quanto già previsto nei codici deontologici di settore, acquisisce valore cogente, configurando la forma scritta come requisito essenziale di validità del contratto⁹².

Dal punto di vista teorico, la dottrina si è interrogata sulla natura della nullità derivante dall'inosservanza del requisito formale: se cioè si tratti di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, o di nullità relativa, cioè posta a protezione del franchisee e quindi azionabile solo da quest'ultimo. Pur emergendo diverse posizioni, l'orientamento prevalente propenderebbe per la nullità assoluta, anche in assenza di una precisa indicazione normativa in tal senso⁹³. Ciò nonostante, parte della dottrina ha sottolineato che la *ratio*

⁸⁹ Art. 3 l. n. 129 del 2004

⁹⁰ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 175

⁹¹ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 787

⁹² DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contr. impr.*, 2004, 761, ivi 763

⁹³ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 178

della norma risieda nella tutela del contraente debole, configurando, quindi, la forma come uno strumento di trasparenza e consapevolezza contrattuale⁹⁴.

Il secondo comma dell'articolo 3 prevede che l'affiliante debba aver previamente sperimentato la propria formula commerciale sul mercato, prima di poter costituire una rete di affiliazione. Tale disposizione mira a impedire che gli affiliati iniziali si trovino a sostenere il rischio economico di formule non testate, fungendo quindi da filtro per tutelare la parte debole del contratto⁹⁵. Tuttavia, la norma non specifica modalità, durata o ambito territoriale della sperimentazione, lasciando così margini di incertezza interpretativa⁹⁶. Non è neppure richiesto che la sperimentazione avvenga sul territorio italiano, con la conseguente possibilità che anche un test effettuato all'estero sia ritenuto sufficiente⁹⁷.

Il terzo comma si occupa della durata del contratto, stabilendo che, nel caso in cui esso sia a tempo determinato, deve essere previsto un termine minimo di tre anni, comunque sufficiente a garantire l'ammortamento degli investimenti sostenuti dall'affiliato⁹⁸. Questa previsione, ispirata al principio di equilibrio tra le parti, vuole evitare che l'affiliato sia vincolato da un contratto che non gli permetta di rientrare delle spese iniziali, offrendo così una tutela concreta in chiave economica⁹⁹. Nulla viene invece disposto in merito ai contratti a tempo indeterminato, il che lascia spazio all'autonomia negoziale, pur con il rischio che clausole di recesso troppo rapide possano vanificare la tutela dell'investimento¹⁰⁰. Tuttavia, bisogna osservare che, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 11737 del 2024, ha affermato che: *«In tema di contratti, come nel franchising a tempo determinato anche nel caso di contratto di franchising a tempo indeterminato risulta contrario a buona fede, ed in ultima analisi abusivo ed arbitrario, il recesso dell'affiliante prima del decorso della durata minima di almeno tre anni, dato che questo periodo costituisce il lasso di tempo minimo sufficiente all'ammortamento dell'investimento da parte dell'affiliato»*¹⁰¹.

⁹⁴ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 788

⁹⁵ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 183

⁹⁶ *Ibidem* 184

⁹⁷ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 190

⁹⁸ DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, 764

⁹⁹ BRIGANTI, *Il franchising*, 559

¹⁰⁰ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 202

¹⁰¹ Cass. civ., Sez. III, ord., 2 maggio 2024, n. 11737, massima redazionale, in *One Legale*.

Il quarto comma elenca gli elementi che devono obbligatoriamente essere specificati nel contratto, tra cui l'ammontare degli investimenti iniziali, le modalità di calcolo delle *royalties*, l'eventuale esclusiva territoriale, la descrizione del *know-how* fornito, le caratteristiche dei servizi di supporto da parte del franchisor e le condizioni di rinnovo, risoluzione o cessione del contratto¹⁰². Si tratta di un contenuto minimo che non solo attribuisce maggiore trasparenza al rapporto, ma contribuisce a rendere effettiva la consapevolezza del franchisee al momento della sottoscrizione dell'accordo¹⁰³. La mancanza di tali indicazioni può comportare, secondo parte della dottrina, la nullità del contratto o delle singole clausole, specie qualora venga compromessa la determinatezza dell'oggetto contrattuale¹⁰⁴.

In conclusione, l'articolo 3 della legge sul contratto di affiliazione commerciale si configura come una disposizione cardine che, tramite l'introduzione di requisiti formali e sostanziali, mira a rafforzare la tutela del franchisee, rendendo il contratto uno strumento più trasparente e coerente con le esigenze del mercato moderno.

1.8. Gli obblighi delle parti

La legge 6 maggio 2004, n. 129 sul franchising o, più propriamente, affiliazione commerciale regola in maniera puntuale gli obblighi delle parti contrattuali. Infatti, il legislatore ha dedicato ben tre articoli (artt. 4, 5 e 6) a questo tema, riconoscendo nella trasparenza informativa e nell'equilibrio negoziale gli strumenti fondamentali per evitare abusi, disallineamenti e zone d'ombra che avevano caratterizzato la prassi precedente. Tale scelta legislativa è stata giustificata in ragione della situazione previgente, caratterizzata da una normativa frammentata, dove clausole contrattuali potenzialmente vessatorie o ambigue venivano disciplinate solo per analogia tramite la normativa sulla subfornitura, con inevitabili margini di incertezza¹⁰⁵.

In particolare, l'articolo 4 impone all'affiliante un vero e proprio dovere di trasparenza, richiedendogli di consegnare all'aspirante affiliato, con un congruo anticipo, una serie dettagliata di documenti e informazioni. L'intento è chiaro: permettere a quest'ultimo una

¹⁰² PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 788

¹⁰³ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 180

¹⁰⁴ DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, 764

¹⁰⁵ BRIGANTI, *Il franchising*, 559

valutazione consapevole del rapporto che si appresta a intraprendere, anche alla luce della propria posizione contrattuale tipicamente più debole¹⁰⁶.

L'articolo 5 interviene a delineare specifici obblighi in capo all'affiliato, tra cui la tutela della riservatezza e il vincolo alla sede contrattualmente stabilita, a conferma del ruolo strategico che l'affiliante attribuisce all'uniformità e alla coerenza del proprio sistema distributivo¹⁰⁷.

Infine, l'articolo 6 assume una funzione di garanzia trasversale, imponendo a entrambe le parti comportamenti improntati alla buona fede, correttezza e lealtà durante la fase delle trattative. Il legislatore, qui, sembra voler superare l'idea tradizionale per cui le obbligazioni precontrattuali sarebbero solo generiche prescrizioni etiche, attribuendo loro invece una valenza giuridica autonoma e sanzionabile¹⁰⁸.

Questa tripartizione normativa non è casuale, ma riflette la volontà di costruire un impianto giuridico che consideri l'affiliazione commerciale non soltanto come un contratto di scambio, ma come una relazione di cooperazione di medio-lungo periodo, dove l'equilibrio degli obblighi reciproci rappresenta una condizione essenziale per la stabilità e l'efficacia del sistema¹⁰⁹. Si può dunque affermare che, la scelta normativa di inserire questi tre articoli all'interno della legge che disciplina l'affiliazione commerciale, è volta a rafforzare la tutela dell'affiliato, considerato parte contrattuale potenzialmente più debole, soprattutto nella fase delle trattative, spesso caratterizzata da una marcata asimmetria informativa¹¹⁰.

1.8.1. Gli obblighi dell'affiliante

L'art. 4 della l. n. 129 del 2004 disciplina gli obblighi dell'affiliante stabilendo che:
«1. Almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto: a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli

¹⁰⁶ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 784

¹⁰⁷ BOLOGNESI, *Il franchising diventa contratto tipico*, 1237

¹⁰⁸ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 785

¹⁰⁹ BRIGANTI, *Il franchising*, 559

¹¹⁰ TALDONE, *Il contratto di franchising*, 382

ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla privacy. 2. Negli allegati di cui alle lettere d), e) ed f) del comma 1 l'affiliante può limitarsi a fornire le informazioni relative alle attività svolte in Italia. Con decreto del Ministro delle attività produttive, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le informazioni che, in relazione a quanto previsto dalle predette lettere d), e) ed f), dovranno essere fornite dagli affilianti che in precedenza abbiano operato esclusivamente all'estero»¹¹¹.

Tale articolo disciplina in modo dettagliato la fase precontrattuale nel contratto di affiliazione commerciale. In particolare, questa disposizione impone all'affiliante una serie di obblighi informativi che devono essere assolti almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto, con l'obiettivo di consentire all'aspirante affiliato di valutare consapevolmente la proposta ricevuta. Il legislatore, infatti, ha voluto porre rimedio allo squilibrio informativo che spesso caratterizza i rapporti tra franchisor e franchisee, prevedendo un vero e proprio dovere di *disclosure* a carico dell'affiliante¹¹².

La norma richiede che venga consegnata una copia completa del contratto da sottoscrivere, corredata da specifici allegati. Tra questi figurano: i dati principali dell'affiliante; l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema; una sintetica descrizione dell'attività oggetto dell'affiliazione; l'elenco degli affiliati già operativi; l'indicazione

¹¹¹ Art. 4 l. n. 129 del 2004

¹¹² TALDONE, *Il contratto di franchising*, 382

delle variazioni nella rete negli ultimi tre anni; una sintesi dei procedimenti giudiziari o arbitrali eventualmente promossi contro il franchisor e conclusi nello stesso periodo¹¹³.

Una particolare attenzione è rivolta alla trasparenza: il termine dei trenta giorni è stato pensato per offrire al potenziale affiliato il tempo necessario per analizzare il contratto e ottenere consulenze, laddove necessario. È interessante notare, inoltre, che la legge ammette la possibilità per il franchisor di omettere alcune informazioni solo in presenza di “obiettive e specifiche esigenze di riservatezza”, a condizione che tali allegati siano comunque menzionati nel contratto¹¹⁴.

L’obbligo informativo ha quindi un ruolo fondamentale nel bilanciare il rapporto tra le parti, permettendo al franchisee di conoscere non solo la struttura economica e organizzativa della rete, ma anche eventuali criticità pregresse, come i contenziosi. Sebbene la legge richieda l’indicazione dei soli procedimenti conclusi, resta fermo, in base all’art. 6 della l. n. 129 del 2004, il dovere generale di correttezza e buona fede, che impone al franchisor di fornire tutte le informazioni che l’aspirante affiliato ritenga necessarie per decidere se aderire alla rete¹¹⁵.

Il secondo comma dell’articolo 4 introduce una distinzione importante per i franchisor che abbiano operato esclusivamente all’estero prima di entrare nel mercato italiano. In questi casi, il legislatore ha previsto che le informazioni richieste negli allegati relativi alla lista degli affiliati (lett. d), alla loro variazione nel tempo (lett. e) e ai procedimenti giudiziari o arbitrali (lett. f), possano essere limitate alle sole attività svolte in Italia. Questa scelta risponde all’esigenza di evitare che l’aspirante affiliato venga sovraccaricato di dati poco rilevanti o difficilmente verificabili, riferiti a mercati esteri molto diversi da quello italiano¹¹⁶.

Tuttavia, per i franchisor che non abbiano ancora avviato alcuna attività in Italia, la legge ha previsto la necessità di un successivo intervento regolamentare per definire quali informazioni debbano essere comunque fornite. Tale intervento è arrivato solo nel 2005, con il decreto ministeriale n. 204, che ha colmato questa lacuna specificando quali dati devono essere comunicati, come ad esempio la suddivisione della rete internazionale per Stato e l’indicazione dei contenziosi rilevanti chiusi negli ultimi tre anni¹¹⁷.

¹¹³ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 788

¹¹⁴ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 84

¹¹⁵ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 15

¹¹⁶ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 247

¹¹⁷ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 87

Nonostante la possibilità di limitare le informazioni all'ambito nazionale, resta comunque fermo l'obbligo generale di correttezza e buona fede. Questo comporta che, su richiesta dell'aspirante affiliato, il franchisor debba comunque fornire ogni ulteriore informazione utile o necessaria alla valutazione della proposta contrattuale, anche se relativa all'attività svolta all'estero¹¹⁸.

In definitiva, l'art. 4 della l. n. 129 del 2004 rappresenta il fulcro della tutela dell'affiliato nella fase precontrattuale, delineando un percorso obbligato di informazione che valorizza la consapevolezza e la trasparenza come prerequisiti fondamentali per la formazione di un rapporto di affiliazione commerciale solido e responsabile.

1.8.2. Gli obblighi dell'affiliato

L'art. 5 della l. n. 129 del 2004, dedicato agli obblighi dell'affiliato, dispone quanto segue: *«1. L'affiliato non può trasferire la sede, qualora sia indicata nel contratto, senza il preventivo consenso dell'affiliante, se non per causa di forza maggiore. 2. L'affiliato si impegna ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale»*¹¹⁹.

La disposizione prevede, in particolare, due obblighi a carico dell'affiliato per quanto riguarda la fase di svolgimento e cessazione del contratto, che si vanno ad aggiungere ai doveri di informazione riferiti alla fase precontrattuale.

Il primo si riferisce alla sede dell'affiliato ed ha un rilevante impatto sulla fase di esecuzione del rapporto contrattuale. Con "sede" si intende il punto vendita, cioè il luogo fisico dove si svolge l'attività, e non la sede legale della società, quando l'affiliato opera in forma societaria¹²⁰. Questa previsione risponde alla necessità di evitare spostamenti che possano compromettere l'equilibrio territoriale della rete, creando conflitti con altri affiliati o interferenze con eventuali punti vendita diretti¹²¹.

Tale divieto rappresenta, di fatto, una limitazione alla libertà di iniziativa dell'affiliato, che rimane comunque un soggetto giuridicamente autonomo. Tuttavia, l'interesse dell'affiliante a mantenere una distribuzione commerciale razionale può giustificare

¹¹⁸ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 16

¹¹⁹ Art. 5 l. n. 129 del 2004

¹²⁰ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 201

¹²¹ BOLOGNESI, *Il franchising diventa contratto tipico*, 1237

questa restrizione, a patto che venga esercitata nel rispetto del principio di buona fede contrattuale¹²². La sede assume infatti un'importanza strategica non solo nella gestione ordinaria, ma anche nella definizione del valore economico del contratto, influenzando eventuali *entry fee* o *royalties* richieste¹²³.

In caso di forza maggiore, l'affiliato ha diritto a trasferire la propria attività senza necessità di consenso. Si tratta di eventi eccezionali e imprevedibili, come calamità naturali, sfratti improvvisi o provvedimenti dell'autorità che rendano impossibile la prosecuzione dell'attività nella sede originaria¹²⁴. Secondo parte della dottrina, qualora il trasferimento risulti comunque conforme ai criteri organizzativi della rete, l'affiliante non potrà legittimamente opporsi¹²⁵.

Dal punto di vista contrattuale, la clausola che vieta il trasferimento è ormai largamente diffusa nei contratti di franchising, costituendo una prassi consolidata. Tuttavia, la sua legittimità trova conferma anche a livello europeo: il regolamento CE 2010/330 ha esplicitamente ammesso simili restrizioni all'interno di reti di distribuzione selettiva¹²⁶.

In ogni caso, l'affiliato che violi questo obbligo senza consenso potrà andare incontro a risoluzione del contratto e al risarcimento del danno, sempre che l'inadempimento risulti sufficientemente grave¹²⁷.

Il secondo obbligo che la legge impone all'affiliato riguarda la riservatezza. Ai sensi del secondo comma dell'articolo 5, l'affiliato è tenuto a non divulgare, e a far sì che nemmeno i suoi dipendenti e collaboratori lo facciano, alcuna informazione relativa al contenuto dell'attività, anche dopo la cessazione del contratto¹²⁸. L'obiettivo è tutelare il *know-how* trasferito dall'affiliante, ovverosia quell'insieme di conoscenze tecniche e organizzative che costituisce il cuore del valore commerciale dell'affiliazione¹²⁹.

Questo obbligo è particolarmente ampio, perché si estende a tutte le componenti dell'attività: dai manuali operativi agli elenchi dei fornitori, dalle strategie di vendita agli strumenti di gestione, purché le informazioni non siano di dominio pubblico¹³⁰. La norma

¹²² TALDONE, Il contratto di franchising, 386

¹²³ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 254

¹²⁴ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 16-17

¹²⁵ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 255

¹²⁶ *Ibidem*, 252

¹²⁷ *Ibidem*, 256

¹²⁸ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 16-17

¹²⁹ TALDONE, Il contratto di franchising, 387

¹³⁰ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 258

non stabilisce un limite temporale specifico alla durata della riservatezza post-contrattuale: si ritiene quindi che essa valga fino a quando le informazioni mantengano il requisito della segretezza¹³¹.

Sotto il profilo giuridico, l'inadempimento di questo obbligo può dar luogo, se commesso durante la vigenza del contratto, alla sua risoluzione e alla richiesta di risarcimento danni. Qualora la violazione avvenisse dopo la fine del rapporto, l'affiliato rimarrebbe comunque responsabile del pregiudizio arrecato¹³². Inoltre, se l'uso improprio delle informazioni configura un comportamento scorretto nei confronti dell'ex affiliante, può essere perseguito come atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c.¹³³.

Infine, l'affiliato ha anche il compito di far rispettare l'obbligo di riservatezza ai propri dipendenti e collaboratori. A tal fine, dovrebbe prevedere nei loro contratti specifiche clausole che impongano il segreto professionale, eventualmente corredate da sanzioni o penali¹³⁴. In caso contrario, potrebbe essere ritenuto responsabile per non aver vigilato adeguatamente sui comportamenti altrui¹³⁵.

1.8.3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento

L'art. 6 della l. n. 129 del 2004, disciplina gli obblighi precontrattuali di comportamento stabilendo che: *«1. L'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi. 2. L'affiliante deve motivare all'aspirante affiliato l'eventuale mancata comunicazione delle informazioni e dei dati dallo stesso richiesti. 3. L'aspirante affiliato deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della*

¹³¹ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 259

¹³² TALDONE, *Il contratto di franchising*, 387

¹³³ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 257

¹³⁴ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 16-17

¹³⁵ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 260

stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante»¹³⁶.

Tale disposizione stabilisce in modo specifico gli obblighi di comportamento delle parti nella fase precontrattuale del rapporto di affiliazione commerciale, imponendo sia all'affiliante che all'aspirante affiliato di mantenere, "in qualsiasi momento", un atteggiamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede. Sebbene tali principi fossero già sanciti nel Codice civile, in particolare agli artt. 1337¹³⁷ e 1375¹³⁸, il legislatore ha ritenuto opportuno ribadirli espressamente nel contesto del franchising, probabilmente con l'intento di rafforzarne la portata applicativa e contrastare interpretazioni giurisprudenziali troppo restrittive¹³⁹.

In particolare, per quanto concerne l'affiliante, il primo comma, dispone che grava su quest'ultimo l'obbligo di mettere "tempestivamente" a disposizione dell'aspirante affiliato tutte le informazioni e i dati che questi reputi, anche solo potenzialmente, rilevanti o utili per valutare consapevolmente la stipula del contratto di affiliazione. Tale obbligo trova un limite esclusivamente nelle informazioni che, per loro natura, risultino oggettivamente riservate ovvero la cui comunicazione possa determinare la lesione di diritti altrui.

Sotto il profilo temporale, il riferimento alla tempestività delle informazioni può generare incertezze interpretative e potenziali controversie. Per evitarle, sarebbe auspicabile che la parte interessata indicasse espressamente entro quale termine desidera ricevere le informazioni. In assenza di tale indicazione, la valutazione della tempestività andrà riferita al momento della richiesta. Poiché l'obbligo informativo si inserisce nella fase delle trattative, finalizzata alla conclusione del contratto, le informazioni si considereranno tempestive qualora fornite in tempo utile a consentire una decisione consapevole da parte dell'aspirante affiliato. In definitiva, maggiore sarà l'utilità temporale dell'informazione rispetto alla conclusione delle trattative, più essa potrà dirsi tempestiva¹⁴⁰.

¹³⁶ Art. 6 l. n. 129 del 2004

¹³⁷ L'art 1337 c.c. rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale" prevede che: «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

¹³⁸ L'art 1375 c.c. rubricato "Esecuzione di buona fede" prevede che: «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

¹³⁹ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 262-263

¹⁴⁰ *Ibidem*, 264

Un'altra questione interpretativa rilevante concerne il soggetto legittimato a valutare la necessità o utilità delle informazioni richieste. La dottrina prevalente riconosce tale potere all'aspirante affiliato, ritenendo illogico attribuirlo al franchisor, poiché ciò svuoterebbe di significato l'obbligo informativo stesso¹⁴¹. È infatti proprio l'aspirante affiliato a trovarsi in una posizione di inferiorità informativa, che la legge mira a riequilibrare¹⁴².

Per quanto attiene alle informazioni riservate, la loro individuazione non risulta sempre agevole, poiché la norma manca di una definizione chiara e di criteri esemplificativi¹⁴³. Inoltre, il secondo comma prevede che, in caso di rifiuto della comunicazione delle informazioni o dati richiesti dall'aspirante affiliato, il franchisor è tenuto a motivarne le ragioni, seppur non necessariamente in forma scritta, offrendo così al potenziale franchise la possibilità di valutarne la legittimità¹⁴⁴.

Il terzo comma dell'art. 6 prevede speculari obblighi di comportamento a carico dell'aspirante affiliato, il quale deve anch'egli agire con correttezza, lealtà e buona fede, fornendo in modo tempestivo, esatto e completo tutte le informazioni e i dati ritenuti necessari o opportuni alla stipula del contratto, anche se non espressamente richiesti dal franchisor¹⁴⁵. Tuttavia, la norma non prevede, per l'affiliato, la possibilità di opporre un rifiuto motivato nel caso in cui le informazioni abbiano carattere riservato o la loro divulgazione possa ledere diritti di terzi. Questo squilibrio normativo ha suscitato critiche, poiché potrebbe compromettere la posizione di tutela che la legge intendeva garantire all'aspirante affiliato¹⁴⁶.

Nonostante l'apparente asimmetria, alcuni autori ritengono che entrambi i contraenti debbano essere considerati soggetti "deboli" in determinati contesti e che anche l'aspirante affiliato possa legittimamente rifiutare la comunicazione di dati riservati, invocando principi generali come quello di buona fede¹⁴⁷. Ciò assume particolare rilievo se si considera che il contratto di franchising è spesso caratterizzato da una forte componente personale, in cui l'affiliante deve poter valutare l'affiliato non solo in termini economici, ma anche in base all'affidabilità personale e professionale¹⁴⁸.

¹⁴¹ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 792

¹⁴² CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 263-264

¹⁴³ *Ibidem*, 262-263

¹⁴⁴ BRIGANTI, *Il franchising*, 599

¹⁴⁵ TALDONE, *Il contratto di franchising*, 387-388

¹⁴⁶ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 270-271

¹⁴⁷ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 198-200

¹⁴⁸ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 274

In sintesi, l'articolo 6 della l. n. 129 del 2004 rappresenta un tentativo significativo di garantire trasparenza e correttezza nella fase delle trattative precontrattuali. Esso integra e amplia la disciplina codicistica, cercando di ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra affiliante e affiliato, sebbene permangano alcune criticità interpretative e applicative che possono limitarne l'efficacia.

1.9. L'annullamento del contratto

Nel contesto del contratto di franchising, l'art. 8, l. n. 129 del 2004, rubricato *"Annullamento del contratto"* stabilisce che: *«Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto»*¹⁴⁹.

Tale disposizione disciplina le conseguenze giuridiche in caso di comunicazione di informazioni false da parte di uno dei contraenti riconoscendo alla parte che ha subito l'inganno la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto, nonché, eventualmente, il risarcimento del danno¹⁵⁰.

Tuttavia, affinché l'annullamento possa essere concesso, non basta che l'informazione fornita sia falsa: è necessario che tale falsità abbia inciso in modo determinante sulla volontà di concludere il contratto. Solo qualora la parte ingannata non avrebbe stipulato l'accordo in assenza di quella falsa rappresentazione, si potrà parlare di dolo rilevante ai fini dell'annullamento¹⁵¹. Altrimenti, si rischierebbe di attribuire un potere eccessivo alla parte che ha ricevuto l'informazione, esponendo l'istituto a potenziali abusi. Per tale motivo, una lettura coerente con i principi generali del diritto contrattuale impone una valutazione caso per caso¹⁵².

La dottrina ha inoltre evidenziato come la disposizione in questione non si limiti a ribadire la normativa codicistica sul dolo, ma intenda sottolineare l'importanza dell'informazione corretta in un contratto fondato, per sua natura, su un forte rapporto fiduciario tra le parti¹⁵³.

Tuttavia, si è anche osservato che l'articolo 8 si riferisce esclusivamente al caso di informazioni false, escludendo espressamente, almeno sul piano letterale, le ipotesi di

¹⁴⁹ Art. 8 l. 6 maggio 2004, n. 129

¹⁵⁰ BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 200-201

¹⁵¹ BOLOGNESI, *Il franchising diventa contratto tipico*, 1237

¹⁵² BRIGANTI, *Il franchising: evoluzione dell'istituto*, 559

¹⁵³ DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, 17

informazioni mancanti o incomplete. Questa limitazione ha generato un ampio dibattito interpretativo. Parte della dottrina ritiene, infatti, che anche l'omissione dolosa di informazioni rilevanti, laddove sia frutto di un comportamento ingannevole, possa rientrare nella fattispecie disciplinata dall'art. 1439 c.c. e, quindi, giustificare l'annullamento del contratto¹⁵⁴.

Alcuni autori hanno sostenuto che la norma speciale contenuta nella legge sul franchising possa avere un ambito di applicazione più ampio rispetto all'art. 1439 c.c., permettendo l'annullamento anche in assenza di veri e propri raggiri, ma semplicemente a fronte della fornitura di dati non veritieri. Tuttavia, l'interpretazione prevalente considera che il richiamo all'art. 1439 c.c. debba essere inteso in senso pieno, ovverosia come riferimento all'intera disciplina dell'annullamento per dolo, con tutti i suoi requisiti sostanziali, incluso il nesso causale tra l'inganno e la formazione della volontà contrattuale¹⁵⁵.

Anche il c.d. "dolo omissivo", ossia l'occultamento intenzionale di informazioni che una parte avrebbe avuto il dovere di comunicare, può essere rilevante ai fini dell'annullamento del contratto. Ciò avviene, però, solo se il silenzio si inserisce in un comportamento complessivo, consapevolmente preordinato a trarre in inganno la controparte. La giurisprudenza, infatti, tende a non riconoscere efficacia invalidante al semplice silenzio o alla reticenza, salvo che tali condotte non si traducano in un vero e proprio inganno¹⁵⁶.

Quanto al risarcimento del danno, l'articolo 8 ne prevede l'applicazione "se dovuto", una precisazione che la dottrina ha ritenuto pleonastica, poiché si limita a richiamare i principi generali in materia di responsabilità contrattuale. Tuttavia, è interessante notare che, diversamente dalla disciplina codicistica che distingue tra dolo determinante (art. 1439 c.c.) e dolo incidente (art. 1440 c.c.), la l. n. 129 del 2004 sembra ammettere la cumulabilità tra l'annullamento del contratto e la richiesta di risarcimento del danno. Ciò consente alla parte ingannata non solo di liberarsi dal vincolo contrattuale, ma anche di ottenere un ristoro per i danni subiti, sempre che ne dimostri l'esistenza, l'entità e il nesso causale con il comportamento doloso della controparte¹⁵⁷.

Infine, in merito alla prescrizione dell'azione di annullamento, il silenzio della legge speciale comporta l'applicazione della disciplina generale prevista dall'art. 1442 c.c., che

¹⁵⁴ PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, 793-795

¹⁵⁵ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 280-283

¹⁵⁶ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 106-109

¹⁵⁷ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 285-287

fissa in cinque anni il termine per proporre l'azione, decorrente dalla scoperta del raggio. Sebbene alcuni autori abbiano evidenziato criticità legate alla durata del termine o alla sua decorrenza, tali considerazioni non sembrano giustificare un'eccezione rispetto alla normativa civilistica ordinaria¹⁵⁸.

¹⁵⁸ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 287

CAPITOLO II

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

2.1. L'origine dell'istituto

Per lungo tempo, l'autonomia contrattuale è stata considerata un principio cardine dei sistemi giuridici di ispirazione liberale, secondo cui le parti contrattuali erano libere di determinare il contenuto del loro accordo senza interferenze statali. Tale approccio si basava sull'idea che il mercato, grazie all'incontro tra domanda e offerta, fosse capace di generare automaticamente prezzi equi e condizioni vantaggiose per entrambi i contraenti. L'unico limite all'autonomia contrattuale era di tipo procedurale, ossia volto a garantire che il contratto fosse concluso in condizioni di consapevolezza e in assenza di vizi della volontà, senza tenere in considerazione eventuali squilibri sostanziali tra le prestazioni.

Tuttavia, la realtà del mercato ha dimostrato i limiti di questa impostazione. Il modello teorico di concorrenza perfetta, nel quale gli operatori economici agiscono su un piano di parità e con informazioni simmetriche, è difficilmente riscontrabile nel mondo reale. Spesso si verificano distorsioni che alterano l'equilibrio del mercato, come, ad esempio, monopoli, oligopoli, cartelli tra imprese e pratiche commerciali scorrette. Inoltre, l'asimmetria informativa tra le parti può portare una di esse a trovarsi in una posizione di svantaggio negoziale. Questi fenomeni rappresentano dei veri e propri fallimenti del mercato (c.d. *market failures*), impedendo una corretta allocazione delle risorse e compromettendo la libertà contrattuale di una delle parti.

Di fronte a tali situazioni, l'intervento dello Stato diventa necessario per riequilibrare i rapporti contrattuali e garantire il corretto funzionamento del mercato. L'obiettivo non è quello di limitare la libertà economica, bensì di rimuovere quegli ostacoli che impediscono alle parti di esercitare un'autentica autonomia contrattuale. Questo approccio trova il suo fondamento nell'articolo 41 della Costituzione Italiana, che tutela la libertà di iniziativa economica ma ne subordina l'esercizio alla salvaguardia della concorrenza e dell'utilità sociale¹.

¹ L'art. 41 Cost. prevede che: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

In quest'ottica, trovano giustificazione taluni interventi normativi finalizzati alla correzione delle distorsioni del mercato e volti a tutelare i contraenti più deboli, tra i quali: la disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore, prevista attualmente dagli articoli dal 33 al 38 del Codice del Consumo (d.lg. n. 206 del 2005); la disciplina sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali, con particolare riferimento all'art. 7 del d.lg. n. 231 del 2002; l'abuso di posizione dominante, come disciplinato dalla l. n. 287 del 1990 (c.d. legge antitrust); la disciplina sull'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998.

L'insieme di questi interventi normativi non è finalizzato esclusivamente alla protezione della parte debole, ma si propone un obiettivo più ampio: garantire il corretto funzionamento del mercato e la libera concorrenza. Intervenire per limitare il potere contrattuale eccessivo di una parte non significa restringere l'autonomia contrattuale, bensì creare le condizioni affinché questa possa essere esercitata in modo autentico e libero.

Il mercato, per poter funzionare correttamente, deve garantire che nessuna delle parti contrattuali si trovi costretta ad accettare condizioni inique per mancanza di alternative o a causa di una posizione di debolezza strutturale. L'intervento normativo, quindi, non rappresenta una limitazione della libertà economica, ma una misura necessaria per preservarla. Solo garantendo che tutti gli operatori economici possano contrattare su basi eque è possibile assicurare una concorrenza effettiva e un mercato realmente libero.

Con particolare riferimento all'abuso di dipendenza economica, una delle parti, pur non essendo dominante sul mercato nel suo complesso, si trova in una posizione di forza nei confronti di un'altra impresa che non ha alternative commerciali valide. Ciò può portare l'impresa dipendente ad accettare condizioni contrattuali eccessivamente gravose, con il rischio di compromettere la sua competitività e sostenibilità economica.

Più specificamente, il fallimento del mercato che entra in gioco in ipotesi di abuso di dipendenza economica risiede nell'impossibilità o comunque nell'eccessiva onerosità, per l'impresa economicamente dipendente, di ricorrere a valide alternative sul mercato. L'impossibilità di accedere a tali alternative induce l'impresa debole a concludere contratti

eccessivamente gravosi, discriminatori, ovvero iniqui in suo sfavore e a vantaggio dell'impresa relativamente dominante².

2.2. La normativa di riferimento in Italia (art. 9 della l. n. 192 del 1998)

L'abuso di dipendenza economica è disciplinato dall'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, "*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*" (c.d. "legge sulla subfornitura").

La fattispecie in esame nasce dalla volontà del legislatore nazionale di attuare l'orientamento delineato a livello comunitario nella Raccomandazione della Commissione del 12 maggio 1995 (G.U.C.E. legge 10 giugno 1995, n. 127), relativa ai termini di pagamento nelle transazioni commerciali. Tale raccomandazione invitava gli Stati membri a adottare misure finalizzate a garantire la trasparenza dei termini di pagamento contrattuali e il loro rispetto da parte dei debitori, senza tuttavia compromettere l'autonomia negoziale delle imprese³.

Il percorso normativo che ha portato alla disciplina attuale dell'abuso di dipendenza economica è stato complesso e ha visto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) svolgere un ruolo significativo nella sua funzione consultiva.

Durante la XII legislatura, nello svolgimento dei lavori preparatori della legge sulla subfornitura, il legislatore intendeva considerare come abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 3, legge 10 ottobre 1990, n. 287, "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*", alcuni comportamenti pregiudizievoli posti in essere da committenti dotati di maggiore forza contrattuale rispetto ai subfornitori⁴. Infatti, l'intento era quello di ricomprendere l'abuso di dipendenza economica all'interno della disciplina delineata dalla l. n. 287 del 1990.

² ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2021, DOI: 10.4478/101969, 179

³ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica e la sua rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato*, 529

⁴ L'art. 3 della l. n. 287 del 1990 stabilisce che: «È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi».

Tuttavia, l'AGCM, consultata ex art. 22, l. n. 287 del 1990, suggerì al legislatore di riconsiderare tale scelta, evidenziando come il tentativo di garantire correttezza ed efficienza nei rapporti di subfornitura attraverso un'estensione della nozione di abuso di posizione dominante risultasse forzato e incoerente rispetto alla funzione pubblicistica di tutela del mercato⁵.

In particolare, nel parere del 20 giugno 1995 (Boll. n. 23/1995), l'Autorità osservò che: da un lato, alcuni rapporti di subfornitura iniqui, imposti a soggetti privi di alternative economiche, potevano già rientrare nella fattispecie di abuso di posizione dominante mediante un'appropriata e contestualizzata definizione del mercato rilevante; dall'altro lato, nei casi in cui lo squilibrio contrattuale non derivasse da una posizione dominante - in base alla definizione del diritto antitrust - l'applicazione dell'art. 3 l. n. 287 del 1990 sarebbe risultata non conforme né al testo letterale né alla *ratio* della disposizione⁶.

⁵ L'art. 22 l. n. 287 del 1990 prevede che: «L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto: a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita».

⁶ Nel bollettino settimanale n. 23 del 28 giugno del 1995, il Presidente dell'AGCM Giuliano Amato affermò che: «La prevista estensione della portata dell'articolo 3 della legge n. 287/90, contemplata dall'articolo 10 del disegno di legge, desta invece alcune perplessità nell'ottica della tutela del funzionamento del mercato, che inducono ad auspicarne un attento riesame. La necessità di prevedere dei rapporti contrattuali di subfornitura improntati a correttezza ed efficienza, che produce certamente effetti positivi per la concorrenzialità dei mercati, non può essere risolta dilatando in modo innaturale la nozione di abuso di posizione dominante. Quest'ultima fattispecie, che è costruita riprendendo quasi letteralmente l'art. 86 del Trattato di Roma, vieta comportamenti abusivi posti in essere da soggetti i quali godono di un potere di mercato tale da potere ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e avere la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. Peraltro, appare opportuno porre in evidenza che l'art. 3 della legge n. 287/90, che vieta l'abuso di posizione dominante, già contempla la possibilità di intervenire nei confronti di un'impresa la quale, benché non dotata di una posizione dominante nella vendita dei propri prodotti; tuttavia, detenga una posizione dominante dal lato della domanda nei confronti dei propri fornitori, in assenza di alternative economicamente significative per questi ultimi. È evidente, dunque, che rapporti di subfornitura non equi, laddove imposti a soggetti che non godono di possibilità economiche di scelta alternativa, possono ricadere, attraverso un'appropriata e contestualizzata definizione del mercato rilevante, nella fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Diverso è il caso in cui la non equità si verifichi nell'ambito di rapporti contrattuali di scambio bilaterale nei quali, pur in presenza di uno squilibrio tra le parti, che definisca ad esempio delle posizioni di dominanza relativa, non sia possibile identificare nella parte abusante una posizione dominante secondo il canone sopra descritto. Quindi, ove si ritenga che una normativa che garantisca in senso più ampio una maggiore equità nei rapporti contrattuali di subfornitura -stabilendo principi generali di correttezza, senza con ciò ledere l'autonomia contrattuale delle parti- rappresenti un ulteriore elemento costitutivo di un efficiente funzionamento del mercato, occorrerà identificare, come peraltro avvenuto in altri paesi comunitari, una specifica e distinta fattispecie che corrisponda a propri canoni ermeneutici. In base alle argomentazioni fin qui espresse, non appare al contrario condivisibile né da un punto di vista logico, né tantomeno da un punto di vista

L'AGCM ribadì tale posizione con il parere dell'11 febbraio 1998 (Boll. n. 5/1998), sottolineando che la dipendenza economica riguarda principalmente i rapporti contrattuali, basati sulla supremazia di un'impresa sull'altra, con finalità che non necessariamente incidono sui meccanismi concorrenziali del mercato rilevante⁷.

Alla luce di tali considerazioni, il legislatore decise di inserire la disciplina dell'abuso di dipendenza economica all'interno della normativa sulla subfornitura prevista dalla l. n. 192 del 1998.

L'articolo 9, in origine, stabiliva che: «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto

strettamente giuridico, l'unificazione in una medesima fattispecie di divieti rispondenti a presupposti e caratteristiche tra loro differenti».

⁷ Nel bollettino settimanale n. 5 del 16 febbraio 1998, il Presidente dell'AGCM Giovanni Palmerio affermò che: «L'articolo 9 della proposta di legge prevede la collocazione della norma relativa all'abuso di dipendenza economica all'interno della legge n. 287/90. Questa Autorità reputa impropria tale collocazione. Infatti, le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato. Inoltre, le norme nazionali sulla concorrenza hanno un preciso riferimento nell'ordinamento dell'Unione Europea. La stessa formulazione delle disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 riflette quasi letteralmente le corrispondenti norme comunitarie; per di più l'articolo 1, comma 4, della legge n. 287/90 vincola l'interpretazione delle disposizioni sostanziali della medesima legge ai principi elaborati in sede comunitaria. Viceversa, la norma dell'articolo 9 contenuta nella proposta di legge costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali. Inoltre, essa non ha alcun riscontro nell'ordinamento comunitario e affonda invece le radici nella tematica dell'equilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti. Le patologie di questo rapporto trovano rimedio nel divieto, e conseguente invalidità, di clausole vessatorie (come previsto dalle norme della proposta di legge) e nelle garanzie stabilite a favore della parte più debole. La loro disciplina pertanto va inquadrata nell'ambito delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti. Al riguardo l'Autorità segnala che le commissioni arbitrali presso le Camere di Commercio previste dall'articolo 10 della proposta di legge in esame (nei limiti in cui non integrino gli estremi di un arbitrato obbligatorio vietato dalla prevalente giurisprudenza della Corte Costituzionale), e il giudice ordinario appaiono adeguati a garantire, anche per la loro diffusione sul territorio, una efficace tutela del corretto equilibrio dei rapporti contrattuali tra le parti per quanto attiene alle fattispecie di esclusiva rilevanza civilistica. Infatti, qualora i comportamenti d'impresa che integrano l'abuso di dipendenza economica fossero posti in essere da un'impresa in posizione dominante sul mercato, l'articolo 3 della legge n. 287/90, unitamente all'articolo 86 del Trattato di Roma, già consente all'Autorità di intervenire efficacemente a salvaguardia delle imprese più deboli e dell'intero processo concorrenziale. Al riguardo è disponibile un'ampia casistica di decisioni dell'Autorità dalla quale si ricava che il rifiuto di contrarre, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie già rientrano nell'ambito di applicazione della legge n. 287/90. Ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/90, l'Autorità auspica che la figura dell'abuso di dipendenza economica, prevista dall'articolo 9 della proposta di legge n. 3509, non venga collocata all'interno della legge n. 287/90».

di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo»⁸.

Tuttavia, dopo poco più di un anno dall'entrata in vigore della l. n. 192 del 1998, l'attuazione pratica dell'art. 9 rivelò alcune criticità. Come emerse nel verbale della seduta della Commissione Industria (X) del Senato del 20 gennaio 2000, il fatto che l'abuso di dipendenza economica fosse disciplinato dal diritto civile implicava che la sua tutela fosse affidata esclusivamente all'iniziativa della parte lesa dinanzi al Giudice civile. Ciò ne limitava l'efficacia, poiché le imprese in stato di dipendenza economica, temendo di compromettere il rapporto commerciale, erano riluttanti a intraprendere un contenzioso giudiziario. La Commissione sottolineò come fosse evidente che le imprese subfornitrici preferissero preservare il rapporto piuttosto che adire le vie legali.

Da questa constatazione emerse la necessità di consentire l'intervento di un soggetto terzo, indipendente dalle parti, per l'attivazione della tutela contro l'abuso di dipendenza economica, come già previsto in ordinamenti quali quello tedesco e francese.

Tale esigenza fu accolta con un emendamento introdotto dall'art. 11, co. 2, legge 5 marzo 2001, n. 57, recante *"Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati"*. La rettifica aggiunse all'art. 9, l. n. 192 del 1998 il comma 3-bis, secondo il quale: *«Ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della legge n. 287/1990, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'art. 15 legge n. 287/1990, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso»⁹.*

Contestualmente, la l. n. 57 del 2001 introdusse un nuovo periodo all'art. 9, co. 3, l. n. 192 del 1998, precisando che: *«Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni»¹⁰.* Tale integrazione contribuì a superare i dubbi esistenti sulla

⁸ Art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192

⁹ Art. 9, co. 3-bis, l. 18 giugno 1998, n. 192

¹⁰ Art. 9, co. 3, l. 18 giugno 1998, n. 192

possibilità, per le imprese in stato di dipendenza economica, di rivolgersi al Giudice civile per ottenere, oltre alla dichiarazione di nullità del patto abusivo, anche l'inibitoria dell'abuso e il risarcimento dei danni subiti.

Ulteriori modifiche alla normativa si resero necessarie prima di giungere all'attuale formulazione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura. In particolare, l'art. 10, co. 2, legge 11 novembre 2011, n. 180, intitolata *"Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese"*, introdusse un'importante integrazione al comma 3-bis dell'articolo in questione, stabilendo che: *«In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 23, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica»*¹¹.

La fattispecie delineata nell'ultimo periodo del comma 3-bis si concretizza esclusivamente sulla base della violazione delle disposizioni contenute nell'art. 4, co. 2 e 3, del d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, concernente l'attuazione della direttiva 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Inoltre, l'art. 10, co. 3, l. n. 180 del 2011 ha riconosciuto, anche in caso di abuso di dipendenza economica, nell'ipotesi di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al d.lg. n. 231 del 2002, la legittimazione ad agire in giudizio alle associazioni di categoria rappresentate in almeno cinque Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), nonché alle loro articolazioni territoriali e di categoria, per tutelare sia i membri delle categorie rappresentate che gli interessi omogenei di alcuni soggetti specifici. Tale modifica mirava a rendere ancora più efficace la tutela contro l'abuso di dipendenza economica, superando le difficoltà che le singole imprese, spesso riluttanti ad agire autonomamente avverso controparti più forti, incontravano nella pratica¹².

Infine, la legge 5 agosto 2022, n. 118 *"Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"*, all'art. 33, rubricato *"Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica"* ha ulteriormente emendato l'art. 9, l. n. 192 del 1998 aggiungendo al primo comma, con decorrenza dal 31 ottobre 2022, quanto segue: *«Salvo prova contraria, si*

¹¹ Art. 9, co. 3-bis, l. 18 giugno 1998, n. 192

¹² MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: fra diritto civile e diritto della concorrenza*, 59-112

*presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»¹³. Questa innovazione introduce una presunzione relativa (*iuris tantum*) di dipendenza economica, agevolando le imprese nella dimostrazione della propria posizione subordinata rispetto alle piattaforme digitali. Si tratta di una modifica volta a rendere più efficace il contrasto agli squilibri di potere nei mercati digitali, considerando che, sebbene queste piattaforme non detengano necessariamente una posizione dominante in senso assoluto, il loro ruolo di intermediari può risultare imprescindibile per determinate categorie di imprese. Tuttavia, la norma lascia comunque spazio alla piattaforma di dimostrare il contrario, ovverossia l'esistenza di alternative soddisfacenti per l'impresa asseritamente dipendente¹⁴.*

Inoltre, l'art. 33, co. 3, l. n. 118 del 2022 precisa che: «La Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero della giustizia e sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, può adottare apposite linee guida dirette a facilitare l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1, in coerenza con i principi della normativa europea, anche al fine di prevenire il contenzioso e favorire buone pratiche di mercato in materia di concorrenza e libero esercizio dell'attività economica»¹⁵.

L'introduzione della possibilità di emanare linee guida rappresenta un ulteriore strumento volto a chiarire l'interpretazione e l'applicazione della norma, prevenendo possibili incertezze applicative e garantendo maggiore uniformità nell'accertamento dell'abuso di dipendenza economica. La previsione mira anche a limitare il contenzioso, offrendo indicazioni agli operatori economici e incoraggiando pratiche di mercato più equilibrate, in linea con la disciplina europea sulla concorrenza¹⁶.

Il secondo comma dell'art. 9, l. n. 192 del 1998 è stato implementato prevedendo che: «Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla

¹³ Art. 33, co. 1, lett. a, l. n. 118 del 2022

¹⁴ BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali (art. 33 l. 5 agosto 2022, n. 118, che modifica l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1/2023, 39, ivi 51 ss.

¹⁵ Art. 33, co. 3, l. n. 118 del 2022

¹⁶ BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, 55 ss.

*qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere»¹⁷. Con questa modifica, il legislatore ha individuato specifiche condotte abusive tipiche delle piattaforme digitali, facilitando l'accertamento delle violazioni e rendendo più efficace la tutela delle imprese economicamente dipendenti. In particolare, la norma vieta comportamenti che limitano la trasparenza riguardo le informazioni relative ai servizi offerti, la richiesta di prestazioni unilaterali non giustificate e pratiche che impediscono alle imprese di rivolgersi a fornitori alternativi. Queste tipologie di abuso mirano a contrastare le strategie delle piattaforme digitali che, sfruttando la loro posizione, impongono condizioni contrattuali svantaggiose o ostacolano la concorrenza attraverso meccanismi di *lock-in*, rendendo più difficile per le imprese cambiare fornitore di servizi digitali¹⁸.*

In ultimo, al terzo comma dell'art. 9, l. n. 192 del 1998 è stato aggiunto che: «*Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168*»¹⁹. L'attribuzione della competenza esclusiva alle sezioni specializzate in materia di impresa risponde all'esigenza di garantire un'interpretazione uniforme della disciplina e di affidare la trattazione delle controversie a giudici con specifiche competenze nel diritto della concorrenza e nei mercati digitali. Questo intervento elimina le incertezze applicative legate alla precedente distinzione tra abusi di rilevanza esclusivamente privatistica e abusi di rilevanza concorrenziale, garantendo un approccio più omogeneo e qualificato. La specializzazione del foro competente si allinea anche alla crescente attenzione delle autorità di concorrenza nei confronti degli squilibri di potere nei mercati digitali, contribuendo a una maggiore certezza giuridica e ad una più efficace tutela delle imprese²⁰.

¹⁷ Art. 33, co. 1, lett. b, l. n. 118 del 2022

¹⁸ BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, 60 ss.

¹⁹ Art. 33, co. 1, lett. c, l. n. 118 del 2022

²⁰ BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, 74 ss.

Queste modifiche nel loro complesso rappresentano un significativo passo avanti nel rafforzamento della disciplina dell'abuso di dipendenza economica, con particolare riferimento all'intermediazione digitale, in un contesto economico sempre più caratterizzato dall'ascesa delle piattaforme digitali come attori centrali nelle dinamiche di mercato²¹.

2.3. Analisi comparata: l'ordinamento tedesco e l'ordinamento francese

Il tema degli squilibri contrattuali e dell'abuso di dipendenza economica è affrontato da tempo in diversi ordinamenti europei.

In particolare, in Germania, l'art. 20, paragrafo 1 (*Absatz 1*), della legge sulla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB) vieta alle imprese in posizione dominante di ostacolare ingiustificatamente l'attività di altre imprese o di discriminarle, sia direttamente che indirettamente. Il secondo paragrafo (*Absatz 2*) estende tale divieto anche alle imprese che esercitano un potere contrattuale nei confronti di piccoli e medi fornitori o acquirenti, qualora questi ultimi non dispongano di alternative sufficienti e ragionevoli per negoziare con altri operatori economici. In modo analogo, il terzo paragrafo (*Absatz 3*) vieta alle imprese forti di sfruttare la propria posizione per imporre condizioni contrattuali vantaggiose, ma non oggettivamente giustificate, alle controparti più deboli²².

La disciplina antimonopolistica tedesca è stata riformata con la sesta novella entrata in vigore il 1° gennaio 1999. Tale intervento ha esteso i divieti di trattamento discriminatorio e di impedimento all'accesso al mercato anche alle situazioni in cui piccole e medie imprese si trovino in una condizione di dipendenza economica nei confronti di fornitori o acquirenti, qualora non dispongano di soluzioni contrattuali alternative sufficienti e ragionevoli. In tali circostanze, la dipendenza economica si presume quando un acquirente beneficia regolarmente di condizioni di favore non concesse ad altri.

L'articolo 20 del GWB individua due parametri fondamentali per valutare la dipendenza economica. Il primo, di natura soggettiva, riguarda la possibilità, per l'impresa presunta dipendente, di accedere a canali di distribuzione o approvvigionamento alternativi senza compromettere la propria capacità competitiva. Il secondo, di carattere oggettivo, si

²¹ *Ibidem*, 51 ss.

²² SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 528.

riferisce alla presenza effettiva sul mercato di beni o servizi sostituibili. La giurisprudenza tedesca ha ulteriormente sviluppato il concetto, distinguendo diverse tipologie di dipendenza economica: quella derivante da rapporti commerciali, che si verifica quando un'impresa investe risorse significative in relazioni contrattuali di lunga durata; la dipendenza per scarsità o penuria, che emerge in situazioni di crisi nella produzione o fornitura di materie prime; la dipendenza per forza d'acquisto, che si manifesta quando il fornitore concentra la propria produzione su un unico acquirente o distribuisce i propri prodotti tramite un solo canale; e la dipendenza per assortimento, tipica dei distributori che necessitano di prodotti di marca per soddisfare la domanda della clientela, soprattutto in assenza di alternative equivalenti o quando l'assenza di determinati beni compromette la competitività complessiva dell'offerta.

Analogamente, anche la Francia ha affrontato il tema della dipendenza economica con un approccio inizialmente simile al modello tedesco, successivamente modificato per superare le difficoltà applicative emerse nella prassi. La disciplina è stata introdotta con l'*Ordonnance* n. 1243 del 1986, che, attraverso l'articolo 8-2, vietava lo sfruttamento abusivo della condizione di dipendenza economica di un'impresa cliente o fornitrice priva di soluzioni equivalenti. Tale abuso era considerato illecito se volto a falsare la concorrenza e poteva concretizzarsi nel rifiuto di vendita, nella vendita vincolata, in condizioni discriminatorie o nella rottura ingiustificata di rapporti commerciali. La giurisprudenza ha definito i criteri per accertare la dipendenza economica, considerando fattori come, ad esempio, la notorietà del marchio, la quota di mercato, il fatturato generato con un singolo partner e l'assenza di alternative praticabili. Tuttavia, la difficoltà nell'applicazione pratica della norma ha portato alla *Loi n. 2001-420*, che ha modificato l'articolo L 420-2 del *Code de commerce*. Le principali innovazioni hanno riguardato l'eliminazione del requisito delle alternative equivalenti, la soppressione della rottura ingiustificata dei rapporti come condotta abusiva e la semplificazione del criterio di valutazione degli effetti anticoncorrenziali, richiedendo soltanto che la condotta sia "suscettibile" di alterare la struttura del mercato. Il rinvio all'articolo L 442-6 ha inoltre introdotto un regime parallelo, che consente di sanzionare pratiche abusive

indipendentemente dagli effetti concorrenziali, determinando così un doppio binario che distingue la tutela della concorrenza da quella dei singoli operatori economici²³.

La normativa italiana relativa all'abuso di dipendenza economica si ispira chiaramente ai modelli tedesco e francese. Tuttavia, l'esperienza tedesca risulta particolarmente rilevante, non soltanto perché ha influenzato gli altri legislatori, ma anche perché il divieto di abuso di dipendenza economica è stato uno dei più applicati nell'ambito della legge antitrust tedesca. Nei lavori preparatori della norma italiana, infatti, il riferimento al diritto tedesco è esplicito e costante.

Anche la disciplina francese è stata considerata come fonte di ispirazione, sebbene essa stessa derivi, almeno in parte, dalla normativa tedesca, che ne ha influenzato l'interpretazione. In particolare, l'esperienza francese offre spunti utili per valutare il requisito dell'impatto sulla concorrenza e sul mercato, elemento cruciale per l'applicazione della norma italiana.

La formulazione dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998 ricalca fedelmente quella delle corrispondenti disposizioni straniere, come dimostrato dal richiamo esplicito al paragrafo 2 (*Absatz 2*) dell'articolo 20 del GWB (già §26 GWB prima della riforma del 1999). Questo riferimento lascia intendere che il legislatore italiano abbia inteso non solo adottare il testo normativo, ma anche considerare la prassi applicativa sviluppata in Germania. Tuttavia, tale approccio non si limita a un semplice trasferimento normativo (*Legal transplant*), poiché l'interpretazione della disposizione italiana deve necessariamente essere adattata al contesto sistematico nazionale in cui si inserisce.

Per queste ragioni, l'esperienza comparatistica deve essere considerata come uno strumento di confronto e supporto interpretativo, e non come un modello da applicare automaticamente, garantendo così un'armonizzazione coerente con l'ordinamento giuridico italiano²⁴.

2.4. L'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998

L'ambito di applicazione soggettivo dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura si concentra sull'individuazione dei soggetti coinvolti nel divieto di abuso di dipendenza economica, ponendo particolare attenzione alla definizione di "impresa".

²³ COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, 113-119

²⁴ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 88-99

Il nodo centrale riguarda la scelta tra la tradizionale nozione civilistica di imprenditore, delineata dagli artt. 2082 ss. c.c., e quella più ampia e funzionale propria del diritto della concorrenza. Quest'ultima, preferita tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, identifica l'impresa come un'unità economica che opera sul mercato, indipendentemente dalla sua forma giuridica, dalla natura pubblica o privata e dalle modalità di finanziamento. In questa prospettiva, qualsiasi entità che svolga un'attività economica finalizzata alla cessione di beni o servizi può essere considerata impresa, mentre restano escluse le attività puramente erogative o autoritative²⁵.

L'adozione di questo approccio sostanzialistico comporta una possibile divergenza tra l'impresa e il soggetto giuridico che la rappresenta, consentendo di attribuire l'abuso non solo alla parte formalmente coinvolta nel contratto, ma anche ad altri soggetti che, pur non essendo contraenti diretti, beneficiano della condotta abusiva. Si pensi, ad esempio, al caso della *holding* di un gruppo societario o di una società terza collegata all'impresa dominante. In questa direzione si è espressa la giurisprudenza, come evidenziato dalla sentenza del Tribunale di Torino, Sezione Specializzata Impresa, n. 2952 del 6 giugno 2017, secondo cui l'impresa deve essere intesa come «*unità economica complessivamente intesa*», prescindendo dalla formale separazione tra le singole società appartenenti a un medesimo gruppo²⁶. Inoltre, la Corte di Cassazione ha chiarito che la responsabilità per abuso di dipendenza economica non si limita al singolo rapporto contrattuale, ma può estendersi a soggetti terzi che, in virtù di vincoli giuridici, azionari o economici con l'autore dell'abuso, traggano vantaggio dalla condotta illecita²⁷.

Anche per quanto riguarda l'individuazione dell'impresa debole, sebbene la lettera dell'art. 9 l. n. 192 del 1998 sembri riferirsi principalmente alla parte contrattuale, la giurisprudenza ha ampliato l'orizzonte interpretativo, riconoscendo la possibilità che il pregiudizio economico colpisca soggetti terzi. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'abuso

²⁵ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 99-102

²⁶ Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, in *Giur. comm.*, 2019, 4, II, 828, con nota di CALABRESE, *Subfornitura tra gruppi di società e abuso di dipendenza economica*. «Destinataria della disciplina in materia di abuso di dipendenza economica è l'impresa quale unità economica complessivamente intesa, conformemente all'accezione mutuata dal diritto della concorrenza, che prescinde dalla formale separazione tra le singole società appartenenti a un medesimo gruppo».

²⁷ Cass. civ., Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti* 2015, III, 241, con nota di LAMICELA «*L'abuso di dipendenza economica di cui alla L. n. 192 del 1998, art. 9, può quindi venire in considerazione in un ambito più ampio di quello formato dalle parti del singolo contratto, per estendersi al rapporto commerciale più complesso in cui esso si inserisca, qualora proprio tramite un tale rapporto si realizzi l'abuso*».

provochi la svalutazione delle partecipazioni di un'impresa collegata alla parte debole o alla situazione di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI), dove considerare parte contrattuale solo il soggetto che ha sottoscritto il contratto rischierebbe di privare di tutela le altre imprese coinvolte²⁸.

In definitiva, l'individuazione dei soggetti rilevanti non può basarsi esclusivamente sulla formalità del contratto, ma richiede un'analisi concreta delle dinamiche economiche del rapporto, valutando caso per caso chi effettivamente esercita una posizione di forza o subisce una condizione di dipendenza²⁹.

2.5. L'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998

L'ambito di applicazione oggettivo dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura è stato oggetto di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, incentrato sulla possibilità di estendere la tutela oltre il contesto specifico dei contratti di subfornitura.

Inizialmente, una parte della dottrina e della giurisprudenza sosteneva un'interpretazione restrittiva, basata sul fatto che l'inserimento della norma all'interno della legge sulla subfornitura implicasse la sua applicabilità esclusiva ai rapporti tra committente e subfornitore. Tale impostazione trovava fondamento non solo nella collocazione normativa, ma anche nei lavori preparatori della legge, che sembravano evidenziare come l'obiettivo primario fosse quello di riequilibrare la relazione contrattuale tipica della subfornitura, caratterizzata da uno strutturale squilibrio di potere tra le parti³⁰. La giurisprudenza di merito ha inizialmente aderito a tale visione, come dimostrano le pronunce del Tribunale di Bari del 2002 e del Tribunale di Taranto del 2003³¹. Entrambe escludevano l'applicabilità dell'art. 9 l. n. 192 del 1998 al di fuori dei rapporti di subfornitura, ritenendo che un'interpretazione estensiva avrebbe comportato un'eccessiva ingerenza del giudice nei rapporti contrattuali tra imprese, attribuendogli poteri di natura eccezionale che avrebbero richiesto un'interpretazione di stretta applicazione³². I sostenitori della tesi restrittiva sottolineavano, inoltre, come l'estensione della disciplina avrebbe comportato un'irragionevole disparità di trattamento tra

²⁸ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 534-535

²⁹ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 99-102

³⁰ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 197-199

³¹ Trib. Bari, ord., 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208 e Trib. Taranto, ord., 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, cc. 262 ss.

³² ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 197-199

l'impresa "debole", tutelata dall'articolo 9, e il consumatore, tutelato dalla disciplina consumeristica, la quale prevede che il carattere abusivo delle clausole contrattuali venga meno qualora siano state oggetto di specifica negoziazione tra le parti³³.

Tuttavia, tale orientamento è stato fortemente criticato da un'altra parte della dottrina, che ha evidenziato come la collocazione della norma nella legge sulla subfornitura non fosse sufficiente a limitarne la portata applicativa. Secondo questa prospettiva, il dato letterale della disposizione, che utilizza espressioni generiche come "impresa cliente" e "impresa fornitrice" anziché i termini specifici di "committente" e "subfornitore", dimostra la volontà del legislatore di disciplinare una fattispecie di applicazione generale, non limitata ai soli rapporti di subfornitura³⁴.

La svolta decisiva si è avuta con la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2011, che ha chiarito come l'abuso di dipendenza economica disciplinato dall'art. 9 della l. n. 192 del 1998 costituisca una fattispecie di applicazione generale, applicabile a qualsiasi rapporto commerciale tra imprese, indipendentemente dalla sussistenza di un contratto di subfornitura. La Corte ha sottolineato come il dato testuale della norma, riferendosi genericamente a "imprese clienti" e "fornitrici", senza menzionare il rapporto di subfornitura, indichi chiaramente la volontà del legislatore di estendere la tutela a tutte le relazioni commerciali caratterizzate da uno squilibrio di potere tra le parti³⁵.

Successivamente, la giurisprudenza si è uniformata a tale interpretazione, riconoscendo la possibilità di applicare l'articolo 9 a qualsiasi rapporto tra imprese caratterizzato da una relazione di dipendenza economica. Anche l'AGCM ha contribuito a consolidare questa visione, applicando la disciplina al di fuori del contesto della subfornitura³⁶.

L'estensione della portata della norma ha trovato un'addizionale conferma nella legge 22 maggio 2017, n. 81, c.d. *Jobs Act* del lavoro autonomo, che ha espressamente previsto

³³ RINALDI R. e TURITTO F.R., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, 125

³⁴ MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, 59-112

³⁵ Cass. civ., S. U., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova Giur. Civ.* 2012, 1, 4, 298, con nota di ROMANO. «L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/1998 configura una fattispecie di applicazione generale, la quale presuppone la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice e l'abuso che di tale situazione venga fatto».

³⁶ MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, 59-112

l'applicazione dell'art. 9 l. n. 192 del 1998 anche ai lavoratori autonomi, purché compatibile con la loro posizione giuridica³⁷.

Si rileva, tuttavia, anche un ulteriore orientamento, che può dirsi intermedio rispetto ai due sopra citati. Secondo tale indirizzo, l'ambito di applicazione dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998, seppur non confinato ai soli rapporti di subfornitura, non può essere esteso indiscriminatamente a qualsiasi ipotesi di dipendenza economica tra imprese, indipendentemente dal rapporto che la determina. Come sottolineato dalla dottrina e ribadito dalla giurisprudenza, si tratta pur sempre di una disposizione inserita in una normativa di settore che, esprimendo un potere invasivo del giudice sul piano dell'autonomia negoziale, fa riferimento a situazioni di dipendenza economica non considerate in senso assoluto e generalizzato, come accade per la disciplina dell'abuso di posizione dominante, bensì in relazione a specifici rapporti commerciali in cui un'impresa può determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi nei confronti di un'altra³⁸. In particolare, secondo una parte della giurisprudenza, il legislatore, nel disciplinare l'abuso di dipendenza economica, non avrebbe inteso prendere in considerazione ogni situazione di squilibrio tra imprese, ma solo quelle che, analogamente alla subfornitura, si inseriscono in un contesto di integrazione verticale delle rispettive attività, finalizzato alla realizzazione di un unico processo economico³⁹. Secondo tale impostazione, dunque, estendere la disciplina dell'abuso di dipendenza economica a tutti i rapporti negoziali tra imprese caratterizzati da uno squilibrio contrattuale costituirebbe un'interpretazione eccessiva, non conforme alla volontà del legislatore⁴⁰.

In conclusione, l'ambito di applicazione oggettivo dell'art 9, l. n. 192 del 1998 si è progressivamente ampliato, includendo qualsiasi rapporto commerciale tra imprese in cui si verifichi uno squilibrio significativo di diritti e obblighi. Tale evoluzione è stata determinata principalmente dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente, che hanno

³⁷ In particolare, l'art. 3, co. 4, l. 22 maggio 2017, n. 81 stabilisce che: «Ai rapporti contrattuali di cui al presente capo si applica, in quanto compatibile, l'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica».

³⁸ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 537

³⁹ Trib. Roma, Sez. III, 5 febbraio 2008, n. 2688, in *Giur. It.*, 2009, 1, 109, con nota di WEIGMANN. «La nullità del patto attraverso cui si realizza un abuso di dipendenza economica è comminata da una normativa settoriale riferibile, oltre che alla subfornitura, a tutti i rapporti che realizzano un'integrazione verticale nel processo produttivo o distributivo fra più imprese, ma non può estendersi in via generale ad altre ipotesi di dipendenza economica che possono determinare uno squilibrio fra le posizioni contrattuali, ad esempio nei rapporti verso la banca finanziatrice».

⁴⁰ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 537

interpretato la norma come una disposizione a vocazione generale, espressione dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti commerciali, nonché del dovere di solidarietà sancito dall'articolo 2 della Costituzione⁴¹.

2.6. La dipendenza economica

L'articolo 9 della legge sulla subfornitura non sanziona la disparità di forza contrattuale tra le imprese poiché tale asimmetria è una caratteristica intrinseca dei mercati e può derivare, ad esempio, dall'inefficienza del contraente più debole o da una situazione strutturale di crisi del mercato. Un'impresa con maggiore potere contrattuale può infatti imporre determinate condizioni commerciali o adottare comportamenti sfavorevoli alla controparte anche in assenza di una relazione di dipendenza economica tra le parti⁴².

Come evidenziato dalla Corte di Cassazione, la libertà d'impresa è tutelata anche nei confronti dell'impresa dominante, ma solo fino a quando quest'ultima non si appropri indebitamente del profitto che, secondo l'accordo iniziale, sarebbe spettato alla controparte. In particolare, viene sanzionato il comportamento dell'impresa dominante qualora risulti privo di una giustificazione oggettiva e non trovi fondamento nelle esigenze economiche, industriali o tecniche connesse ai propri processi produttivi o distributivi, mirando invece a sottrarre il legittimo margine di profitto dell'altro operatore economico⁴³.

L'istituto giuridico dell'abuso di dipendenza economica può essere idealmente scomposto in due fasi distinte, entrambe necessarie affinché si configuri la fattispecie: la

⁴¹ LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm: i casi Poste Italiane, Benetton e McDonald's*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/2022, DOI: 10.1434/104870, 177, ivi 178-179

⁴² SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 537-538

⁴³ Cass. Civ., Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184, in *Giust. civ. Mass.*, 2020. «In tema di contratto di fornitura, l'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è nozione indeterminata il cui accertamento postula l'enucleazione della causa concreta della singola operazione che il complessivo regolamento negoziale realizza, secondo un criterio teleologico di valutazione, in via di fatto, della liceità dell'interesse in vista del quale il comportamento è stato tenuto; nell'applicazione della norma è pertanto necessario: 1) quanto alla sussistenza della situazione di "dipendenza economica", indagare se lo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti sia "eccessivo", essendo il contraente che lo subisce privo di reali alternative economiche sul mercato (p. es., perché impossibilitato a differenziare agevolmente la propria attività o per avere adeguato l'organizzazione e gli investimenti in vista di quel rapporto); 2) quanto all'"abuso", indagare la condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero l'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse dell'impresa dominante (quale, p. es., modificare le proprie strategie di espansione, adattare il tipo o la quantità di prodotto, o anche spuntare migliori condizioni), mirando la condotta soltanto ad appropriarsi del margine di profitto altrui».

prima fase è rappresentata dalla dipendenza economica in sé, mentre la seconda è costituita dal concreto abuso di tale dipendenza.

La dipendenza economica può essere definita come la situazione nella quale un soggetto economico si trova a dover contrattare con un'altra impresa che, nei suoi confronti, si pone come monopolista o quasi monopolista, traducendosi in un significativo squilibrio del potere contrattuale⁴⁴. Secondo la giurisprudenza, la dipendenza economica si concretizza nella astratta capacità di un'impresa di esercitare il proprio potere contrattuale in modo da imporre a un'altra condizioni particolarmente gravose e squilibrate, a proprio esclusivo vantaggio. Il termine "astratta" risulta particolarmente significativo poiché sottolinea come la dipendenza economica non implichi necessariamente un abuso effettivo, ma rappresenti una potenzialità di abuso, ossia la possibilità concreta che l'impresa dominante sfrutti la propria posizione per ottenere vantaggi ingiustificati⁴⁵.

Ai fini dell'accertamento della dipendenza economica, i criteri previsti dalla legge sono due: da un lato, la possibilità, per l'impresa dominante, di determinare nei rapporti commerciali con la controparte un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi (art. 9, co. 1, secondo periodo, l. n. 192 del 1998); dall'altro, la «*reale possibilità*», per l'impresa dipendente, «*di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*» (art. 9, co. 1, terzo periodo, l. n. 192 del 1998)⁴⁶.

La dottrina non presenta un orientamento univoco in merito all'interpretazione di tali criteri. In particolare, si possono individuare tre diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento, la rilevanza dell'abuso si fonderebbe esclusivamente sulla mancanza di alternative soddisfacenti per la parte che lo subisce, ritenendo tale requisito condizione necessaria e sufficiente per la configurabilità della dipendenza economica.

Un secondo orientamento, invece, valorizza l'utilizzo della congiunzione «*anche*» («*tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*») da parte del legislatore nella formulazione dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998, sostenendo che l'assenza di alternative soddisfacenti non costituisca l'unico parametro utile ai fini dell'accertamento della dipendenza economica, ma debba essere considerata congiuntamente ad altri elementi.

⁴⁴ DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, 1

⁴⁵ Trib. Bari, ord., 17 gennaio 2005, in *Contratti*, 2005, 10, 893, con nota di NATALI.

⁴⁶ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 121-122

Infine, un terzo filone dottrinale individua la condizione di rilevanza dell'abuso nel mero verificarsi di quest'ultimo, prescindendo dall'analisi della situazione di dipendenza economica della parte lesa. Tale impostazione, tuttavia, non appare condivisibile, in quanto contrastante con il dato normativo. L'articolo 9, infatti, non vieta genericamente l'abuso, bensì l'abuso di una situazione di dipendenza economica, la cui sussistenza deve necessariamente essere accertata in via preliminare.

In merito al secondo orientamento, che sottolinea l'importanza di tenere conto di entrambi i criteri previsti dalla legge nell'accertamento della dipendenza economica, l'utilizzo della congiunzione «*anche*», svolge la funzione di collegare l'ultima parte del primo comma con la sezione immediatamente precedente.

Dal punto di vista del legislatore, dunque, le condizioni rilevanti per la configurazione dell'abuso non si esauriscono nell'assenza di alternative soddisfacenti per la parte che lo subisce, ma comprendono anche la capacità di un'impresa di imporre un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi nei rapporti commerciali con un'altra impresa⁴⁷.

Ciò, viene confermato anche dalla giurisprudenza che afferma che «*per valutare la sussistenza di una dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998, è necessario indagare se lo squilibrio dei diritti e obblighi delle parti sia eccessivo e se il contraente soggetto a tale squilibrio sia privo di reali alternative economiche sul mercato. Ciò implica una coerente analisi economica del diritto, considerando l'impossibilità del contraente dipendente di differenziare agevolmente la propria attività o l'adeguamento della propria organizzazione e investimenti in vista di quel rapporto*»⁴⁸.

Secondo questa ricostruzione, dunque, la dipendenza economica non si verificherebbe solo quando, nelle relazioni commerciali tra due imprese, una delle due non sia in grado di trovare valide alternative sul mercato, ma andrebbe piuttosto correlata alla capacità dell'impresa "forte" di imporre all'altra un eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi⁴⁹.

2.6.1. L'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi

Il criterio dell'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi è originale rispetto alle fattispecie tedesca e francese dell'abuso di dipendenza economica. Tale criterio è menzionato anche nel primo comma dell'art. 33 cod. cons., il quale pone l'attenzione

⁴⁷ MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica*, 59-112

⁴⁸ Cass. civ., Sez. III, ord., 22 luglio 2024, n. 20270, in Mass. redaz., 2024.

⁴⁹ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 192

sulla tutela del contraente debole, prevedendo che: «*nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*»⁵⁰.

In tema di eccessivo squilibrio, in dottrina si registrano due opinioni contrapposte: da una parte, lo squilibrio di diritti e di obblighi menzionato dalla norma in esame dovrebbe riferirsi esclusivamente ai diritti e agli obblighi derivanti dal contratto, ovverosia al rapporto tra prestazione e controprestazione. In questa prospettiva, un'impresa capace di determinare un eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi disporrebbe di un potere economico e contrattuale tale da imporre, in un ipotetico contratto con un cliente o un fornitore, il prezzo della prestazione senza tenere conto di quello praticato in un regime concorrenziale⁵¹.

Dall'altra parte, l'opinione contraria, sostiene che l'eccessivo squilibrio non dovrebbe limitarsi al solo rapporto tra prestazione e controprestazione, ma potrebbe derivare anche da altri fattori quali l'imposizione di termini di adempimento eccessivamente lunghi a vantaggio dell'impresa dominante o mediante la previsione di recessi *ad nutum*, che lascerebbero l'impresa dipendente priva di tutela nei rapporti di durata. Da ciò ne conseguirebbe che, anche in presenza di un rapporto prestazione-controprestazione apparentemente equilibrato, il contratto potrebbe comunque risultare squilibrato nel suo complesso⁵².

Il criterio dell'eccessivo squilibrio, pur essendo piuttosto indeterminato, assolve la funzione di individuare situazioni di dipendenza non riconducibili direttamente alla mancanza di alternative. Questo criterio non richiede la prova di uno squilibrio effettivo, ma solo una valutazione prognostica della sua possibile imposizione. Ciò, è confermato dall'art. 9, co. 1, l. n. 192 del 1998, che fa riferimento alla possibilità di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi e non all'effettivo verificarsi di tale situazione. In questo senso, non ha rilevanza determinare se l'eccessivo squilibrio sia di carattere normativo o anche economico. Pertanto, l'applicazione del criterio dovrebbe focalizzarsi sulla capacità dell'impresa dominante di imporre condizioni contrattuali sfavorevoli che

⁵⁰ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 122

⁵¹ PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, 389, ivi 400

⁵² NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, 240

la controparte, se libera, non accetterebbe. Tuttavia, la dipendenza economica non si esaurisce nella semplice imposizione di clausole svantaggiose, ma richiede un nesso causale tra l'abuso e la condizione di soggezione dell'impresa debole. Si potrebbe in tal senso sostenere che la *«dipendenza si verifica quando un'impresa versa in una situazione tale, da non potersi sottrarre ai comportamenti pregiudizievoli, realizzati in suo danno dalla controparte»*⁵³.

Per quanto concerne l'interpretazione di tale criterio, esso presenta un elemento di circolarità nella sua definizione giuridica. Da un lato, la possibilità di uno squilibrio eccessivo contribuisce a determinare lo stato di dipendenza di una parte; dall'altro lato, l'abuso può manifestarsi proprio nell'imposizione di condizioni contrattuali eccessivamente gravose. In entrambi i casi, quindi, si riscontra un'iniquità che, nel primo caso, assume una valenza ipotetica, mentre nel secondo si concretizza in modo effettivo. Tuttavia, il rischio è che la presenza concreta di clausole, contratti o intere operazioni squilibrate venga direttamente interpretata come indice della dipendenza della parte svantaggiata. In questo modo, la dipendenza di una parte, e dunque la posizione dominante dell'altra, sarebbe rilevata sulla base di un presunto comportamento di quest'ultima, per poi qualificarlo come abusivo unicamente perché posto in essere da un'impresa dominante. In tal caso, ad essere vietato sarebbe lo squilibrio contrattuale, indipendentemente dalle rispettive posizioni di forza delle parti. Una simile conclusione risulterebbe chiaramente incompatibile con la scelta del legislatore di subordinare il divieto alla condizione di soggezione di una parte rispetto all'altra. Tale scelta, a sua volta, si inserisce coerentemente nel nostro ordinamento, improntato a un sistema di economia di mercato basato sui principi dell'autonomia privata e della libertà di concorrenza.

In definitiva, il divieto non può essere svincolato dalle condizioni soggettive ed oggettive nelle quali si realizza lo scambio e il criterio dell'eccessivo squilibrio non è di per sé sufficiente a dimostrare la dipendenza economica, ma costituisce un indizio utile da valutare insieme ad altri elementi concreti del rapporto contrattuale, tra cui la mancanza di alternative soddisfacenti⁵⁴.

⁵³ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., 126

⁵⁴ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 123-128

2.6.2. La mancanza di alternative soddisfacenti

Avendo il criterio dell'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi contrattuali un valore meramente indiziario della sussistenza di una situazione di dipendenza economica, ai fini dell'applicazione del divieto *ex art. 9 l. n. 192 del 1998*, risulta necessaria un'indagine di carattere retrospettivo, volta ad accertare se, nel momento in cui il contratto è stato stipulato, l'imprenditore che si trovi in posizione di svantaggio disponesse effettivamente della possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Esclusivamente laddove tale verifica conduca ad esito negativo, potrà dirsi integrato il presupposto per l'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica. Si rende, quindi, indispensabile stabilire se l'iniquità dell'assetto privatistico degli interessi derivi da un'errata valutazione della convenienza dell'affare da parte dell'imprenditore, ovvero dalla concreta impossibilità di accedere a soluzioni alternative idonee.

Poiché l'accertamento della dipendenza economica e, dunque, della posizione di debolezza del contraente, impone di analizzare le concrete alternative disponibili sul mercato, si esclude che l'art. 9 l. n. 192 del 1998 abbia introdotto, per finalità solidaristiche, un principio di equivalenza oggettiva delle prestazioni nei contratti commerciali di natura bilaterale.

Qualora l'imprenditore, pur avendo la possibilità di individuare sul mercato soluzioni alternative al momento della conclusione del contratto, abbia comunque prestato il proprio consenso ad un assetto d'interessi eccessivamente oneroso, non potrà che imputare alla propria condotta negligente la scelta compiuta, frutto di un'errata valutazione dell'opportunità dell'affare⁵⁵.

Il criterio della mancanza di alternative, pur non essendo esclusivo, costituisce un riferimento significativo sia per la dottrina che per la giurisprudenza e fa acquisire maggiore concretezza alla nozione di dipendenza economica.

Sulla base della formulazione dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura, l'accertamento della dipendenza economica, seguendo il criterio della mancanza di alternative, può articolarsi in due fasi. La prima è volta a verificare l'esistenza di alternative oggettive sul mercato, mentre la seconda mira a stabilire se tali alternative siano effettivamente reali e soddisfacenti.

⁵⁵ DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, 21-23

Con specifico riferimento alla prima fase, la presenza di alternative oggettive deve essere accertata tenendo conto del mercato rilevante, definito secondo i criteri consolidati del diritto antitrust. L'uso dell'espressione «*sul mercato*» nella normativa suggerisce che il legislatore abbia inteso riferirsi al concetto tecnico di mercato rilevante, escludendo interpretazioni più generiche o soggettive. Tale conclusione risulta significativa per due motivi. In primo luogo, la dipendenza economica non deve necessariamente coinvolgere l'intera impresa né minacciarne la sopravvivenza complessiva, potendo, invece, sussistere anche in relazione a un singolo prodotto o servizio, purché questi definiscano un mercato rilevante ai sensi della normativa antitrust. In secondo luogo, se l'accertamento iniziale dovesse escludere la presenza di alternative oggettive su un determinato mercato, si configurerebbe non solo una condizione di dipendenza economica ai sensi dell'articolo 9, ma anche una posizione dominante in senso stretto.

Una volta accertata l'assenza di alternative oggettive, occorre verificare se le eventuali alternative esistenti siano reali e soddisfacenti, valutando la concreta possibilità di farvi ricorso. Tale analisi si concentra sulla condizione individuale dell'impresa dipendente e sui rapporti con la controparte dominante⁵⁶.

Sotto il profilo tipologico, dottrina e giurisprudenza hanno individuato quattro principali configurazioni della dipendenza economica.

La prima tipologia è quella derivante dal rapporto commerciale, che si configura quando gli investimenti effettuati per una determinata controparte risultano difficilmente riconvertibili nel breve periodo. Tale condizione può verificarsi anche a causa della durata prolungata della relazione e della sua tendenziale esclusività, elementi che espongono la parte "debole" al rischio di comportamenti opportunistici. Esemplari, in tal senso, risultano le dinamiche proprie della subfornitura, del *franchising* e dei contratti misti inerenti alla distribuzione di carburanti.

Una seconda forma di dipendenza si manifesta nell'ambito dell'assortimento commerciale. In tal caso, la subordinazione si palesa qualora il prodotto del contraente più forte risulti necessario, se non imprescindibile, per la composizione dell'offerta, in ragione della specifica domanda della clientela o dell'ampia risonanza pubblicitaria di cui gode il fabbricante.

⁵⁶ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 128-133

Si riscontra, altresì, una dipendenza derivante dalla penuria, che si verifica qualora l'approvvigionamento da fonti alternative risulti particolarmente complesso, spesso in virtù della natura stessa del rapporto contrattuale.

Infine, è stata individuata un'ulteriore tipologia di dipendenza scaturente dal potere d'acquisto, fenomeno, questo, riscontrabile laddove si configuri una posizione dominante dal lato della domanda. Esemplare è il caso della grande distribuzione, con particolare riferimento alle merci - quali i generi alimentari o i quotidiani - soggette a rapido deterioramento, nonché quello relativo ai rapporti con la Pubblica Amministrazione⁵⁷.

Nella prassi, l'AGCM ha delineato un insieme di parametri utili per individuare la sussistenza di una condizione di dipendenza economica. Tra questi emergono la rilevanza degli investimenti effettuati nell'ambito dei rapporti commerciali con l'impresa dominante e la loro convertibilità, la durata della relazione contrattuale e il grado di identificazione dell'impresa dipendente con l'immagine commerciale del fornitore. Rilevano, altresì, l'affidamento generato dall'impresa dominante sulla prosecuzione della relazione, il peso del fatturato derivante dalla collaborazione con il partner principale, nonché l'eventuale impossibilità di ricorrere a metodi di fabbricazione alternativi o di accedere a offerte di altri operatori a condizioni ragionevoli. Inoltre, viene presa in considerazione la presenza di vincoli contrattuali gravosi, come il patto di non concorrenza, la titolarità di marchi affermati sul mercato da parte dell'impresa dominante e le peculiarità della relazione commerciale, con particolare riguardo alla necessità di investimenti ingenti o di rapporti contrattuali prolungati nel tempo. Infine, un ulteriore elemento discriminante è rappresentato dalla disponibilità di canali alternativi di approvvigionamento o di vendita e dalla loro effettiva sostituibilità rispetto all'impresa dominante, tenendo conto dei costi associati a un'eventuale riorganizzazione.

Sebbene tali criteri forniscano una guida nell'individuazione dello stato di dipendenza economica, la natura stessa di questo fenomeno, in adesione all'approccio sostanzialistico proprio del diritto della concorrenza, sfugge a una definizione rigida e a una misurazione assoluta *ex ante*. Spetta dunque all'interprete l'onere di approfondire le dinamiche concrete delle relazioni commerciali al fine di valutare se e in quale misura l'asimmetria

⁵⁷ PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica, tra avanzamenti del legislatore e incertezze giurisprudenziali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1/2023, 192, ivi 197

negoziale tra le parti possa tradursi in una condizione di effettiva dipendenza economica⁵⁸.

2.7. L'abuso della dipendenza economica

Per quanto riguarda il concetto di abuso della dipendenza economica, così come precedentemente delineata, è fondamentale evidenziare che l'art. 9 della l. n. 192 del 1998 non fornisce una definizione generale del fenomeno. La disposizione in questione si limita a delineare, al secondo comma, un elenco esemplificativo di condotte che configurano abuso di dipendenza economica, prevedendo che: *«L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto»*⁵⁹.

Le condotte vietate dalla norma presentano notevoli analogie con quelle sanzionate dagli artt. 2 e 3 della l. n. 287 del 1990, rispettivamente relativi alle intese restrittive della concorrenza e all'abuso di posizione dominante. In entrambi i casi, l'obiettivo è prevenire lo sfruttamento ingiusto di una posizione di forza sul mercato. Sia la posizione dominante che la dipendenza economica rappresentano, infatti, manifestazioni di abuso derivanti dall'assenza di alternative commerciali valide per una delle parti, configurando così una situazione di monopolio o quasi monopolio⁶⁰.

L'assenza di una definizione legislativa impone il riconoscimento della natura aperta della nozione di abuso, sebbene questa debba comunque essere interpretata in coerenza con la ratio e la sistematica normativa complessiva. L'abuso si concretizza in condotte commissive od omissive dell'impresa "forte", che possono assumere forma negoziale o risultare da atti aventi effetti giuridici, purché tali condotte arrechino un pregiudizio all'impresa dipendente, il cui primario interesse la norma intende tutelare. Il pregiudizio deve riguardare la libertà di iniziativa economica dell'impresa dipendente, senza che sia necessario un danno patrimoniale in senso stretto o un vantaggio per l'autore dell'abuso. In riferimento alla fattispecie dell'articolo 9, la sussistenza del nesso causale tra dipendenza e abuso appare imprescindibile, quantomeno nelle ipotesi di imposizione di condizioni inique, poiché altrimenti non potrebbe configurarsi un effettivo abuso. Per gli

⁵⁸ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 540-541

⁵⁹ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 194

⁶⁰ DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, 2 nota n. 8

altri casi, la dipendenza economica deve essere comunque tale da rendere la condotta dell'impresa dominante idonea a pregiudicare la controparte.

L'articolo 9 della legge sulla subfornitura non si estende agli abusi indiretti nei confronti di terzi, ossia a quelle condotte in cui l'impresa dominante sfrutta la dipendenza economica della controparte per arrecare danno a soggetti estranei al rapporto. Tuttavia, tali condotte possono essere sanzionate solo se si concretizza anche un abuso nei confronti dell'impresa dipendente. In ogni caso, le azioni basate su questa disposizione normativa possono essere avviate esclusivamente dal soggetto direttamente tutelato, nell'ambito di un giudizio civile⁶¹.

Più controversa è, invece, la necessità di un elemento soggettivo per la configurabilità dell'illecito. Alcuni studiosi sostengono che, affinché condotte quali il rifiuto di vendere o acquistare e l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali possano qualificarsi come abusive, debba essere dimostrata l'intenzionalità dell'impresa dominante, in quanto tali comportamenti, riconducibili all'esercizio della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., non potrebbero essere considerati illeciti sulla base della sola colpa. Tuttavia, questa tesi, che subordina la configurabilità dell'abuso alla presenza di dolo o colpa, sembra assimilare l'abuso di dipendenza economica a un illecito civile ai sensi dell'art. 2043 c.c. Una simile prospettiva appare discutibile, poiché nelle ipotesi previste dall'art. 9, ciò che rileva è la natura abusiva della condotta in sé, indipendentemente dall'esistenza di un danno ingiusto, attuale o potenziale. In quest'ottica, gli abusi di dipendenza economica dovrebbero essere considerati meri illeciti, piuttosto che fatti illeciti in senso stretto. L'elemento determinante è, infatti, la violazione della norma in sé, senza che l'eventuale pregiudizio arrecato assuma un ruolo dirimente nella qualificazione giuridica dell'abuso. Da ciò discende che l'elemento soggettivo non costituisce un requisito essenziale per l'integrazione della fattispecie, in quanto non rappresenta un presupposto necessario per l'accertamento dell'illecito⁶².

L'abuso non deve necessariamente essere attuale, potendo configurarsi anche in presenza di una minaccia idonea a influenzare la condotta dell'impresa dipendente.

Infine, la previsione di ipotesi specifiche di abuso nell'art. 9 assume una funzione non solo confermativa della loro illiceità, ma anche orientativa nella ricostruzione del divieto

⁶¹ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 369-379

⁶² ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 196-197

generale. Quando una condotta rientra tra le ipotesi tipizzate, l'impresa dominante ha l'onere di dimostrare che l'abuso è scriminato da giustificati motivi. Tale onere probatorio si aggrava se la dipendenza economica è pacificamente riconosciuta, potendosi escludere la responsabilità solo provando l'ignoranza incolpevole delle circostanze o la corretta informazione delle controparti. Così si delinea un sistema che, pur lasciando spazio alla discrezionalità interpretativa, impone un rigoroso bilanciamento degli interessi coinvolti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del sistema economico di mercato⁶³.

2.7.1. Il rifiuto di vendere o di comprare

Il rifiuto di vendere o di comprare deve essere inteso in senso ampio, comprendendo qualsiasi diniego a instaurare o proseguire rapporti commerciali, e non solo la mancata conclusione di specifici contratti di compravendita.

Un'interpretazione restrittiva risulterebbe incoerente con la portata generale della disciplina, volta a prevenire condotte abusive che possano alterare il normale funzionamento del mercato. Tuttavia, il principio della libertà di iniziativa economica, sancito dall'art. 41 Cost. e riflesso nell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c.⁶⁴, impone di distinguere tra i casi in cui il rifiuto è legittimo e quelli in cui costituisce un abuso. Affinché tale condotta sia considerata illecita, deve risultare ingiustificata, arbitraria e contraria ai principi di buona fede, mentre resta lecita quando supportata da ragioni oggettive, come la non convenienza economica dell'affare o il timore di un'esecuzione irregolare del contratto⁶⁵.

La normativa italiana affronta questa problematica nell'art. 9, co. 2, l. n. 192 del 1998, stabilendo che il rifiuto di vendere o comprare è vietato solo in assenza di una giustificazione economica oggettiva e valida in relazione alle dinamiche del mercato.

Il divieto non si applica esclusivamente ai rapporti già in essere, ma si estende anche ai dinieghi ingiustificati di instaurare relazioni commerciali, proteggendo, così, anche le imprese che si affacciano per la prima volta in un determinato settore. In particolare, nei contratti di distribuzione, il rifiuto di acquistare o fornire prodotti può essere utilizzato

⁶³ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 385-387

⁶⁴ L'art. 1322 c.c., stabilisce, in particolare, che: «*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*».

⁶⁵ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 541-542

come strumento di pressione per imporre condizioni contrattuali sfavorevoli alla parte economicamente più debole. Un esempio significativo, si riscontra nel caso delle concessioni di vendita di automobili, dove il produttore può limitare la fornitura ai concessionari con la finalità di rafforzare il proprio controllo sul mercato⁶⁶.

Dal punto di vista sistematico, il rifiuto di contrarre si collega a norme come l'art. 2597 c.c., che disciplina l'obbligo del monopolista di contrarre, e l'art. 1679 c.c., relativo ai concessionari di servizi pubblici di linea. Tuttavia, nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica, l'obbligo di contrarre non è automatico, ma si configura solo quando viene accertata una posizione dominante sfruttata in modo abusivo. Un caso particolarmente delicato è quello del c.d. *newcomer*, ovverosia un soggetto che non ha mai avuto rapporti commerciali precedenti con l'impresa dominante: se da un lato è necessario garantire libertà di scelta all'impresa, dall'altro occorre evitare che il rifiuto di vendere o acquistare sia utilizzato in modo discriminatorio o opportunistico per favorire soggetti privilegiati⁶⁷.

Il rifiuto di vendere o di comprare rappresenta, inoltre, una delle principali ipotesi di abuso nella normativa antitrust, poiché può impedire l'accesso al mercato di operatori economici dipendenti o ridurre la concorrenza effettiva. Il legislatore distingue tra il rifiuto iniziale di instaurare un rapporto commerciale e l'interruzione arbitraria di relazioni già avviate, sottolineando come entrambe le condotte possano costituire un abuso. La nozione di "interruzione" viene interpretata in senso lato, includendo anche la disdetta di contratti, il mancato rinnovo o il recesso unilaterale, se motivati da finalità abusive.

La disciplina dell'abuso di dipendenza economica prevale sulle regole generali del diritto civile, e il rifiuto di contrarre può essere considerato illecito anche in assenza di un intento esplicito di imporre condizioni vessatorie. Tuttavia, se il rifiuto viene usato come strumento di pressione o ritorsione, l'impresa dominante potrebbe trovarsi nella difficoltà di dimostrare la legittimità della propria condotta⁶⁸.

⁶⁶ PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica*, 197-198

⁶⁷ RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, 378-379

⁶⁸ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 387-402

2.7.2. L'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie

La nozione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie è ampia e complessa, tanto da sollevare questioni interpretative rilevanti.

L'art. 9, co. 2 della l. n. 192 del 1998 riprende in parte i principi sanciti dall'art. 3 della l. n. 287 del 1990 e dall'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), i quali vietano l'abuso di posizione dominante, in particolare l'imposizione di prezzi di acquisto o di vendita e di altre condizioni contrattuali eccessivamente onerose o discriminatorie. Tuttavia, mentre la disciplina dell'abuso di posizione dominante richiede l'analisi del mercato rilevante per valutare il potere dell'impresa, nel caso dell'abuso di dipendenza economica tale verifica non è necessaria. L'abuso si configura indipendentemente dall'effetto che la condotta può avere sulla concorrenza nel mercato, essendo sufficiente che un'impresa si trovi in una posizione di dominanza rispetto ad un'altra, limitandone la libertà contrattuale e imponendo condizioni inique.

Per valutare la gravosità delle condizioni imposte, la giurisprudenza adotta criteri come il confronto tra prezzi e costi di produzione, l'analisi dei prezzi applicati in contesti analoghi e le variazioni storiche delle tariffe. Tra le pratiche potenzialmente abusive rientrano i sistemi di sconti di fedeltà, che vincolano l'impresa dipendente a rifornirsi esclusivamente dall'impresa dominante, limitandone la libertà di scelta sul mercato. L'abuso di dipendenza economica si estende anche ai rapporti tra committenti e professionisti, sulla base della legge n. 81 del 2017, che ha individuato quali clausole abusive la modifica unilaterale del contratto, il recesso senza preavviso adeguato nei contratti aventi ad oggetto prestazioni continuative e termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla ricezione della fattura.

L'aspetto discriminatorio emerge quando un'impresa applica trattamenti ingiustificatamente diversi ad imprese in condizioni analoghe, compromettendo potenzialmente la capacità competitiva delle imprese meno favorite. Il principio di non discriminazione richiede che situazioni di fatto comparabili ricevano un trattamento equo e che eventuali differenziazioni siano giustificate da motivazioni commercialmente legittime, oggettive e trasparenti, come, ad esempio, nei sistemi di scontistica differenziata basati su obiettivi di vendita individuali⁶⁹.

⁶⁹ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 542-544

L'abuso può concretizzarsi anche attraverso l'imposizione di clausole contrattuali che generano uno squilibrio eccessivo tra le parti, come nel caso della previsione di un divieto per un sub-fornitore di compensare un proprio debito con un credito vantato nei confronti del committente. In alcuni casi, non è agevole distinguere la fattispecie di abuso in esame dal rifiuto di contrattare, che talvolta può manifestarsi mediante l'imposizione di condizioni insostenibili, specie in situazioni di crisi economica, dove le rinegoziazioni contrattuali possono risultare formalmente bilaterali ma sostanzialmente imposte dalla parte più forte. Affinché una rinegoziazione non sia considerata abusiva, è necessario che risponda a un'effettiva esigenza di riequilibrio contrattuale, dovuta a mutamenti economici o di mercato intervenuti nel tempo⁷⁰.

A riguardo, l'art. 9, co. 2, l. n. 192 del 1998, consente al giudice di valutare non solo le condizioni contrattuali iniziali, ma, per l'appunto, anche eventuali modifiche introdotte nel tempo, specialmente attraverso rinegoziazioni che aggravano la posizione della parte debole. L'importanza di questa disposizione emerge, in particolare, nei casi in cui la parte più forte modifica unilateralmente le condizioni contrattuali senza una giustificazione oggettiva, approfittando della posizione di dipendenza economica dell'altra parte. La norma mira a prevenire pratiche opportunistiche in cui un'impresa induce inizialmente un partner commerciale ad effettuare investimenti specifici per poi sfruttarne la dipendenza, imponendo condizioni sempre più onerose. Questa tutela si rivela particolarmente utile nei casi in cui i rimedi civilistici tradizionali, come la rescissione per contratto stipulato in stato di pericolo o la rescissione per lesione (rispettivamente artt. 1447 e 1448 c.c.), risultano di difficile applicazione. Di conseguenza, la norma offre al giudice uno strumento di intervento non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello giuridico, rafforzando la tutela dell'equilibrio contrattuale⁷¹.

In conclusione, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie si verifica quando un'impresa dominante costringe la controparte dipendente ad accettare clausole svantaggiose, alle quali essa non si sarebbe normalmente sottoposta in un contesto di mercato equo. L'imposizione di condizioni gravose configura un abuso di dipendenza economica, soprattutto se la controparte è anche un concorrente diretto e l'imposizione ha lo scopo di limitare la concorrenza. La discriminazione, invece,

⁷⁰ PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica*, 198

⁷¹ RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, 378-379

altera la parità di trattamento tra imprese operanti nello stesso settore, penalizzando alcune rispetto ad altre senza una giustificazione oggettiva. Inoltre, la discriminazione può avvenire sia in modo attivo, imponendo trattamenti svantaggiosi, sia in modo passivo, ottenendo condizioni di favore iniquamente superiori rispetto ad altri operatori⁷².

2.7.3. L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto

La nozione di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto può essere intesa come una cessazione di fatto del rapporto negoziale. L'interruzione che potrebbe configurare un abuso *ex art. 9, co. 2, l. n. 192 del 1998* non si riferisce esclusivamente alla cessazione improvvisa di un rapporto negoziale senza preavviso, ma comprende anche le ipotesi in cui l'impresa dominante recede formalmente nel rispetto delle clausole contrattuali, ma in modo sostanzialmente contrario ai principi di correttezza e buona fede. Dal momento che, il principio costituzionale della libertà d'iniziativa economica riconosce il diritto di porre fine a un rapporto commerciale, spetta all'impresa dipendente dimostrare che l'interruzione è arbitraria e priva di una valida giustificazione economica. In particolare, l'abuso si configura quando l'interruzione causa un danno sproporzionato alla parte economicamente dipendente, specialmente in situazioni in cui questa ha effettuato investimenti rilevanti in previsione della continuità della relazione commerciale⁷³.

Un elemento centrale nell'analisi della fattispecie di abuso è il concetto di arbitrarietà, il cui confine rispetto alle scelte legittime di un imprenditore non è sempre di facile individuazione. L'interruzione è considerata abusiva quando ignora completamente le esigenze di riorganizzazione della controparte, ponendola in una condizione di grave difficoltà economica senza una valida giustificazione. Si pensi, ad esempio, al caso di un fornitore che abbia effettuato investimenti ingenti per adeguarsi agli standard richiesti dall'impresa dominante, che potrebbe subire un danno considerevole se il rapporto venisse interrotto senza consentirgli un periodo sufficiente per recuperare i costi sostenuti. Un altro caso tipico di abuso si verifica quando l'interruzione ha come finalità l'esclusione di un concorrente dal mercato: se un fornitore si rafforzasse fino a diventare potenzialmente competitivo rispetto all'impresa dominante, quest'ultima potrebbe

⁷² FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 402-419

⁷³ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 545-547

interrompere il rapporto per eliminare un possibile rivale. Analogamente, il recesso può assumere carattere ritorsivo, per esempio, quando viene adottato in risposta alla legittima pretesa di un partner commerciale di far valere i propri diritti contrattuali⁷⁴.

L'interruzione arbitraria è particolarmente rilevante nei rapporti di subfornitura, in cui il subfornitore spesso compie investimenti significativi per adeguarsi alle esigenze produttive del committente. In tali contesti, l'abuso può manifestarsi non solo nel caso di una cessazione improvvisa, ma anche quando il subfornitore viene indotto ad effettuare investimenti ulteriori con la prospettiva di un aumento degli ordini futuri, salvo poi vedersi escluso senza un motivo valido.

Un criterio utile per valutare la legittimità dell'interruzione è l'analisi economica del rapporto, che deve considerare se il subfornitore abbia avuto il tempo sufficiente per recuperare gli investimenti e ottenere un profitto significativo. Un esempio concreto è rappresentato dalla disciplina delle pompe di benzina, dove la normativa prevedeva un periodo minimo di nove anni per garantire il recupero degli investimenti sostenuti dai distributori. Questo principio può essere applicato anche in altri settori, come il *franchising*, dove è necessario un equilibrio tra la libertà dell'impresa dominante e la tutela dell'affidamento dell'impresa dipendente⁷⁵.

Dal punto di vista della normativa antitrust, l'illiceità dell'interruzione viene valutata considerando diversi fattori, tra cui la durata e la natura del rapporto commerciale, l'assenza di giustificazioni economiche oggettive e l'effetto negativo sulla concorrenza. L'interruzione è particolarmente problematica quando viene attuata in modo discriminatorio, ad esempio, favorendo alcuni fornitori a scapito di altri, senza una motivazione trasparente⁷⁶.

Un ulteriore elemento rilevante nella valutazione della liceità dell'interruzione è l'eventuale adozione di misure di attenuazione dell'impatto economico per la parte debole, come il rimborso parziale degli investimenti sostenuti o la concessione di un congruo preavviso che permetta all'impresa dipendente di riorganizzarsi⁷⁷. Questo aspetto assume un rilievo particolare nei settori caratterizzati da relazioni commerciali

⁷⁴ PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica*, 198-199

⁷⁵ RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, 380-382

⁷⁶ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 399-402

⁷⁷ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 546

integrate, in cui il recesso di un operatore dominante può avere effetti a cascata su tutta la filiera produttiva.

In definitiva, la disciplina dell'interruzione arbitraria mira a garantire un equilibrio tra la libertà imprenditoriale e la tutela delle imprese dipendenti, prevenendo condotte abusive che potrebbero compromettere la stabilità del mercato e la concorrenza⁷⁸.

2.8. I rimedi a tutela dell'impresa che subisce l'abuso

L'art. 9, co. 3, l. n. 192 del 1998, come riformato dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, dispone che l'impresa in stato di dipendenza economica, ove subisca un abuso, possa attivare diversi strumenti di tutela.

In particolare, qualora l'abuso si concretizzi all'interno del rapporto contrattuale, il rimedio previsto dalla norma è costituito dalla nullità del patto che ne rappresenta la manifestazione.

Diversamente, laddove le condotte abusive, siano esse riconducibili alle fattispecie tipizzate dalla norma o siano esse atipiche, si realizzino al di fuori del contratto, l'impresa pregiudicata potrà avvalersi dei rimedi inibitori.

Resta in ogni caso fermo il diritto al risarcimento del danno subito, rimedio espressamente previsto dalla disposizione nella sua formulazione novellata, ma già ritenuto ammissibile in precedenza dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti⁷⁹.

2.8.1. La nullità del patto abusivo

La nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica pone rilevanti questioni interpretative, in particolare riguardo all'applicabilità del regime ordinario di nullità disciplinato dagli articoli 1418 ss. c.c.

Sebbene la legge n. 192 del 1998 non preveda una disciplina specifica della nullità, parte della dottrina ritiene che il regime generale sia applicabile in via residuale, con tutte le conseguenze che ne derivano, tra cui la rilevanza d'ufficio e l'impossibilità di convalida del contratto nullo. Tuttavia, tale impostazione è stata contestata, in quanto la nullità ordinaria potrebbe rivelarsi inadeguata a tutelare l'impresa debole, il cui interesse primario non risiede nella caducazione del contratto, ma nella sua conservazione a

⁷⁸ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 399-402

⁷⁹ BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi*, 69

condizioni eque⁸⁰. Per questa ragione, alcuni autori hanno proposto di qualificare la nullità del patto abusivo come una nullità di protezione, assimilabile a quella prevista per i contratti del consumatore, ipotizzando persino un'applicazione analogica della disciplina sulle clausole abusive contenuta nel codice del consumo. Tuttavia, questa lettura risulta controversa, poiché la ratio delle due normative è differente: mentre la disciplina consumeristica mira a riequilibrare un'asimmetria informativa tra professionista e consumatore, la tutela dell'impresa dipendente si concentra sul riequilibrio del potere contrattuale, rendendo difficoltosa un'applicazione diretta delle norme consumeristiche⁸¹.

Un'altra questione centrale riguarda l'applicabilità dell'articolo 1419 co. 1 c.c., che stabilisce che: «*La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*»⁸². L'applicazione rigida di questa disposizione potrebbe condurre alla caducazione dell'intero contratto, con effetti dannosi per l'impresa economicamente dipendente, che potrebbe trovarsi priva di alternative contrattuali valide. Per ovviare a questo rischio, parte della dottrina ha suggerito una riduzione teleologica della norma, escludendone l'applicazione quando essa si pone in contrasto con la finalità protettiva della nullità del patto abusivo. Secondo questa impostazione, il contratto dovrebbe essere preservato, salvo i casi in cui la clausola nulla incida su elementi essenziali dell'accordo, come la determinazione del prezzo.

Accanto alla riduzione teleologica, è stata avanzata l'ipotesi di riconoscere al giudice un potere integrativo, che gli consentirebbe di intervenire per colmare le lacune derivanti dalla nullità, garantendo la sopravvivenza del contratto. Le teorie a sostegno di tale potere si dividono in più filoni: un primo orientamento lo riconduce direttamente all'art. 9 l. n. 192 del 1998, ritenendo che il potere del giudice di valutare l'abuso implichi implicitamente la facoltà di determinare condizioni contrattuali sostitutive eque. Tuttavia, questa interpretazione è stata criticata poiché non distingue tra norme proibitive, che vietano una condotta, e norme cogenti, che impongono un determinato comportamento. Un'altra prospettiva individua il fondamento del potere integrativo negli artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c. ipotizzando la sostituzione automatica delle clausole abusive con

⁸⁰ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 202-203

⁸¹ DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, 112-117

⁸² Art. 1419, co. 1, c.c.

disposizioni conformi ai criteri di mercato. Anche questa lettura, tuttavia, è controversa per l'assenza di una chiara previsione normativa di sostituzione e per la difficoltà di individuare parametri legali certi per la determinazione delle condizioni contrattuali eque. Un ulteriore criterio per affrontare la nullità del patto abusivo è quello dell'equità, intesa come strumento di integrazione contrattuale *ex* dell'art. 1374 c.c.

Alcuni autori hanno suggerito una lettura evolutiva di tale disposizione, consentendo al giudice di riequilibrare il contratto sulla base dei valori espressi dal mercato in condizioni normali. Tuttavia, questa soluzione è stata criticata, in quanto l'esistenza di una disciplina legislativa specifica renderebbe superfluo il ricorso all'equità come fonte residuale di integrazione⁸³.

Infine, uno degli aspetti più dibattuti riguarda la natura della nullità prevista dall'articolo 9 della legge sulla subfornitura.

A sostegno dell'idea che la nullità in esame debba essere qualificata come relativa, si evidenzia come essa risponda a una funzione di protezione, risultando dunque azionabile esclusivamente dal contraente debole. In questa prospettiva, si esclude la possibilità che l'impresa dominante possa far valere tale nullità a proprio vantaggio, o peggio, utilizzarla come strumento di pressione nei confronti della controparte economicamente dipendente. D'altro canto, chi sostiene la natura assoluta della nullità richiama la disciplina delle intese anticoncorrenziali e dell'abuso di posizione dominante, ritenendo che limitare l'operatività della nullità al solo contraente debole rischierebbe, paradossalmente, di compromettere la tutela stessa di quest'ultimo. Inoltre, si sottolinea come tale timore sia, in parte, eccessivo e poco realistico, poiché l'invalidazione delle clausole abusive non solo tutela direttamente il soggetto economicamente più vulnerabile, ma contribuisce anche a garantire il corretto funzionamento del sistema contrattuale nel suo complesso, impedendo che disposizioni negoziali distorsive possano continuare a produrre effetti⁸⁴.

Da ultimo, la Corte di Cassazione ha ribadito che: «*La nullità della clausola con cui si realizzi un abuso di dipendenza economica, sancita dall'art. 9 l. n. 192 del 1998, è rilevabile d'ufficio e, pertanto, la sua deduzione può avvenire anche nella comparsa conclusionale, sempre che la stessa emerga dai dati già acquisiti al processo; tuttavia, la parte che, in sede di legittimità, lamenta il mancato rilievo ufficioso della menzionata*

⁸³ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 205-2014

⁸⁴ RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, 387

invalidità deve dedurre - a pena di inammissibilità della censura per difetto di specificità - anche l'emersione, nel corso del giudizio di merito, degli elementi che avrebbero dovuto indurre il giudice a ravvisare detta nullità»⁸⁵.

2.8.2. Le azioni inibitorie

L'azione inibitoria costituisce un rimedio centrale nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica, permettendo di contrastare comportamenti abusivi che, pur in assenza di un rapporto contrattuale, possono compromettere la concorrenza e la libertà di iniziativa economica delle imprese dipendenti.

Il terzo comma dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura richiama le azioni inibitorie in modo generico, senza specificarne la tipologia. Questa formulazione ha dato origine a interpretazioni dottrinali divergenti. In particolare, si ritiene che l'azione inibitoria possa assumere due forme: Definitiva (o di merito), che trova applicazione nel richiamo all'art. 2599 c.c. in materia di concorrenza sleale; Provvisoria (o cautelare), esperibile ex art. 700 c.p.c. come rimedio atipico per ottenere una tutela d'urgenza.

Un aspetto particolarmente rilevante è rappresentato dall'inibitoria positiva, che può imporre all'impresa dominante un obbligo di fare, come la conclusione o la ripresa di rapporti commerciali arbitrariamente interrotti, garantendo così la permanenza dell'impresa debole nel mercato. Sebbene tale strumento offra una tutela effettiva, la sua applicazione pone alcune questioni interpretative che verranno approfondite in seguito⁸⁶. Secondo una parte della dottrina, il legislatore, pur prevedendo espressamente l'azione inibitoria nel 2001, non avrebbe inteso attribuire al giudice il potere di creare nuovi rapporti giuridici, ma solo quello di vietare condotte abusive suscettibili di alterare il mercato. In questa prospettiva, l'azione inibitoria avrebbe una funzione esclusivamente impeditiva, volta a evitare la reiterazione dell'abuso, senza tuttavia tradursi in un rimedio idoneo a imporre obblighi contrattuali. La normativa sull'abuso di dipendenza economica, infatti, non persegue un obiettivo di regolazione attiva del mercato, ma si limita a tutelarne il corretto funzionamento, impedendo pratiche distorsive senza sostituire l'autonomia delle parti con un intervento giudiziale diretto. Per quanto rappresenti un'alternativa più incisiva rispetto al solo risarcimento per equivalente,

⁸⁵ Cass. civ., Sez. I, ord., 19 ottobre 2022, n. 30885, in CED Cassazione, 2022.

⁸⁶ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 214

l'azione inibitoria non può quindi essere equiparata a un meccanismo in grado di generare rapporti contrattuali o di modificare unilateralmente la volontà negoziale delle imprese.⁸⁷

Un'altra parte della dottrina, invece, enfatizza la necessità di una tutela più incisiva dell'impresa economicamente dipendente. In questa visione, l'azione inibitoria non si limita a prevenire e vietare l'abuso, ma può garantire la continuità delle relazioni commerciali quando vi è un forte squilibrio tra le parti.

In particolare, l'inibitoria può essere richiesta per impedire l'interruzione arbitraria di rapporti consolidati, soprattutto quando questi abbiano generato un affidamento legittimo nell'impresa dipendente. La giurisprudenza ha in alcuni casi valorizzato il riferimento ai contratti pregressi scaduti come base per stabilire il contenuto del provvedimento inibitorio, assicurando così la prosecuzione del rapporto a condizioni eque.

Tuttavia, questa soluzione pone il problema della coercibilità dell'obbligo a contrarre, che viene spesso circoscritto alla tutela risarcitoria in caso di abuso, a causa della difficoltà di imporre un *facere infungibile*. Nonostante ciò, alcune pronunce hanno ammesso la possibilità di ordinare la prosecuzione temporanea del rapporto commerciale, come strumento per mitigare le conseguenze di un'interruzione improvvisa, proteggendo gli investimenti dell'impresa dipendente e preservando l'equilibrio del mercato⁸⁸.

2.8.3. Il risarcimento del danno

Nell'ambito della disciplina dell'abuso di dipendenza economica, il risarcimento del danno costituisce un elemento essenziale del sistema rimediale delineato dall'art. 9 l. n. 192 del 1998. Tuttavia, il risarcimento per equivalente si rivela spesso insufficiente a garantire una tutela realmente efficace all'impresa dipendente. La sua funzione è essenzialmente compensativa e mira esclusivamente a riparare il pregiudizio subito a seguito della violazione della posizione giuridica soggettiva dell'impresa lesa, senza tuttavia garantire la realizzazione dell'interesse originario sotteso al rapporto economico. Nei casi in cui l'impresa vittima dell'abuso non sia in grado di reperire alternative valide sul mercato, il risarcimento per equivalente non risulterebbe idoneo a scongiurarne l'uscita dal mercato, specialmente se la sua presenza è strettamente connessa alla situazione di dipendenza economica. Analogamente, anche il risarcimento in forma

⁸⁷ BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, 507

⁸⁸ AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, 234 ss.

specifica, previsto dall'art. 2058 c.c., non appare in grado di offrire una tutela adeguata, poiché, pur rappresentando una diversa declinazione del rimedio risarcitorio, presuppone comunque l'accertamento di un danno ingiusto da risarcire, il cui onere probatorio grava interamente sull'impresa che ha subito l'abuso. Ciò significa che, qualora l'impresa lesa non fosse in grado di dimostrare il danno concretamente subito, le sarebbe precluso l'accesso alla tutela risarcitoria in forma specifica, nonostante la presenza di una condotta abusiva⁸⁹.

Quanto alla natura della responsabilità derivante dall'abuso di dipendenza economica, la dottrina ha formulato diverse teorie. Alcuni autori hanno ritenuto che tale responsabilità sia di natura precontrattuale, in quanto derivante dalla violazione del dovere di buona fede e dalla stretta vicinanza a un rapporto contrattuale. Questa impostazione, tuttavia, presenta alcune criticità, in quanto rischia di assimilare l'interruzione arbitraria di una relazione commerciale a un semplice recesso ingiustificato dalle trattative, riducendo significativamente la portata della tutela. Inoltre, limita il risarcimento al solo interesse negativo, escludendo il lucro cessante e le utilità economiche perse a causa del rifiuto abusivo di contrarre. Infine, considerando che la mancanza di alternative contrattuali è il presupposto della dipendenza economica, questa qualificazione potrebbe svuotare di significato qualsiasi richiesta di risarcimento da parte dell'impresa lesa⁹⁰.

Una diversa prospettiva ricostruisce la responsabilità per abuso di dipendenza economica come extracontrattuale, ritenendo che il divieto sancito dall'art. 9 l. n. 192 del 1998 non si traduca in obblighi contrattuali specifici, ma consista in un divieto generale di porre in essere comportamenti lesivi della libertà di impresa. Secondo questa impostazione, l'abuso si configura come una violazione del principio generale del *neminem laedere*, disciplinato dall'art. 2043 c.c., e la sua valutazione deve essere effettuata caso per caso. Questa tesi evidenzia come la tutela giuridica dell'impresa dipendente sia modulata sulla base della concreta valutazione degli interessi coinvolti, confermando la natura aquiliana della responsabilità⁹¹. Un'ulteriore conferma della qualificazione extracontrattuale della responsabilità proviene dalla giurisprudenza, la quale ha riconosciuto che l'abuso di dipendenza economica può emergere anche al di fuori di un vincolo contrattuale,

⁸⁹ ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, 217-218

⁹⁰ AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, 243-244

⁹¹ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 501-506

qualificando la condotta abusiva come un illecito autonomo, distinto dalla responsabilità precontrattuale e contrattuale⁹².

Tuttavia, l'orientamento più solido e supportato dalla giurisprudenza qualifica la responsabilità per abuso di dipendenza economica come contrattuale. In tale prospettiva, il rifiuto di contrarre e l'abuso della dipendenza economica si manifestano all'interno di un rapporto commerciale regolato da un contratto, determinando un inadempimento degli obblighi contrattuali derivanti dallo squilibrio tra le parti. L'obbligo di contrarre non si limita a una mera condotta corretta, ma si configura come un vero e proprio dovere giuridico derivante dal divieto di rifiutare la vendita o l'acquisto in presenza di dipendenza economica. La violazione di questo obbligo costituisce un inadempimento che giustifica il risarcimento del danno, comprendente sia il danno emergente che il lucro cessante. Il risarcimento deve garantire all'impresa danneggiata le utilità che avrebbe ottenuto dalla corretta esecuzione del contratto, distinguendosi nettamente dalla responsabilità precontrattuale prevista dall'articolo 1337 c.c., che tutela una mera aspettativa e non un diritto a contrarre⁹³.

Tale impostazione è stata confermata dalla Corte di Cassazione, che ha chiarito come l'abuso di dipendenza economica, ex art. 9 l. n. 192 del 1998, presupponga l'esistenza di un rapporto commerciale regolato da un contratto e che, pertanto, la responsabilità derivante da tale abuso non possa che avere natura contrattuale. In particolare, la Corte ha stabilito che l'abuso si concretizza in un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti, determinato all'interno di un vincolo contrattuale, e ha conseguentemente escluso che la responsabilità possa essere ricondotta all'ambito extracontrattuale o precontrattuale⁹⁴.

⁹² BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, 509-511

⁹³ AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, 245

⁹⁴ Cass. civ., Sez. Unite, ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova Giur. Civ.*, 2012, I, 4, 298, con nota di ROMANO. «*L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/1998 configura una fattispecie di applicazione generale, la quale presuppone la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice e l'abuso che di tale situazione venga fatto. Poiché tale abuso si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di "rapporti commerciali", esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto. Conseguentemente, la responsabilità da questo derivante non può che assumere natura contrattuale*».

CAPITOLO III

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA TRA DISCIPLINA ANTITRUST E FRANCHISING: ANALISI DI CASI PRATICI

3.1. L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale

Gli effetti negativi derivanti da un abuso di dipendenza economica possono estendersi oltre il singolo rapporto contrattuale da cui originano, andando a incidere su interessi economici più ampi e complessi, fino a compromettere o alterare il normale funzionamento della concorrenza all'interno di un determinato mercato. Per questo motivo, il legislatore ha attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) il compito di applicare direttamente il divieto previsto dal primo comma dell'articolo 9 della l. n. 192 del 1998. In questo modo, l'Autorità dispone di un ulteriore strumento rispetto a quello previsto per l'abuso di posizione dominante disciplinato dall'articolo 3 della l. n. 287 del 1990 e dall'articolo 102 del TFUE¹.

Accanto alle competenze già affidate al giudice civile nell'ambito delle controversie tra privati (*private enforcement*), è stato quindi affiancato un meccanismo di intervento pubblico (*public enforcement*), pensato per tutelare in modo più ampio l'interesse generale legato alla salvaguardia della concorrenza dinamica nei mercati².

Un punto fondamentale da chiarire è che l'intervento dell'AGCM in materia non mira a tutelare il contraente debole in quanto tale: tale funzione rimane infatti di competenza del giudice civile. L'Autorità agisce unicamente laddove l'abuso generi effetti pregiudizievoli sull'equilibrio concorrenziale del mercato. In altre parole, protegge il soggetto economicamente dipendente solo se ciò è funzionale a garantire la vitalità del sistema competitivo, promuovendo innovazione e investimenti³.

Questa impostazione riflette una visione marcatamente dinamica dell'efficienza economica, in cui l'obiettivo primario dell'intervento pubblico non è riequilibrare il potere contrattuale tra le parti, bensì evitare che pratiche sleali possano compromettere la capacità di sopravvivenza e crescita delle imprese meno strutturate⁴.

¹ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 547

² MINERVINI, *L'abuso di dipendenza economica rilevante per la concorrenza e il mercato*, 37

³ ARGENTATI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato. Spunti dalle prime pronunce del giudice amministrativo*, in A. ARGENTATI (a cura di), *Diritto civile e tutela del mercato*, Collana "Temi e Problemi", Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dicembre 2024, 197, ivi 203

⁴ *Ibidem*, 203

La decisione di attribuire questa competenza all'AGCM risponde alla necessità di proteggere la concorrenza, concepita come un processo dinamico che rappresenta il modello ottimale di mercato. In particolare, si parte dall'idea che alcune condizioni negoziali o clausole possano ridurre in modo inappropriato i margini delle imprese più vulnerabili in un rapporto contrattuale, compromettendo, a lungo termine, la loro capacità di innovare e di rimanere competitive nel mercato⁵.

In tal senso, l'Autorità può adottare una serie di misure incisive, che vanno dalla diffida all'eliminazione della condotta abusiva, all'irrogazione di sanzioni pecuniarie, fino alla sospensione temporanea dell'attività d'impresa nei casi più gravi o reiterati. Si tratta di strumenti pensati per rafforzare l'efficacia dell'intervento pubblico, laddove i soli rimedi civilistici si rivelerebbero insufficienti⁶.

Emblematico è il caso Hera (Rp1 – *Hera/affidamenti gruppi misura gas/termini di pagamento*), avviato con provvedimento n. 25918 del 9 marzo 2016, che ha rappresentato la prima applicazione da parte dell'AGCM dell'art. 9, comma 3-*bis*, ultimo periodo, della l. n. 192 del 1998. Tale norma qualifica come abuso, anche in assenza di accertamento della dipendenza economica, la violazione reiterata e diffusa della disciplina sui ritardi nei pagamenti tra imprese, prevista dal d.lg. 231 del 2002.

Nel caso specifico, Hera aveva inserito nei capitolati di gara per la fornitura di impianti di misurazione del gas una clausola standard che imponeva termini di pagamento di 120 giorni. L'Autorità ha ritenuto tali condizioni gravemente inique e non giustificate dalle prassi di settore, oltre che imposte unilateralmente, escludendo la possibilità per i fornitori di negoziare alternative. Ritenendo integrato l'abuso sulla base di criteri oggettivi, e senza la necessità di provare una situazione concreta di dipendenza economica, l'AGCM ha sanzionato Hera e inibito la prosecuzione della condotta. L'intervento ha segnato un cambio di passo nell'interpretazione della norma, orientato a tutelare la concorrenza anche in assenza di posizione dominante, quando le pratiche scorrette incidano negativamente sull'equilibrio del mercato⁷.

Questa interpretazione richiama, in parte, l'approccio proprio della disciplina consumeristica, dove la valutazione dell'iniquità delle clausole si basa su parametri

⁵ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 548

⁶ COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, 92

⁷ MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, 3, 549, *ivi* 554 ss.

oggettivi e non sulla posizione contrattuale effettiva delle parti. Sebbene ciò possa apparire come una forzatura in ambito *business-to-business*, si giustifica con l'esigenza di tutelare un tessuto economico composto da numerose piccole e medie imprese (PMI), spesso incapaci di negoziare individualmente condizioni contrattuali più eque⁸.

Tuttavia, questa evoluzione normativa e giurisprudenziale non è priva di critiche. Alcuni autori mettono in guardia contro il rischio di derive eccessivamente "paternalistiche", in cui l'intervento dell'AGCM potrebbe finire per sovrapporsi alla funzione giudiziaria civile, sfumando il confine tra la tutela concorrenziale e quella dell'equità nei rapporti privati. Per evitare tale confusione, è dunque essenziale che l'azione dell'Autorità resti ancorata all'effetto sistemico dell'abuso sul mercato e non si trasformi in un meccanismo generalizzato di protezione del contraente debole⁹.

Vi è poi una divergenza interpretativa più profonda circa il ruolo della dipendenza economica nel diritto della concorrenza. Da un lato, si sostiene che essa rappresenti sempre una distorsione del mercato, poiché riflette un'asimmetria strutturale che mina il libero gioco competitivo, anche in assenza di una posizione dominante formale¹⁰. Dall'altro, c'è chi ritiene necessario che l'abuso produca effetti tangibili sul mercato, come l'ottenimento di vantaggi sleali da parte dell'impresa dominante, trasferiti poi in termini di competitività ai danni dei concorrenti¹¹.

Questa rinnovata attenzione verso l'abuso di dipendenza economica può essere interpretata come la riscoperta di uno strumento rimasto per lungo tempo inutilizzato da parte dell'AGCM. A favorire questo processo sono stati diversi fattori: da un lato, l'evoluzione storica del diritto della concorrenza, segnato da un ridimensionamento dello spazio operativo del divieto di abuso di posizione dominante in senso assoluto; dall'altro, il contesto economico italiano, caratterizzato dalla forte incidenza delle PMI, spesso esposte a situazioni di squilibrio nei rapporti commerciali. A questi elementi si può aggiungere una riflessione di ordine sistemico: la crescente affermazione del ruolo del diritto amministrativo come strumento di tutela dell'interesse generale, in grado di

⁸ MEDICI, *Abuso di dipendenza economica*, 556-557

⁹ ARGENTATI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato*, 200

¹⁰ COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, 94

¹¹ SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica*, 548

colmare i limiti della sola applicazione del diritto privato nei casi in cui sia necessario garantire la protezione degli operatori più deboli¹².

In conclusione, l'abuso di dipendenza economica ha assunto un rilievo crescente nel diritto della concorrenza, consolidandosi come uno strumento per intervenire in quelle aree del mercato non coperte dal divieto di abuso di posizione dominante. Come osservato da parte della dottrina, tuttavia, si tratta di un potere che deve essere esercitato con equilibrio, al fine di non compromettere la stessa efficienza dinamica che si intende tutelare.

Guardando all'evoluzione più recente, colpisce come questo strumento, per anni rimasto ai margini del dibattito giuridico, stia oggi tornando al centro dell'attenzione, soprattutto in contesti contrattuali delicati e spesso sbilanciati come quello del franchising, dove le differenze di forza tra le parti emergono con particolare evidenza.

3.2. L'abuso di dipendenza economica nei rapporti di franchising

Alla luce del fatto che il contratto di affiliazione commerciale rappresenta oggi uno dei contesti più esposti al rischio di abuso di dipendenza economica con effetti anche sul piano concorrenziale, appare necessario interrogarsi sulle cause che, proprio in questa specifica tipologia contrattuale, generano una situazione di dipendenza e, successivamente, il suo sfruttamento abusivo.

Nel confronto tra la legge n. 129 del 2004, che disciplina il contratto di affiliazione commerciale, e l'art. 9 della legge n. 192 del 1998, emerge un apparente paradosso: la prima richiede, tra i requisiti essenziali del contratto di affiliazione commerciale, la presenza dell'indipendenza economica tra le parti; la seconda, invece, fa riferimento alla dipendenza economica come presupposto per configurare un abuso nei rapporti commerciali. Tuttavia, tale contraddizione è solo apparente. La legge sul franchising, infatti, menziona l'indipendenza economica come requisito strutturale iniziale del rapporto, ossia come condizione di partenza, priva di vincoli di subordinazione tra affiliato e affiliante. Diversamente, la dipendenza economica richiamata dall'art. 9 della legge sulla subfornitura rappresenta un effetto successivo e dinamico, che può manifestarsi durante l'esecuzione del contratto, soprattutto a seguito di investimenti specifici da parte dell'affiliato, difficilmente riconvertibili. In tal senso, l'indipendenza

¹² ARGENTATI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato*, 197-198

economica non esclude la successiva possibilità di una dipendenza economica di fatto, quando il rapporto contrattuale si struttura in modo tale da determinare uno squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti, specie se l'affiliato non ha concrete alternative commerciali sul mercato¹³.

Nella realtà, la condizione di un contraente privo di alternative soddisfacenti, e perciò vincolato al rapporto contrattuale in posizione di vulnerabilità rispetto alla controparte, trova una rappresentazione esemplare nel contesto del franchising. In tale ambito, il franchisee, dopo aver sostenuto ingenti investimenti, spesso non riconvertibili, per conformarsi agli standard del *brand* e avviare l'attività, si ritrova in una posizione di strutturale debolezza contrattuale. Questa asimmetria, accentuata dal legame operativo ed economico con il franchisor, integra in modo emblematico i tratti distintivi della dipendenza economica, rendendo il soggetto esposto al rischio concreto di condotte abusive da parte del partner dominante¹⁴.

Secondo una consolidata elaborazione dottrinale, si tratta, in particolare, di dipendenza da rapporti commerciali, quando, nell'ambito di una relazione contrattuale di durata significativa, un'impresa organizza la propria attività economica in funzione del legame instaurato con la controparte, al punto che l'eventuale sostituzione di quest'ultima comporterebbe per il soggetto dipendente rilevanti svantaggi competitivi, almeno all'interno del mercato di riferimento¹⁵.

Una delle cause più significative della dipendenza economica nel franchising risiede proprio nella natura degli investimenti richiesti all'affiliato. Per aderire alla rete, quest'ultimo è tenuto a sostenere fin da subito una serie di spese rilevanti – per l'allestimento del punto vendita, l'arredamento, l'abbigliamento del personale, i materiali promozionali – tutte conformi agli standard imposti dal franchisor. Si tratta di investimenti altamente specializzati, che difficilmente possono essere riutilizzati al di fuori della rete stessa. Questo tipo di spese viene definito investimento idiosincratICO, ovvero specifico al rapporto contrattuale, e rappresenta una delle principali fonti di vincolo per l'affiliato¹⁶.

¹³ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 47 ss.

¹⁴ COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, 50-51

¹⁵ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 260 ss.

¹⁶ CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, 48

La teoria economica inquadra questi investimenti nel concetto di *asset specificity*, ossia specificità dell'attività economica. Tale concetto si articola in più forme: specificità fisica, quando le attrezzature sono progettate per un uso esclusivo; specificità transazionale, quando l'investimento riguarda i costi di negoziazione e gestione del rapporto; specificità d'apprendimento, se si tratta di competenze maturate nel tempo; e specificità di secondo grado, quando il legame con il *brand* è tale da rendere l'impresa identificabile solo all'interno della rete. L'effetto di tali investimenti è quello di legare economicamente l'affiliato al franchisor, rendendo estremamente costoso e svantaggioso un eventuale recesso o una riconversione dell'attività. In questa situazione, la parte che ha effettuato l'investimento si espone al rischio di "ricatto economico", trovandosi in una posizione di vulnerabilità definita dagli economisti come *hold-up* monopolistico, caratterizzata dall'esercizio di un potere contrattuale potenzialmente abusivo da parte della controparte. Consapevole della dipendenza dell'affiliato, il franchisor può essere infatti incentivato ad adottare condotte opportunistiche, come la rinegoziazione unilaterale delle condizioni contrattuali o la cessazione anticipata del rapporto, specialmente quando gli investimenti non sono stati ancora completamente ammortizzati¹⁷.

A rendere ancora più delicata questa situazione interviene la modalità con cui si perfezionano i contratti di franchising. Tali contratti, nella maggior parte dei casi, si basano su formulari standard predisposti unilateralmente dal franchisor e vengono accettati dall'affiliato in blocco, senza reali margini di negoziazione. Si tratta delle c.d. *blind transactions*, in cui una parte aderisce a condizioni già fissate, senza conoscerne appieno le implicazioni pratiche e giuridiche¹⁸.

Da ciò deriva un'asimmetria informativa che può generare squilibri contrattuali lungo tutto il corso del rapporto. Il contratto di franchising, infatti, si configura come un *relational contract*, ossia un contratto di lunga durata e ad esecuzione continuata, dove molte clausole restano volutamente generiche e dove il franchisor mantiene ampi poteri discrezionali. In questo contesto, il franchisor potrebbe ad esempio risolvere il contratto adducendo generici inadempimenti o giustificare il mancato rinnovo con esigenze

¹⁷ FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, 268 ss.

¹⁸ VACCÀ, *Franchising: una disciplina in cerca di identità*, 883-884

strategiche, anche laddove abbia alimentato nel franchisee un legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto¹⁹.

Proprio in questo scenario, l'art. 9 della legge n. 192 del 1998 assume un ruolo cruciale. Esso vieta l'abuso di dipendenza economica, riconoscendo la necessità di tutelare il contraente debole anche nei rapporti tra imprese formalmente autonome. La norma dovrebbe rivelarsi efficace nei casi in cui la disciplina sul franchising, focalizzata prevalentemente sulla fase precontrattuale, non è sufficiente a contrastare gli squilibri che emergono nella fase di esecuzione, i cosiddetti "vizi funzionali" del rapporto²⁰.

Nonostante la legge n. 129 del 2004 abbia tentato di attenuare tali squilibri introducendo, per esempio, nei contratti a tempo determinato, un obbligo di durata minima non inferiore a tre anni, al fine di consentire all'affiliato di ammortizzare gli investimenti iniziali, tale previsione normativa, sebbene protettiva, presenta dei limiti. Non chiarisce infatti cosa debba intendersi per investimento da ammortizzare, né stabilisce criteri certi per valutare la congruità della durata contrattuale²¹.

In questa prospettiva, l'art. 9 della legge del 1998 opera in modo complementare alla disciplina speciale. Esso dovrebbe intervenire nei casi in cui l'abuso non si traduce semplicemente nell'interruzione del contratto, ma si manifesta attraverso pratiche più sottili, come la modifica unilaterale delle condizioni economiche, l'imposizione di oneri non giustificati o una gestione eccessivamente autoritaria del marchio, che generano effetti sproporzionati a carico dell'affiliato.

Dalle considerazioni fin qui svolte emerge con chiarezza come la dipendenza economica nel contratto di franchising rappresenti ormai una condizione strutturale, specie nei rapporti con grandi catene internazionali, che adottano modelli contrattuali rigidi e standardizzati.

L'idea originaria di un contratto tra due imprenditori autonomi, stipulato in condizioni di sostanziale parità, risulta oggi sempre più lontana dalla realtà. Nella maggior parte dei casi, infatti, il contratto viene concluso tra un franchisor dotato di un rilevante potere economico e contrattuale e un franchisee spesso privo di concreti margini negoziali. È proprio questa asimmetria a generare una condizione di dipendenza economica

¹⁹ COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica*, 56.

²⁰ ADAMO, *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, "abuso del diritto" e tutela del contraente debole*, in *Diritto & Diritti*, 3 febbraio 2005, 4-6.

²¹ CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale*, 195-197

strutturale, che rende gli affiliati particolarmente esposti al rischio di abusi da parte della controparte contrattuale, con possibili ripercussioni anche sul piano concorrenziale.

La ragione di fondo dell'aumento dei casi di abuso nei rapporti di franchising va dunque individuata nell'inadeguatezza dell'attuale quadro normativo, che continua a fondarsi sul principio di autonomia contrattuale, senza considerare che, nella prassi, le parti si trovano spesso in una situazione di profondo squilibrio.

La determinazione del contenuto contrattuale è così affidata quasi interamente all'iniziativa privata, ma in un contesto in cui soltanto una delle parti, il franchisor, dispone della capacità di definire unilateralmente le condizioni del rapporto. Ne deriva, nella quasi totalità dei casi, la sottoscrizione da parte dell'affiliato di un contratto preconfezionato, redatto esclusivamente dal franchisor e volto a tutelarne gli interessi.

A ciò si aggiunge che condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose vengono spesso applicate in maniera uniforme a un ampio numero di affiliati, contribuendo a generare una distorsione delle dinamiche concorrenziali.

Tali considerazioni impongono una riflessione sistemica sull'efficacia dell'art. 9 della legge n. 192 del 1998, il quale, pur costituendo uno strumento importante, non introduce alcuna presunzione legale di dipendenza economica nei contratti di affiliazione commerciale e, soprattutto, opera solo *ex post*, quando l'abuso è già stato commesso e i suoi effetti si sono già manifestati, tanto sul mercato quanto sull'autonomia imprenditoriale delle parti coinvolte.

Un simile modello di intervento, fondato esclusivamente sulla repressione a posteriori delle condotte abusive, appare dunque inadeguato a contrastare una prassi che ha assunto carattere strutturale.

Anche nei casi in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta, come dimostrano i procedimenti avviati nei confronti di noti operatori del settore, tra cui McDonald's e Benetton, gli impegni assunti dai franchisor si sono spesso tradotti in modifiche marginali, insufficienti a ristabilire un equilibrio contrattuale effettivo e duraturo.

La questione, del resto, non investe solo il piano giuridico, ma anche quello etico. Non può più considerarsi giusto un mercato in cui il successo delle grandi catene si fonda sull'indebolimento strutturale della rete degli affiliati. E non può dirsi realmente

indipendente un imprenditore che non sia in grado di svincolarsi da un contratto senza mettere a rischio la propria stessa sopravvivenza economica.

Infatti, vi sono stati casi in cui ex affiliati hanno manifestato profonda insoddisfazione rispetto al rapporto instaurato con il franchisor, sottolineando come, nonostante per anni abbiano contribuito in modo determinante alla diffusione e al rafforzamento del marchio sul territorio, si siano poi ritrovati privi di reale supporto da parte della casa madre. Quello che inizialmente era stato presentato come un rapporto di collaborazione imprenditoriale si è progressivamente rivelato sbilanciato, caratterizzato da un forte accentramento decisionale e dall'imposizione di scelte unilaterali. Le politiche commerciali, le collezioni, i prezzi di vendita e le strategie operative venivano spesso stabiliti in modo rigido e non negoziabile, lasciando agli affiliati un ruolo meramente esecutivo. In più di un'occasione, alcuni di essi hanno dichiarato di non essersi mai sentiti veri partner, bensì soggetti subordinati a decisioni che, pur influenzando direttamente sull'andamento economico delle loro attività, venivano assunte senza alcun confronto.

3.3. Premesse ai casi pratici: sguardo comparativo sui casi McDonald's e Benetton

Le problematiche sopra evidenziate trovano un riscontro concreto in almeno due casi emblematici: quelli che hanno coinvolto i marchi McDonald's e Benetton, ai quali si aggiunge anche il caso relativo al brand Original Marines. In tutte queste vicende, le condizioni contrattuali eccessivamente gravose venivano applicate in modo uniforme a una pluralità indistinta di affiliati, determinando effetti pregiudizievoli non solo per i singoli operatori economici, ma anche per l'equilibrio concorrenziale del mercato nel suo complesso.

Nonostante le modalità attraverso cui si è manifestato l'abuso differissero tra loro, l'effetto era il medesimo: una marcata compressione dell'autonomia dell'affiliato. In particolare, McDonald's ha costruito la dipendenza economica già nella fase precontrattuale, imponendo percorsi formativi onerosi e condizioni contrattuali rigide; Benetton, ha invece esercitato il proprio potere nella fase esecutiva, attraverso un sistema di forniture vincolato e una gestione dei resi fortemente penalizzante.

3.4. Il caso McDonald's: il procedimento A546

Con il provvedimento n. 29793 del 27 luglio 2021, l'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti di McDonald's Development Italy LLc (MCDI), A546 – *Franchising di McDonald's*, che ha successivamente presentato impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287 del 1990. L'indagine riguardava presunte condotte abusive nei confronti dei propri affiliati, messe in atto non solo durante il rapporto commerciale, ma anche nella fase antecedente alla sottoscrizione dei contratti. Tali comportamenti avrebbero previsto l'imposizione di un articolato sistema di canoni, *royalties*, oneri finanziari e di investimento, insieme a rigide politiche commerciali e a una serie di obblighi particolarmente gravosi e non strettamente funzionali alla concessione dell'affiliazione o dell'affitto di ramo d'azienda²².

La decisione ha preso avvio a seguito di una serie di segnalazioni da parte dei legali rappresentanti di tre imprese che, nel corso del tempo, avevano gestito ristoranti della catena tramite contratti di franchising e affitto di ramo d'azienda poi cessati²³.

Il caso McDonald's si colloca all'interno di una cornice giuridica più ampia, che ha visto l'AGCM attivarsi con maggiore frequenza nell'ambito dell'abuso di dipendenza economica, soprattutto a partire dall'introduzione del comma 3-bis all'articolo 9 della legge n. 192 del 1998. Tale evoluzione normativa ha permesso all'Autorità di intervenire anche in contesti privi di un effettivo abuso di posizione dominante, rafforzando così la tutela delle imprese strutturalmente più deboli nei rapporti verticali, come accaduto nei casi che hanno coinvolto anche Poste Italiane e Benetton²⁴.

Come emerge dal Bollettino dell'AGCM n. 25 del 4 luglio 2022, l'istruttoria ha seguito un percorso particolarmente articolato, che ha condotto l'Autorità a valutare in profondità le pratiche contrattuali di MCDI e i loro effetti sull'autonomia imprenditoriale degli affiliati. Le criticità rilevate hanno confermato la rilevanza del caso nel dibattito giuridico attuale, contribuendo a delineare i contorni applicativi dell'abuso di dipendenza economica in ambito commerciale²⁵.

²² LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm*, 179-180

²³ AGCM, Boll. n. 33 del 16 agosto 2021, 7

²⁴ LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm*, 177

²⁵ AGCM, Boll. n. 25 del 4 luglio 2022, 8 ss.

3.4.1. Le parti coinvolte nel procedimento

Nel procedimento A546, l'AGCM ha esaminato i rapporti intercorsi tra McDonald's Development Italy LLC (MCDI), in qualità di affiliante, e tre società italiane che hanno operato come affiliati all'interno della rete commerciale del noto marchio statunitense.

MCDI, con sede secondaria a Milano, è una società statunitense controllata dalla McDonald's Corporation, la quale ha sede centrale a Chicago ed è a capo del gruppo McDonald's a livello globale. Il gruppo gestisce una delle più estese catene mondiali di ristorazione veloce, sia direttamente che attraverso un sistema capillare di affiliazioni.

In Italia, l'attività viene esercitata da MCDI in forza di un *Master License Agreement*, che le attribuisce il diritto di utilizzare e sub-licenziare a terzi il Sistema McDonald's e gli elementi di proprietà intellettuale connessi, tra cui il marchio, il *know-how* e i *format* operativi. Questo sistema non si limita ai segni distintivi e ai marchi registrati come "McDonald's" e "McDonald's Hamburgers" ma comprende anche l'allestimento dei locali, l'organizzazione delle attrezzature, le ricette e le specifiche dei prodotti, i metodi di gestione amministrativa e contabile, nonché i manuali contenenti pratiche e procedure operative standardizzate. Si tratta, dunque, di un insieme integrato di risorse e strumenti destinati a garantire omogeneità e qualità del servizio in tutti i ristoranti della rete.

A livello nazionale, la rete McDonald's comprende attualmente 615 ristoranti, affiancati da 875 esercizi commerciali tra McDrive e McCafè, questi ultimi specializzati rispettivamente nella ristorazione da asporto e nel servizio bar in stile italiano. Di questi, circa l'85% è affidato in gestione a 140 franchisee, mentre il restante 15% è amministrato direttamente dalla casa madre, secondo il modello dei c.d. ristoranti "corporate"²⁶.

I segnalanti, da cui ha preso avvio l'indagine, invece, erano tre imprenditori italiani, legali rappresentanti di altrettante società a responsabilità limitata i quali avevano in passato gestito ristoranti McDonald's in varie regioni del territorio nazionale, in virtù di contratti di franchising o di affitto di ramo d'azienda, cessati al momento della segnalazione all'Autorità²⁷.

²⁶ AGCM, Boll. n. 33 del 16 agosto 2021, 7

²⁷ AGCM, Boll. n. 25 del 4 luglio 2022, 6

3.4.2. Le segnalazioni: profili critici del modello contrattuale di McDonald's

Le segnalazioni sono pervenute all'AGCM, rispettivamente in data 12 marzo, 31 marzo e 27 maggio 2021, e successivamente sono state integrate il 9 e il 12 luglio dello stesso anno.

Le comunicazioni inviate all'AGCM offrivano una ricostruzione dettagliata dell'intero rapporto di affiliazione intrattenuto con MCDI, a partire dai primi contatti precontrattuali fino alla conclusione dei contratti. In particolare, è stato posto l'accento su un sistema articolato di obblighi e oneri imposti da MCDI, ritenuti eccessivamente gravosi e non giustificati dalle caratteristiche tipiche del modello di affiliazione. Secondo i segnalanti, tali condizioni avrebbero generato un significativo squilibrio negoziale, compromettendo la libertà imprenditoriale degli affiliati.

Le condotte denunciate sono state classificate in quattro macroaree: pratiche precontrattuali, clausole contenute nei contratti standard, vincoli applicati durante l'esecuzione del rapporto, e comportamenti adottati alla cessazione dello stesso.

Nella fase precontrattuale, i franchisee hanno lamentato l'obbligo di completare, a proprie spese, un lungo e oneroso periodo di formazione della durata compresa tra sei mesi e due anni senza alcuna garanzia di accesso futuro alla rete. Tale *training* non prevedeva alcuna forma di retribuzione o rimborso e si svolgeva senza informazioni essenziali, come l'ubicazione del ristorante da gestire o i termini contrattuali finali. In molti casi, il contratto veniva sottoposto agli aspiranti affiliati solo al momento della stipula, senza possibilità di revisione o confronto, anche in ragione dell'assenza di alternative percorribili dopo l'investimento iniziale nel percorso formativo.

Anche il contenuto dei contratti è stato oggetto di rilievi critici. I segnalanti hanno evidenziato l'imposizione di un sistema economico estremamente oneroso, che prevedeva diverse voci di pagamento: una *fee* d'ingresso (*Entry Fee*), un canone fisso e variabile sul fatturato (*Rent*), *royalties* minime del 4%, un contributo obbligatorio alla promozione nazionale, e l'acquisto di attrezzature e arredi a costi determinati unilateralmente da MCDI. A questi si aggiungevano numerosi obblighi operativi, tra cui la manutenzione ordinaria e straordinaria dei locali, a totale carico dell'affiliato, e investimenti continuativi in attività promozionali locali.

Sotto il profilo gestionale, gli affiliati erano tenuti a rispettare una serie di vincoli che limitavano fortemente la loro autonomia. Tra questi, l'obbligo di residenza entro 50 km

dal ristorante, il divieto di svolgere altre attività imprenditoriali, l'impossibilità di modificare la compagine sociale senza approvazione dell'affiliante e l'assenza di esclusiva territoriale. Venivano inoltre imposti obblighi stringenti in materia di prezzi, pubblicità e approvvigionamenti, che dovevano avvenire tramite fornitori selezionati e con quantitativi stabiliti da MCDI, spesso a costi superiori rispetto al mercato.

Nel corso del rapporto, gli affiliati si sono visti progressivamente privati di qualsiasi margine decisionale. Le scelte relative a prezzi, organico, attrezzature e modalità di gestione venivano infatti indirizzate o direttamente imposte dall'affiliante, anche attraverso sistemi centralizzati di controllo. I parametri finanziari da rispettare, come i rapporti di indebitamento o i *target* di vendita, venivano indicati da MCDI, condizionando fortemente la libertà economica degli affiliati. Chi non si conformava a tali standard rischiava di perdere la possibilità di ampliare la propria presenza nel *network*, o addirittura la risoluzione del contratto.

Infine, le condizioni di uscita dal contratto sono state descritte come particolarmente penalizzanti. Gli investimenti effettuati in beni materiali, strutturati su misura per i format McDonald's, risultavano di difficile riconversione, e non veniva previsto alcun obbligo da parte di MCDI di riacquisto o di compensazione. L'eventuale riacquisto avveniva, nei fatti, a valori simbolici (*book value*), senza che l'affiliato potesse rivendicare il riconoscimento di avviamento o margini residui. Al contrario, MCDI avrebbe potuto cedere gli stessi beni a un nuovo affiliato, incassando nuovamente sia le *Entry Fee* che i costi per l'allestimento.

Secondo i segnalanti, tali condizioni contrattuali, non si sarebbero limitate ai soli casi oggetto di reclamo, ma rispecchierebbero un *modus operandi* generalizzato, applicato all'intera rete italiana di affiliati, e rappresenterebbero una manifestazione concreta di abuso di dipendenza economica, con effetti strutturalmente lesivi sulla libertà imprenditoriale e sulla redditività dei franchisee²⁸.

3.4.3. Le valutazioni dell'AGCM

Nel valutare le segnalazioni, l'AGCM ha evidenziato la presenza di un marcato squilibrio di diritti e di obblighi nei rapporti contrattuali tra MCDI e i propri affiliati, tale da configurare una possibile situazione di dipendenza economica.

²⁸ AGCM, Boll. n. 33 del 16 agosto 2021, 8-13

Tale squilibrio si manifestava attraverso una pluralità di elementi: la forte disparità di potere contrattuale tra le parti, il ruolo dominante di MCDI nel settore del *fast food* in Italia, la durata particolarmente lunga dei contratti (ventennali), e l'obbligo per gli affiliati di sostenere investimenti specifici non facilmente riutilizzabili in altri contesti commerciali.

Già nella fase antecedente alla stipula, i franchisee risultavano vincolati a condizioni predefinite e non negoziabili, accettate per adesione senza un'adeguata conoscenza preliminare del contenuto contrattuale.

A ciò si aggiungeva una struttura contrattuale ritenuta dall'Autorità eccessivamente onerosa e pervasiva. Gli affiliati erano sottoposti a un insieme di obblighi economici e operativi difficilmente sostenibili: dal pagamento di *fee* iniziali elevate e *royalties* crescenti, alla totale assunzione delle spese di manutenzione e aggiornamento dei locali, fino all'imposizione di fornitori esclusivi e quantitativi d'acquisto predeterminati.

L'intero sistema appariva modellato sulle esigenze dell'affiliante, limitando fortemente l'autonomia gestionale dei franchisee. Le direttive imposte da MCDI, in materia di politiche di prezzo, promozioni, struttura organizzativa, gestione dell'organico e aspetti finanziari, determinavano un'ingerenza continua e sistematica nella conduzione del punto vendita.

L'Autorità ha inoltre rilevato come le condizioni economiche di uscita dal contratto penalizzassero ulteriormente gli affiliati. Gli investimenti effettuati non risultavano recuperabili in modo adeguato, mentre il franchisor poteva agevolmente subentrare nella gestione dei locali, riutilizzando le attrezzature e rivendendole ai nuovi affiliati, con un ulteriore beneficio economico. In alcuni casi, il livello di onerosità delle clausole era tale da richiedere, ai sensi del Codice civile, la doppia sottoscrizione da parte dell'affiliato.

Dal punto di vista concorrenziale, l'AGCM ha sottolineato come la rigidità del modello McDonald's limitasse fortemente la concorrenza tra i ristoranti della stessa rete (*intra-brand*), a causa dell'uniformità imposta nelle strategie commerciali. Inoltre, qualora tali condotte fossero state accertate come abusive, esse avrebbero potuto generare un vantaggio competitivo indebito per MCDI anche rispetto ai concorrenti esterni (*inter-brand*), attraverso lo sfruttamento del capitale investito dai licenziatari²⁹.

²⁹ AGCM, Boll. n. 33 del 16 agosto 2021, 13-15

Il caso si è quindi rivelato emblematico nell'illustrare i rischi connessi a un esercizio sproporzionato del potere contrattuale nei rapporti verticali, contribuendo a definire i confini tra legittima regolazione della rete e abuso di dipendenza economica.

3.4.4. Lo svolgimento dell'istruttoria

Considerate le valutazioni svolte in merito alla sussistenza di un possibile abuso di dipendenza economica da parte di MCDI, l'AGCM, con il provvedimento n. 29793 del 27 luglio 2021, ha deliberato di attivare i propri poteri di indagine e istruttori, ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis, della legge 18 giugno 1998, n. 192, in combinato disposto con l'articolo 14 della legge n. 287 del 1990.

Secondo l'AGCM, le condotte contestate a MCDI risultavano potenzialmente idonee a integrare un abuso rilevante sotto il profilo concorrenziale, tanto da giustificare l'apertura formale di un procedimento volto ad accertare se tali pratiche avessero effettivamente alterato il corretto funzionamento del mercato e danneggiato la libertà economica degli affiliati³⁰.

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha acquisito ulteriori elementi grazie alla partecipazione di ex affiliati e di alcune associazioni a tutela dei consumatori, che hanno presentato nuove segnalazioni e richiesto di intervenire formalmente nel procedimento.

L'AGCM ha accolto tali istanze, ampliando così la base informativa utile alla valutazione del caso³¹.

3.4.5. Gli impegni presentati da MCDI

Nel corso del procedimento A546, MCDI, nel tentativo di superare le criticità sollevate dall'Autorità, ha deciso di presentare una serie di impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287 del 1990, utilizzando il modello predisposto dall'Autorità per tali comunicazioni.

Le proposte di modifica avanzate da MCDI miravano a rivedere profondamente il proprio modello contrattuale e gestionale, al fine di rispondere alle preoccupazioni emerse durante l'istruttoria, in particolare quelle relative all'equilibrio dei rapporti con gli affiliati.

³⁰ AGCM, Boll. n. 33 del 16 agosto 2021, 15

³¹ AGCM, Boll. n. 25 del 4 luglio 2022, 9

Tra gli impegni proposti, un primo intervento ha riguardato la ridefinizione degli obblighi legati alla manutenzione dei locali e dei beni concessi in affitto. Il nuovo assetto contrattuale prevede che l'affiliato sia responsabile unicamente della manutenzione ordinaria, sollevandolo così da ulteriori oneri economici spesso ritenuti eccessivi. Parallelamente, è stato chiarito che i costi della formazione durante il rapporto contrattuale si riferiscono esclusivamente al personale del franchisee e che, se i corsi vengono svolti presso le strutture aziendali, le relative spese restano a carico di MCDI.

Un'altra modifica significativa ha interessato la disciplina della pubblicità locale. MCDI ha confermato l'eliminazione dell'obbligo precedentemente previsto di destinare l'1,5% del fatturato lordo mensile alle attività promozionali locali, mantenendo in vigore lo standard contrattuale attuale, che prevede un contributo limitato all'1%.

A queste misure si è aggiunta la rimozione definitiva dell'obbligo di residenza del gestore entro 50 chilometri dal ristorante, affiancata dalla possibilità per il franchisee di considerare la gestione del punto vendita come attività prevalente e non più esclusiva.

Sul fronte della concorrenza, MCDI ha eliminato l'obbligo di astensione da attività concorrenti dopo la cessazione del contratto e, durante il rapporto, il vincolo è stato circoscritto unicamente alla ristorazione informale. Inoltre, è stato rafforzato l'impegno a rispettare l'autonomia commerciale degli affiliati, chiarendo che questi ultimi non sono tenuti a aderire né alle raccomandazioni di prezzo né alle promozioni suggerite da MCDI.

A sostegno di questa autonomia, sono state previste specifiche azioni formative e comunicative, tra cui corsi sulla *compliance antitrust* e chiarimenti in merito ai criteri di "espandibilità", ovvero i requisiti per accedere alla gestione di ulteriori punti vendita.

In tema di approvvigionamenti, è stato ampliato lo spazio di autonomia per i franchisee nella selezione dei fornitori, specialmente per beni e servizi considerati "*non core*" o accessori, che non incidono sull'identità del marchio. MCDI ha inoltre modificato le clausole contrattuali relative all'adeguamento del canone di locazione, eliminando la rinuncia preventiva dell'affiliato alla possibilità di contestare gli aumenti e limitando le cause di variazione ai casi previsti per legge o derivanti da specifici obblighi contrattuali.

Un'ulteriore novità riguardava l'introduzione dell'obbligo, su richiesta del franchisee, di riacquisto degli arredi e delle attrezzature acquistati nei tre anni precedenti la scadenza del contratto. Il prezzo di riacquisto sarebbe calcolato sul costo originario, depurato di un coefficiente di svalutazione del 5% annuo per usura.

Infine, nella fase precontrattuale, è stato esteso da tre a quindici giorni il termine concesso all'aspirante affiliato per valutare la proposta di affiliazione e l'analisi economico-finanziaria allegata, con l'obiettivo di assicurare maggiore trasparenza e consapevolezza nel momento decisionale³².

A seguito della pubblicazione degli impegni iniziali da parte di MCDI, l'Autorità ha avviato un *market test* per raccogliere le osservazioni dei soggetti terzi interessati. A tale consultazione hanno preso parte ex affiliati e associazioni dei consumatori, tra cui Codacons, Movimento Difesa del Cittadino e Cittadinanzattiva, i quali hanno espresso valutazioni critiche sull'effettiva idoneità degli impegni proposti a ristabilire un equilibrio tra le parti contrattuali e a sanare le distorsioni concorrenziali causate dalle pratiche contestate.

Le principali critiche si sono concentrate sia sul carattere generale degli impegni, considerati in larga misura come un semplice adeguamento formale, sia sulla concreta efficacia delle singole misure. Gli intervenienti hanno lamentato l'assenza di un sistema di protezione territoriale per i franchisee e l'inadeguatezza delle misure relative alla pubblicità, alla scelta dei fornitori, all'obbligo di non concorrenza e al diritto di riacquisto delle attrezzature. Hanno inoltre sottolineato come la riduzione degli obblighi economici e organizzativi risultasse ancora insufficiente a tutelare la libertà imprenditoriale degli affiliati e a evitare possibili ingerenze da parte di MCDI nella gestione autonoma dei punti vendita.

In risposta alle osservazioni emerse, MCDI ha presentato una versione modificata e integrata dei propri impegni, apportando una serie di adeguamenti volti a rafforzarne la chiarezza e l'efficacia.

Tra le modifiche più rilevanti, si segnala la precisazione in merito alla ripartizione degli oneri di manutenzione straordinaria, che resteranno a carico del franchisor salvo il caso in cui venga accertato, da parte di un tecnico qualificato, un nesso causale diretto tra il deterioramento dei beni e una scorretta manutenzione ordinaria da parte del franchisee.

Inoltre, MCDI ha ridotto ulteriormente la percentuale minima di investimento pubblicitario locale, portandola allo 0,5% del fatturato lordo mensile. Sono state rese coerenti le disposizioni contrattuali relative alla residenza e all'impegno lavorativo dell'affiliato, precisando che la gestione del ristorante debba rappresentare un'attività

³² AGCM, Boll. n. 10 del 21 marzo 2022, 63-64

prevalente, e non più esclusiva, e che la residenza dell'affiliato debba comunque garantire una presenza funzionale al corretto funzionamento del locale.

Anche il tema della libertà commerciale è stato oggetto di revisione: MCDI ha ribadito l'assenza di obblighi vincolanti sulle politiche di prezzo e promozione, impegnandosi a non subordinare incentivi o agevolazioni economiche al rispetto di prezzi imposti, se non in casi limitati e legati all'applicazione di prezzi massimi. Sono inoltre stati introdotti chiarimenti sulle categorie di forniture considerate essenziali per il sistema McDonald's, distinguendole dai beni e servizi "*non core*" o "ancillari", per i quali viene riconosciuta agli affiliati una maggiore libertà nella selezione dei fornitori, senza necessità di approvazione preventiva da parte di MCDI.

Un ulteriore miglioramento ha riguardato l'obbligo di riacquisto di arredi e attrezzature: tale obbligo è stato esteso a tutti i beni acquistati nel corso del rapporto contrattuale, anche oltre il limite temporale dei tre anni precedenti alla scadenza del contratto, con una valorizzazione più equa degli stessi, pari al valore contabile aumentato del 20%.

Infine, MCDI ha introdotto due nuove misure. La prima riguarda la fase precontrattuale e prevede l'impegno a fornire agli aspiranti affiliati un'informativa più chiara e strutturata sul funzionamento del sistema, sugli standard richiesti nella gestione del ristorante e sui criteri adottati per valutare il rispetto delle procedure da parte dei franchisee. La seconda misura, invece, affronta il delicato tema dell'apertura di nuovi punti vendita nelle vicinanze di ristoranti già esistenti. Pur non prevedendo un diritto di esclusiva territoriale, MCDI si è impegnata ad avviare un confronto in buona fede con l'affiliato eventualmente danneggiato, qualora quest'ultimo dimostri che l'apertura di un nuovo ristorante abbia determinato un calo significativo del proprio fatturato.

Nel loro complesso, queste modifiche hanno rappresentato un tentativo di risposta alle criticità emerse in sede di consultazione pubblica. Tuttavia, le associazioni e gli ex affiliati hanno continuato a ritenere tali impegni ancora parziali e non del tutto idonei a riequilibrare i rapporti contrattuali né a compensare i danni subiti nel corso del rapporto. Nonostante ciò, l'intervento dell'AGCM ha avuto il merito di innescare un percorso di revisione del modello contrattuale adottato da MCDI, promuovendo maggiore chiarezza, trasparenza e responsabilità nei rapporti tra affiliante e affiliato³³.

³³ AGCM, Boll. n. 25 del 4 luglio 2022, 9 ss.

3.4.6. La valutazione degli impegni da parte dell'AGCM

L'AGCM ha esaminato attentamente gli impegni proposti da MCDI in risposta alle criticità sollevate durante l'istruttoria. Il giudizio dell'AGCM si è articolato sia sulla fase precontrattuale, sia sulle modifiche allo standard contrattuale in uso, cui si riferiscono le restanti misure.

In relazione alla fase che precede la stipula del contratto, l'Autorità ha rilevato che il processo di selezione e formazione degli affiliati, come attualmente strutturato da MCDI, consente agli aspiranti franchisee di affrontare il momento della sottoscrizione contrattuale con un grado di consapevolezza significativamente maggiore rispetto al passato. Il percorso prevede un *iter* iniziale di circa quattro mesi, con momenti di confronto e valutazioni operative, seguito da una fase di *training* di durata variabile tra i sei e i dodici mesi. Durante questa seconda fase, i candidati vengono assunti con contratto di lavoro subordinato e ricevono formazione anche sui profili economico-finanziari della futura attività. Tale processo, culminante nella ricezione di una proposta contrattuale contenente dati analitici personalizzati sul punto vendita da gestire, viene completato con l'invio del contratto definitivo almeno trenta giorni prima della stipula. L'AGCM ha ritenuto che le Misure relative alla fase precontrattuale, che confermano e rafforzano tale prassi, contribuiscano a prevenire situazioni di adesione inconsapevole e riducano il rischio che l'affiliato si trovi in posizione di dipendenza economica già al momento della firma del contratto.

Per quanto concerne le modifiche al contratto standard, l'Autorità ha accolto con favore gli impegni di MCDI, ritenendoli in larga parte idonei a rispondere alle preoccupazioni inizialmente emerse. La previsione secondo cui l'affiliato è tenuto unicamente alla manutenzione ordinaria, mentre quella straordinaria ricade su MCDI, è stata considerata un'importante tutela per il franchisee, in linea con i principi civilistici sulle locazioni. Allo stesso modo, la semplificazione dei corsi di aggiornamento, riservati esclusivamente ai dipendenti dell'affiliato, e la riduzione delle spese per la pubblicità locale allo 0,5% del fatturato mensile, sono state interpretate come un segnale di maggiore autonomia gestionale.

Ulteriori elementi positivamente valutati includono l'eliminazione dell'obbligo di residenza entro un raggio di 50 km e l'introduzione della possibilità di gestire il ristorante come attività prevalente ma non esclusiva. Il nuovo assetto dell'obbligo di non

concorrenza, limitato al solo periodo contrattuale e ristretto al settore della ristorazione informale, ha inoltre rappresentato, agli occhi dell'Autorità, un passo concreto verso un maggior equilibrio tra protezione del *know-how* e libertà imprenditoriale.

In merito alle politiche commerciali, le precisazioni contrattuali hanno confermato il diritto del franchisee di scegliere se aderire o meno alle promozioni e ai prezzi consigliati, senza che tali decisioni incidano negativamente sull'idoneità ad espandere la propria attività. MCDI ha inoltre chiarito che eventuali incentivi economici legati ai prezzi si limiteranno a pochi prodotti rappresentativi del *brand*, mantenendo un carattere meramente facoltativo e non prescrittivo.

L'AGCM ha apprezzato anche l'apertura alla possibilità, da parte degli affiliati, di scegliere fornitori diversi da quelli approvati da MCDI per i beni non essenziali, purché conformi agli standard qualitativi richiesti. In parallelo, è stata valutata positivamente la scelta di limitare l'aumento del canone di affitto a specifiche ipotesi legate a obblighi contrattuali o normativi, lasciando agli affiliati la facoltà di contestarne l'entità.

Particolarmente significativa è stata la previsione dell'obbligo, da parte di MCDI, di riacquistare gli arredi e le attrezzature acquistati dall'affiliato durante gli ultimi tre anni di contratto, a un valore proporzionato e comprensivo del deprezzamento. Sebbene tale misura non sia stata estesa ai casi di scioglimento anticipato, l'Autorità ha riconosciuto la ragionevolezza della scelta, ritenendo che in tali circostanze sia preferibile lasciare spazio a una trattativa specifica.

Infine, è stata positivamente accolta l'introduzione di un meccanismo di confronto tra le parti nel caso in cui l'apertura di un nuovo punto vendita nelle vicinanze di un ristorante già esistente possa determinare un impatto negativo sul fatturato di quest'ultimo. Pur non istituendo una clausola di esclusiva territoriale, tale impegno è stato considerato un utile strumento di tutela degli affiliati, capace di bilanciare l'interesse del franchisor alla crescita della rete con la necessità di salvaguardare la redditività delle singole attività.

Nel complesso, l'AGCM ha riconosciuto che gli impegni assunti da MCDI, pur non eliminando ogni elemento critico, rappresentano un passo significativo verso una maggiore equità nei rapporti contrattuali e una più efficace tutela della libertà imprenditoriale degli affiliati³⁴.

³⁴ AGCM, Boll. n. 25 del 4 luglio 2022, 14-17

3.4.7. La conclusione del caso McDonald's

A conclusione del procedimento A546, l'AGCM ha ritenuto che gli impegni proposti da MCDI fossero, nel loro complesso, sufficientemente idonei a rimuovere i profili di criticità concorrenziale individuati nella fase iniziale dell'istruttoria. L'AGCM ha preso atto del fatto che, in alcuni casi, la società aveva già iniziato a intervenire su determinate prassi prima dell'apertura formale del procedimento, mostrando una certa disponibilità ad allinearsi a un modello contrattuale più equilibrato.

Particolare apprezzamento è stato espresso in merito agli interventi riguardanti la fase precontrattuale, giudicati capaci di aumentare il livello di consapevolezza degli aspiranti affiliati circa gli obblighi, le responsabilità e le potenzialità economiche legate alla gestione di un ristorante della rete McDonald's. Contestualmente, l'adozione di un nuovo contratto standard, destinato a sostituire progressivamente anche quelli già in essere, è stata considerata una misura utile a ridurre in modo significativo lo squilibrio tra le parti, favorendo la possibilità, per gli affiliati, di negoziare con maggiore forza e autonomia sia durante l'esecuzione del contratto sia in vista della sua eventuale cessazione.

L'Autorità ha inoltre valutato positivamente le modifiche contrattuali finalizzate a riconoscere agli affiliati maggiori margini decisionali nella gestione del punto vendita, in particolare riguardo a politiche commerciali, prezzi, promozioni e approvvigionamenti. Tali interventi sono stati interpretati come segnali concreti di un rafforzamento della libertà imprenditoriale, pur nel rispetto della coerenza e dell'identità del sistema McDonald's. Parallelamente, l'introduzione di misure volte a mitigare l'impatto economico derivante da possibili aperture di nuovi punti vendita in prossimità di ristoranti già esistenti ha rappresentato un ulteriore elemento di tutela per i franchisee.

Per contro, alcune condotte isolate, sollevate da singoli segnalanti, non sono state oggetto di ulteriore indagine, in quanto non riconducibili a pratiche sistematicamente adottate da MCDI nei confronti della generalità degli affiliati. La valutazione dell'AGCM si è infatti limitata ai comportamenti standardizzati e generalizzati, rilevanti ai fini della concorrenza e del mercato.

Alla luce di quanto emerso, l'AGCM ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni presentati da MCDI, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287 del 1990, e di chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione dell'articolo 9 della legge n. 192/1998. La società è stata inoltre tenuta a presentare, entro sessanta giorni dalla notifica del

provvedimento, una relazione sullo stato di attuazione degli impegni assunti. Il caso si è quindi concluso non con una sanzione, ma attraverso l'accoglimento di misure correttive volontarie, ritenute sufficienti a ristabilire condizioni più eque nei rapporti contrattuali verticali all'interno della rete McDonald's³⁵.

3.5. Il caso Benetton: il procedimento A543

Con il provvedimento n. 28447 del 17 novembre 2020, A543 – *Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori*, l'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti di Benetton S.r.l. e Benetton Group S.r.l., ipotizzando un abuso di dipendenza economica ai danni di un rivenditore del marchio Benetton.

Secondo le contestazioni, sarebbero state imposte condizioni contrattuali tali da comprimere in modo significativo l'autonomia imprenditoriale del rivenditore³⁶.

La segnalazione che ha dato avvio all'istruttoria è stata presentata da M.B., amministratore unico della società Miragreen S.r.l., ex affiliata del gruppo operante in Lombardia, nella città di Treviglio (BG), la quale ha lamentato gravi squilibri nel rapporto contrattuale con la casa madre³⁷.

Secondo quanto emerge dalla documentazione ufficiale, la Miragreen avrebbe operato sotto l'insegna United Colors of Benetton sulla base di due contratti di franchising identici. Tuttavia, a causa di una serie di condizioni contrattuali e operative considerate penalizzanti, la società ha cessato l'attività prima della scadenza, sostenendo che il rapporto con Benetton aveva determinato una vera e propria dipendenza economica, tale da compromettere l'equilibrio contrattuale e la sostenibilità aziendale³⁸.

Come si evince dal Bollettino dell'AGCM n. 8 del 20 febbraio 2023, l'istruttoria ha seguito un *iter* complesso e articolato, caratterizzato da proroghe, comunicazioni e approfondimenti successivi. Tali attività hanno permesso all'Autorità di mettere in luce numerose criticità dei modelli contrattuali adottati da Benetton, che hanno sollevato preoccupazioni circa l'equilibrio competitivo e la libertà imprenditoriale degli affiliati³⁹.

³⁵ AGCM, Boll. n. 25 del 4 luglio 2022, 17-19

³⁶ LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm*, 179

³⁷ AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 7

³⁸ AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 7-8

³⁹ AGCM, Boll. n. 8 del 20 febbraio 2023, 5 ss.

3.5.1. Le parti del procedimento: Benetton e Miragreen S.r.l.

I soggetti coinvolti nel procedimento A543 sono, da un lato, il gruppo Benetton, e dall'altro la società Miragreen S.r.l., un ex affiliato operante nella rete commerciale del gruppo.

Benetton presenta una struttura societaria articolata: al vertice si trova la holding Benetton S.r.l. (precedentemente nota come Schematrentasette S.r.l.), che controlla interamente Benetton Group S.r.l. (ex Bencom S.r.l.). Quest'ultima, a sua volta, detiene numerose società operative, tra cui la Benetton Retail Network S.r.l., che gestisce direttamente o indirettamente i rapporti con i negozi affiliati. La rete commerciale di Benetton si articola in circa 5.000 punti vendita, diffusi in Italia e all'estero, organizzati secondo due principali modelli distributivi: i negozi a gestione diretta e quelli affidati a partner indipendenti tramite contratti di franchising o di affitto d'azienda⁴⁰.

Miragreen S.r.l., invece, era una piccola impresa che operava nel settore della vendita al dettaglio di abbigliamento, titolare di due punti vendita United Colors of Benetton nella città di Treviglio, in provincia di Bergamo. Entrambi i negozi erano gestiti sulla base di due contratti di franchising identici, sottoscritti il 14 maggio 2014, con una durata iniziale fino al 2017 e proroga automatica fino al 2022. Tuttavia, l'impresa ha interrotto l'attività prima della scadenza naturale dei contratti, lamentando l'insostenibilità delle condizioni economiche imposte dalla casa madre⁴¹.

3.5.2. La segnalazione di Miragreen S.r.l.: profili critici del contratto di franchising

Il procedimento A543 trae origine da una segnalazione formale presentata in data 19 novembre 2019 dal legale rappresentante di Miragreen S.r.l., M.B., successivamente integrata in due momenti distinti: il 24 giugno e il 15 luglio 2020. Il contenuto della segnalazione delineava un quadro critico dei rapporti commerciali intercorsi con Benetton Group, evidenziando elementi che, secondo il segnalante, configuravano una situazione di abuso di dipendenza economica⁴².

Secondo quanto emerso dalla segnalazione, i contratti di affiliazione commerciale stipulati con il gruppo Benetton risultavano caratterizzati da clausole particolarmente

⁴⁰ AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 7

⁴¹ AGCM, Boll. n. 8 del 20 febbraio 2023, 6

⁴² AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 7

onerose per gli affiliati, tali da ostacolare lo svolgimento dell'attività in condizioni di equilibrio economico, fino a comprometterne la continuità.

Da un lato, la struttura contrattuale del franchising imponeva costi rilevanti che determinavano una dipendenza economica strutturale dell'affiliato nei confronti dell'affiliante; dall'altro, la gestione degli ordini, dei resi e delle garanzie appariva fortemente sbilanciata in favore di Benetton, la quale esercitava un controllo discrezionale su quantità, qualità e tempistiche delle forniture.

Sebbene il contratto riconoscesse formalmente all'affiliato autonomia nella gestione del punto vendita, nella prassi tale autonomia risultava fortemente limitata da numerosi obblighi. Tra questi, l'obbligo di adeguarsi integralmente e a proprie spese al progetto architettonico e di allestimento approvato da Benetton, nonché la necessità di avvalersi di professionisti selezionati dall'affiliante. Ulteriori oneri a carico del franchisee includevano la stipula di una garanzia bancaria presso un istituto di credito gradito a Benetton e la sottoscrizione di una polizza assicurativa con requisiti prestabiliti, anche in relazione alla copertura della perdita di profitto.

Il contratto prevedeva altresì restrizioni significative alla libertà negoziale dell'affiliato: erano vietati la cessione del contratto, la modifica della compagine societaria e il trasferimento del punto vendita senza la preventiva autorizzazione di Benetton. Inoltre, in caso di inadempimento, era contemplata la risoluzione espressa del contratto e alla cessazione del rapporto, all'affiliato non spettava alcuna forma di indennizzo, mentre la rivendita delle rimanenze di merce o degli arredi era sottoposta alla valutazione discrezionale di Benetton.

La gestione delle forniture avveniva attraverso un sistema informatizzato di riassortimento automatico, il quale, sulla base dei dati di vendita giornalieri trasmessi dall'affiliato, consentiva a Benetton di inviare ulteriori quantitativi di merce rispetto a quelli inizialmente ordinati. Questo meccanismo rendeva difficile una pianificazione autonoma e consapevole degli approvvigionamenti, in particolare per i c.d. "Prodotti Moda", caratterizzati da tempistiche e modalità di consegna rigide.

Anche sul piano commerciale, l'autonomia dell'affiliato era solo apparente. Pur essendo formalmente previsto che i prezzi di rivendita fossero stabiliti dal franchisee, quest'ultimo era obbligato a partecipare alle campagne promozionali organizzate da Benetton e non

poteva intraprendere iniziative pubblicitarie autonome senza il consenso scritto dell'affiliante, pena la risoluzione del contratto.

Le Condizioni Generali di Vendita, allegate al contratto, imponevano ulteriori limitazioni: i termini di consegna erano indicativi solo per Benetton; in caso di rifiuto, anche parziale, della merce, l'affiliante poteva decidere unilateralmente se richiedere l'esecuzione forzata del contratto o procedere alla sua risoluzione; inoltre, erano previste condizioni stringenti per la restituzione dei prodotti viziati o in eccesso. Era esclusa la possibilità, per l'affiliato, di sospendere i pagamenti o opporre eccezioni anche in presenza di contestazioni fondate. Molte di queste clausole avevano natura vessatoria ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., e avrebbero richiesto la doppia sottoscrizione da parte del contraente debole. Tuttavia, la documentazione acquisita non conteneva prova di tali sottoscrizioni.

In conclusione, il contratto di affiliazione predisposto da Benetton delineava un assetto fortemente sbilanciato, che attribuiva all'affiliante il controllo su numerosi aspetti strategici e operativi dell'attività, limitando significativamente la libertà imprenditoriale del franchisee. Secondo quanto riportato dal segnalante, tale squilibrio si sarebbe inserito in una più ampia politica commerciale finalizzata a trasferire sui rivenditori il rischio d'impresa, in particolare quello legato all'invenduto, con conseguenze tali da compromettere definitivamente l'attività economica del soggetto affiliato⁴³.

3.5.3. Le valutazioni compiute dall'AGCM

Nel caso esaminato, dalle informazioni acquisite emerse che i rapporti contrattuali tra Benetton e il rivenditore risultavano fortemente squilibrati, a causa di una serie di obblighi e vincoli economici che gravavano sull'affiliato. Tali condizioni rendevano particolarmente complessa, se non impossibile, l'individuazione per quest'ultimo di alternative commerciali soddisfacenti sul mercato.

Le clausole contrattuali più rilevanti riguardavano, tra l'altro, l'obbligo di conformarsi al progetto architettonico stabilito da Benetton, la necessità di prestare una garanzia bancaria, la stipula di specifiche coperture assicurative, e numerose limitazioni alla possibilità di trasferire il contratto o il punto vendita.

Benetton, attraverso tali previsioni, aveva delineato una struttura contrattuale che imponeva all'affiliato un modello organizzativo rigido, costruito in funzione delle

⁴³ AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 8-11

esigenze dell'affiliante. Questo sistema impediva all'affiliato di adattarsi a differenti strategie commerciali o di riconvertire la propria attività.

Il quadro contrattuale risultava ulteriormente aggravato dalla condizione debitoria pregressa del rivenditore nei confronti di Benetton, la quale contribuiva a rafforzarne lo stato di dipendenza economica.

L'imposizione di clausole particolarmente vincolanti e l'applicazione discrezionale delle stesse da parte dell'affiliante si traducevano in un forte condizionamento dell'autonomia economica del franchisee. In particolare, la gestione degli ordini, elemento centrale per l'operatività del punto vendita, risultava sottoposta alla volontà unilaterale di Benetton, sia in relazione alla tempistica che ai quantitativi. Il sistema di riassortimento automatico e la gestione dei c.d. "Prodotti Moda" confermavano l'assenza di effettivo potere decisionale in capo al rivenditore.

Ulteriori criticità derivavano dalla previsione secondo cui le proposte d'acquisto formulate dall'affiliato erano da considerarsi irrevocabili per un periodo di dieci mesi, oltre che dalla facoltà di Benetton di fissare liberamente le scadenze per gli ordini.

Le clausole relative alla consegna, al rifiuto delle merci, alle limitazioni di garanzia e alla gestione dei resi imponevano obblighi unilaterali al franchisee, che si trovava così esposto a rilevanti rischi economici pur in assenza di corrispondenti tutele.

Considerato che il gruppo Benetton occupava una posizione di primo piano nel mercato dell'abbigliamento, risultando tra i principali operatori del settore, la vicenda assunse una valenza non solo individuale, ma anche sistemica. Secondo l'AGCM, l'adozione di un simile modello contrattuale da parte di un soggetto con un'ampia rete di affiliazione poteva, infatti, incidere negativamente sull'equilibrio concorrenziale nel mercato di riferimento, limitando la libertà imprenditoriale dei rivenditori e alterando le dinamiche di competizione⁴⁴.

3.5.4. Lo svolgimento dell'istruttoria

Sulla base delle valutazioni compiute nel provvedimento di avvio n. 28447 del 17 novembre 2020, l'AGCM ha deciso di avviare un'istruttoria approfondita nei confronti delle società Benetton S.r.l. e Benetton Group S.r.l. ai sensi dell'art. 14 della l. n. 287 del

⁴⁴ AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 11-12

1990, volta ad accertare se le condotte contestate potessero configurare un abuso di dipendenza economica *ex* articolo 9 della legge n. 192 del 1998⁴⁵.

L'istruttoria si è articolata in più fasi, con successive proroghe dei termini finali per la conclusione del procedimento, rese necessarie dall'elevato grado di complessità del caso e dalla necessità di garantire il pieno rispetto del diritto di difesa delle parti. In particolare, con provvedimento del 3 dicembre 2021, il termine inizialmente fissato è stato esteso al 29 aprile 2022⁴⁶, e successivamente prorogato ancora al 15 luglio 2022⁴⁷, e infine al 31 marzo 2023, in virtù della decisione dell'AGCM di disporre un supplemento istruttorio volto ad approfondire l'impatto economico delle condotte contestate⁴⁸.

Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità ha svolto una serie di accertamenti, procedendo a ispezioni presso le sedi delle società coinvolte. Successivamente, ha esaminato il materiale informatico acquisito, tra cui un ampio *database* di corrispondenza elettronica, risultato particolarmente utile per ricostruire in modo dettagliato le modalità operative e le dinamiche contrattuali tra le parti.

L'istruttoria è stata ulteriormente arricchita mediante l'audizione delle parti direttamente interessate, nonché attraverso la raccolta di dichiarazioni spontanee rese da altri rivenditori ed ex collaboratori del gruppo. Tra questi, hanno offerto il proprio contributo un ex affiliato, il cui contratto era cessato, e un precedente responsabile dell'area commerciale del gruppo Benetton, le cui testimonianze hanno consentito di delineare con maggiore chiarezza il contesto oggetto di indagine.

In aggiunta, l'Autorità ha acquisito anche contributi da soggetti terzi, tra cui un'associazione di categoria, chiamata a esprimersi sulla rilevanza economica del contratto di franchising e sulla diffusione delle clausole contestate.

Alla luce del quadro istruttorio così composto, l'Autorità ha riscontrato profili di criticità nella condotta dell'affiliante, con particolare riferimento alla gestione delle forniture, la quale è apparsa condizionata dallo stato debitorio dell'affiliato, con possibili riflessi sulla sua libertà contrattuale e autonomia operativa⁴⁹.

⁴⁵ AGCM, Boll. n. 47 del 30 novembre 2020, 13

⁴⁶ AGCM, Boll. n. 50 del 20 dicembre 2021, 17

⁴⁷ AGCM, Boll. n. 16 del 2 maggio 2022, 5

⁴⁸ AGCM, Boll. n. 26 del 11 luglio 2022, 6

⁴⁹ AGCM, Boll. n. 8 del 20 febbraio 2023, 7-9

3.5.5. Gli impegni presentati da Benetton: contenuto e finalità

A fronte delle criticità rilevate nel corso dell'istruttoria e formalizzate nella comunicazione delle risultanze istruttorie, le società Benetton S.r.l. e Benetton Group S.r.l. hanno presentato, ai sensi dell'art. 14-*ter* della l. n. 287 del 1990, una serie di impegni formali, finalizzati a rimuovere i profili di possibile abuso di dipendenza economica riscontrati nei contratti di franchising.

Gli impegni si sono posti l'obiettivo di riformare in modo strutturale il modello contrattuale utilizzato fino a quel momento, riequilibrando i rapporti con gli affiliati e aumentando la loro autonomia decisionale.

Il primo ha previsto l'eliminazione, dal modello contrattuale *standard*, dell'allegato relativo alla ricognizione del debito pregresso, nonché l'introduzione di una nuova procedura per la sospensione delle forniture in caso di inadempimento dell'affiliato alle obbligazioni derivanti dal contratto di franchising. Tale previsione si fonda sul principio dell'autonomia dei singoli rapporti negoziali, sancito espressamente dall'articolo 15 del nuovo modello contrattuale.

Il secondo impegno ha riguardato la soppressione di ogni riferimento contrattuale al *budget* minimo di acquisto, una clausola che in precedenza imponeva obblighi economici fissi anche in assenza di previsioni di vendita realistiche, con potenziali effetti restrittivi sull'autonomia gestionale del franchisee.

Con il terzo impegno, Benetton ha introdotto una nuova *policy* operativa, allegata al contratto, volta a disciplinare in modo trasparente e predeterminato il processo di invio e accettazione degli ordini di acquisto, attribuendo all'affiliato la facoltà esclusiva di definire, in modo autonomo e unilaterale, quantità e tipologie di prodotti.

In stretta connessione, il quarto impegno ha comportato l'eliminazione del sistema di riassortimento automatico precedentemente adottato, sostituito dalla costituzione di una scorta centralizzata di prodotti, gestita da Benetton, dalla quale il franchisee può attingere secondo le proprie esigenze, esercitando una maggiore discrezionalità nella gestione delle scorte.

Il quinto impegno ha introdotto l'inclusione, all'interno del contratto di franchising, delle condizioni generali di vendita, che sono state allo stesso tempo modificate. Le nuove disposizioni hanno ridefinito i termini di consegna e rinviato espressamente ai principi generali del Codice civile in merito all'eventuale rifiuto, da parte dell'affiliato, di ricevere

la merce ordinata, apportando così maggiore chiarezza e tutela rispetto alla versione precedente.

Con il sesto impegno, Benetton ha previsto l'introduzione di una nuova clausola contrattuale in forza della quale, in caso di cessazione del rapporto di franchising, la casa madre si è dichiarata disponibile ad acquistare gli arredi e gli elementi di allestimento identificati in sede di sottoscrizione del contratto, riconoscendone il valore di mercato.

Infine, il settimo impegno ha riconosciuto all'affiliato il diritto di recedere unilateralmente dal contratto di franchising una volta decorso il primo anno di durata, previo preavviso di sei mesi, introducendo così un meccanismo di flessibilità contrattuale che prima risultava assente⁵⁰.

Tali misure, tuttavia, sono state oggetto di ulteriori valutazioni da parte dell'Autorità e dei soggetti interessati, con specifico riferimento ai tempi di attuazione e all'effettiva idoneità degli impegni a rimuovere le criticità accertate nel corso dell'istruttoria.

Con riferimento ai tempi e alle modalità di attuazione, le società Benetton S.r.l. e Benetton Group S.r.l. si sono impegnate ad applicare le misure oggetto degli impegni sia ai contratti futuri che a quelli già in essere. Per i nuovi contratti, l'applicazione è stata prevista entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento di accettazione da parte dell'Autorità; per quelli in corso, l'estensione delle modifiche è avvenuta entro un termine massimo di nove mesi dalla medesima data. Alcune misure, tuttavia, sono state dichiarate immediatamente efficaci, tra cui l'impegno a non reintrodurre clausole relative al *budget* minimo o a obblighi di acquisto vincolanti, nonché la previsione di un termine più favorevole, pari a quindici giorni, per la denuncia dei vizi della merce, in deroga rispetto al termine di otto giorni stabilito dall'art. 1495 c.c.

Nel corso della consultazione pubblica, il segnalante ha espresso un giudizio critico sugli impegni presentati, ritenendoli inadeguati a rimediare efficacemente alle distorsioni della concorrenza prodotte dalle prassi contrattuali adottate da Benetton nel corso del rapporto negoziale. È stato osservato, in particolare, che le misure si limitavano a rimuovere le criticità per il futuro, senza offrire una compensazione concreta per i danni già subiti da affiliati attuali o cessati. Con specifico riguardo al primo impegno, il segnalante ha sottolineato che il riferimento al debito pregresso e le conseguenti politiche di blocco delle forniture hanno contribuito al fallimento di numerosi rivenditori; pertanto,

⁵⁰ AGCM, Boll. n. 40 del 7 novembre 2022, 5-6

l'eliminazione della clausola appariva necessaria, ma non sufficiente a sanare il pregiudizio già arrecato.

Critiche analoghe sono state rivolte anche al secondo e al terzo impegno, considerati tardivi rispetto agli effetti negativi già prodotti.

Il quarto impegno, relativo al superamento del riassortimento automatico, è stato giudicato parziale, in quanto non ha incluso i c.d. “Prodotti Moda” e le vendite promozionali, ambiti nei quali Benetton continuerebbe a mantenere un controllo unilaterale su linee e scontistica. Anche il quinto impegno è stato ritenuto incompleto: pur introducendo modifiche importanti alle condizioni generali di vendita, non avrebbe incluso clausole tipiche del franchising utili a sostenere l'attività economica dell'affiliato, come la possibilità di ricevere la merce in conto vendita o l'obbligo dell'affiliante di contribuire all'allestimento del punto vendita.

In merito al sesto impegno, il segnalante ha giudicato insufficiente il solo riferimento al “valore di mercato” per la determinazione del prezzo di riacquisto degli arredi. È stata proposta, in alternativa, una soluzione più equa, basata su percentuali di svalutazione progressiva calcolate annualmente sul prezzo di acquisto originario.

Infine, in relazione all'ultimo impegno presentato da Benetton, è stata sottolineata l'opportunità di collegare al diritto di recesso non solo il riacquisto degli arredi a condizioni vantaggiose, ma anche la possibilità di rifiutare la merce ordinata per la stagione successiva alla cessazione del contratto.

Alle osservazioni del segnalante si sono aggiunte quelle formulate dal Comitato Unione Commercianti Bistrattati (UCB), il quale ha evidenziato come il procedimento avviato dall'AGCM non abbia tenuto conto delle posizioni dei commercianti operanti nel canale *wholesale*, ossia soggetti non formalmente legati a Benetton da contratti di franchising, ma che avrebbero subito pratiche contrattuali simili a quelle denunciate. In tale prospettiva, il Comitato ha auspicato che gli impegni presentati venissero estesi anche a tali operatori.

A seguito del *market test*, le società del gruppo Benetton hanno integrato il sesto e il settimo impegno. In particolare, con riguardo al primo, è stato stabilito che, su richiesta dell'affiliato formulata entro trenta giorni dalla cessazione del contratto, Benetton si impegna a riacquistare gli arredi a un valore pari al prezzo di acquisto (al netto di IVA) decurtato del 20% per ogni anno o frazione trascorso dall'acquisto, fino a un massimo di

quattro anni. In alternativa, resta applicabile il valore di mercato, purché gli arredi siano stati utilizzati in modo diligente. Quanto al diritto di recesso, è stato chiarito che Benetton non procederà alla consegna di prodotti programmati per un periodo successivo alla scadenza del preavviso e che, di conseguenza, l'affiliato non sarà tenuto a pagare la merce non consegnata⁵¹.

3.5.6. La valutazione degli impegni da parte dell'AGCM: adeguatezza ed effetti concorrenziali

Nel valutare l'efficacia degli impegni assunti da Benetton, l'Autorità ha preliminarmente rilevato come tanto il segnalante quanto l'UCB abbiano riconosciuto che le modifiche contrattuali proposte rappresentavano un passo avanti verso un maggiore equilibrio negoziale. Tuttavia, con specifico riferimento alle osservazioni formulate da UCB, è stato chiarito che l'ambito del procedimento ha riguardato esclusivamente i rapporti di franchising, restando pertanto estranei gli eventuali effetti riconducibili a relazioni contrattuali di natura diversa, come quelle intercorrenti con i rivenditori *wholesale*, che non erano stati oggetto di contestazione nel provvedimento di avvio.

Quanto alle critiche del segnalante, è stato osservato che le misure proposte sarebbero giunte troppo tardi per rimediare agli effetti già prodotti da condotte ritenute lesive, come il fallimento di numerosi punti vendita. Inoltre, è stata evidenziata l'assenza di interventi più incisivi volti a ridurre il rischio economico in capo al franchisee.

A fronte di tali rilievi, l'Autorità ha tuttavia ritenuto che gli impegni, seppur non volti a riparare il danno già verificatosi, risultassero comunque idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali individuate in sede di istruttoria, in linea con i principi della giurisprudenza consolidata in materia di impegni.

Nel complesso, le misure contrattuali presentate da Benetton sono state valutate positivamente, poiché ritenute idonee a ristabilire una dinamica commerciale coerente con i principi di correttezza e lealtà nei rapporti tra imprese, in conformità con quanto previsto dalla l. n. 129 del 2004 sull'affiliazione commerciale. In particolare, l'eliminazione della clausola relativa alla ricognizione del debito pregresso è stata considerata un elemento significativo per evitare indebite pressioni in fase di sottoscrizione del contratto e per prevenire l'utilizzo strumentale del blocco delle

⁵¹ AGCM, Boll. n. 8 del 20 febbraio 2023, 10-11

forniture come forma di condizionamento economico. L'efficacia di tale misura è risultata ancor più evidente laddove è stato chiarito che il mancato pagamento rilevante ai fini contrattuali deve riguardare esclusivamente le obbligazioni sorte nell'ambito del singolo contratto di franchising.

Anche l'abolizione del sistema automatico di riassortimento è stata valutata favorevolmente, in quanto ha ridotto la discrezionalità dell'affiliante nella gestione degli ordini e ha restituito al franchisee un maggior controllo sugli approvvigionamenti.

La costituzione di un magazzino centralizzato, basato sull'esperienza e sul *know-how* del gruppo, ha inoltre garantito un equilibrio tra flessibilità operativa e tutela dell'uniformità del marchio.

Per quanto riguarda i c.d. "Prodotti Moda", l'Autorità ha osservato che questi risultavano già esclusi dai contratti di franchising, mentre le promozioni infra-stagionali non sono state oggetto di contestazione specifica durante l'istruttoria.

Ulteriori profili positivi sono stati rinvenuti nella soppressione del *budget* d'acquisto predefinito, nella previsione di un calendario concordato per le consegne e nell'impegno a riacquistare gli arredi in caso di cessazione anticipata del rapporto, elementi che, nel loro insieme, concorrono a rafforzare la trasparenza contrattuale e la sostenibilità economica per l'affiliato.

Particolarmente apprezzate sono state anche le modifiche introdotte a seguito del *market test*, che hanno reso il criterio di riacquisto degli arredi più aderente al valore effettivo, mediante l'applicazione di un sistema di svalutazione progressiva, in alternativa al valore di mercato. Ciò ha consentito di tenere conto della naturale obsolescenza degli investimenti effettuati, offrendo al contempo un meccanismo di uscita meno penalizzante.

Infine, rispetto alla richiesta del segnalante di introdurre ulteriori strumenti di tutela, come la restituzione della merce invenduta o la fornitura in conto vendita, l'Autorità ha rilevato come tali misure si giustifichino solo in presenza di una gestione centralizzata degli ordini da parte del franchisor. In un contesto, come quello proposto da Benetton, in cui è l'affiliato a determinare in autonomia il volume e le modalità di acquisto, l'adozione di simili clausole non sarebbe risultata coerente con l'impianto contrattuale riformato⁵².

⁵² AGCM, Boll. n. 8 del 20 febbraio 2023, 12-13

3.5.7. La conclusione del procedimento

Al termine dell'istruttoria, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto che gli impegni presentati dalle società Benetton S.r.l. e Benetton Group S.r.l. fossero complessivamente idonei a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali connesse ai profili di abuso di dipendenza economica emersi nel corso del procedimento. In particolare, tali misure sono state giudicate sufficientemente efficaci a neutralizzare le criticità individuate nella fase di avvio, in conformità a quanto previsto dall'art. 9 della legge n. 192 del 1998 e dall'art. 14-*ter* della legge n. 287 del 1990.

In ragione di tale valutazione positiva, l'Autorità ha deliberato di rendere obbligatori gli impegni proposti, disponendone l'attuazione nei termini indicati e allegati al provvedimento finale, di cui costituiscono parte integrante.

Conseguentemente, il procedimento è stato formalmente chiuso senza accertamento dell'infrazione dell'art. 9, co. 3-*bis* della l. n. 192 del 1998, come previsto dalla disciplina sugli impegni.

Le società del gruppo Benetton sono state inoltre tenute a presentare all'Autorità, entro sessanta giorni dalla notifica del provvedimento, una relazione dettagliata sullo stato di attuazione degli impegni assunti.

Il provvedimento è stato pubblicato nel Bollettino ufficiale dell'AGCM e notificato alle parti interessate.

È stata infine riconosciuta la possibilità per i soggetti coinvolti di proporre eventuale ricorso giurisdizionale, nei termini e con le modalità previste dal Codice del processo amministrativo, o, in alternativa, ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁵³.

La conclusione del caso Benetton rappresenta un esempio significativo di applicazione degli strumenti di *enforcement* alternativi alla sanzione. In questo contesto, l'adozione di misure correttive ha permesso di prevenire e correggere squilibri contrattuali potenzialmente lesivi della concorrenza, senza la necessità di giungere a un accertamento formale dell'infrazione.

⁵³ AGCM, Boll. n. 8 del 20 febbraio 2023, 14

3.6. Abuso di dipendenza economica nei contratti di franchising: profili ricorrenti, limiti normativi e prospettive di riforma

I procedimenti conclusi dall'Autorità fino ad oggi, in tema di abuso di dipendenza economica, hanno dunque riguardato prevalentemente modelli contrattuali riconducibili al franchising o alla distribuzione verticale, caratterizzati da elementi strutturali ricorrenti e da dinamiche relazionali tendenzialmente analoghe.

La prassi dell'AGCM ha messo in luce due principali configurazioni in cui tali abusi assumono rilevanza concorrenziale: da un lato, quando condizioni contrattuali inique vengono imposte in maniera uniforme e ripetitiva a un ampio numero di controparti, secondo schemi standardizzati e insensibili alle specificità dei singoli rapporti come evidenziato nei casi McDonald's, Original Marines, Benetton e Wind Tre; dall'altro, quando la parte "forte" riveste una posizione economicamente significativa nel mercato di riferimento, con la capacità di alterare l'equilibrio concorrenziale complessivo come accaduto nei procedimenti riguardanti Poste Italiane, M-Dis e Meta-SIAE.⁵⁴

I casi Original Marines e Wind Tre confermano l'esistenza di dinamiche contrattuali molto simili a quelle riscontrate nei casi McDonald's e Benetton.

Nel procedimento Original Marines, con il provvedimento n. 29930 del 3 dicembre 2021, A550 - *Catena di franchising Original Marines*, l'AGCM ha rilevato una gestione centralizzata delle leve commerciali, dai prezzi alle promozioni, che svuotava di significato l'autonomia degli affiliati. Il procedimento si è concluso con l'accoglimento di impegni volti a ripristinare margini gestionali e a correggere gli automatismi contrattuali⁵⁵.

In modo analogo, nel caso Wind Tre, nel provvedimento n. 29874 del 4 novembre 2021, A547 - *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori*, l'Autorità ha censurato l'imposizione di clausole particolarmente onerose per i rivenditori, come l'obbligo di esclusiva, modifiche unilaterali del contratto e clausole di non concorrenza. Anche in questo caso, l'intervento si è concluso con impegni volti a rafforzare la sostenibilità economica degli operatori⁵⁶.

⁵⁴ ARGENTATI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato*, 209-210

⁵⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2022*, 31 marzo 2023, 55

⁵⁶ AGCM, *Relazione annuale 2023*, 57

Sul fronte giurisprudenziale, il giudice amministrativo ha adottato posizioni non sempre convergenti. Nel caso Poste Italiane, il TAR Lazio ha escluso la sussistenza di un pregiudizio alla concorrenza, ritenendo che l'uscita di un'impresa dal mercato potesse dipendere da fattori esterni, come l'ingresso di operatori più efficienti. Tuttavia, l'istruttoria dell'AGCM aveva evidenziato come l'impresa esclusa rappresentasse un punto di riferimento rilevante nel contesto locale.

Diversa è stata la posizione del TAR nel caso Meta-SIAE, in cui è stato riconosciuto un impatto anticoncorrenziale significativo derivante dall'interruzione delle trattative. Tale condotta, secondo il giudice, aveva limitato l'accesso degli artisti alla piattaforma e rischiava di compromettere la disponibilità delle opere per il pubblico⁵⁷.

Dall'analisi dei casi pratici emerge con chiarezza l'esigenza di una revisione del quadro normativo attuale, che, tanto con riferimento alla legge n. 129 del 2004 quanto all'articolo 9 della legge n. 192 del 1998, si rivela inadeguato nel prevenire e contrastare efficacemente l'abuso di dipendenza economica nei contratti di franchising.

La disciplina sul contratto di affiliazione commerciale, pur rappresentando un primo tentativo di regolazione del settore, si concentra quasi esclusivamente sulla fase precontrattuale, imponendo obblighi informativi all'affiliante ma trascurando completamente la fase esecutiva, in cui si verificano le asimmetrie più rilevanti. L'ampia libertà riconosciuta all'autonomia contrattuale delle parti, infatti, si traduce spesso in un potere esclusivo del franchisor, il quale può imporre condizioni gravose, standardizzate e non negoziabili a una pluralità indistinta di affiliati.

Anche l'articolo 9 della legge sulla subfornitura, pur richiamato come strumento sussidiario di tutela, si dimostra spesso inadeguato in quanto l'onere gravoso di dimostrare non solo la situazione di dipendenza economica, ma anche la condotta abusiva, rende nella pratica estremamente difficile per l'affiliato attivare un rimedio efficace. Questo limite si riflette anche nell'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che, pur riconoscendo la rilevanza concorrenziale di alcune prassi, è frequentemente portata ad accogliere impegni correttivi in luogo di pronunce sanzionatorie, senza affrontare la dimensione strutturale del fenomeno.

L'abuso di dipendenza economica nel contratto di franchising non può più essere considerato un'eccezione patologica, ma costituisce ormai una prassi diffusa e sistemica.

⁵⁷ ARGENTATI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato*, 210

In tale scenario, la mancanza di strumenti giuridici capaci di intervenire in modo tempestivo e strutturato non solo compromette la libertà economica del singolo affiliato, ma incide direttamente sull'equilibrio del mercato. L'uniformità contrattuale imposta dall'alto soffoca la concorrenza all'interno della rete e rafforza indebitamente la posizione del franchisor rispetto ai concorrenti esterni, alterando le dinamiche competitive nel loro complesso.

In questa prospettiva, una possibile soluzione normativa potrebbe essere individuata nell'introduzione di una presunzione relativa di dipendenza economica in tali contratti, fondata su criteri oggettivi e ricorrenti: investimenti specifici e non recuperabili, standardizzazione del contratto, vincoli di durata, mancanza di alternative commerciali e incidenza del rapporto sul fatturato dell'affiliato. Una simile presunzione alleggerirebbe l'onere probatorio in capo all'affiliato e produrrebbe un effetto deterrente generalizzato: la maggiore esposizione al contenzioso civile disincentiverebbe il franchisor dall'imporre condizioni contrattuali ingiustificate e seriali.

Alla luce di tali considerazioni, è utile richiamare l'intervento normativo introdotto dall'art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118, che ha modificato l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, introducendo una presunzione relativa di dipendenza economica per le imprese che si avvalgono dei servizi di intermediazione di piattaforme digitali aventi un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in ragione degli effetti di rete o della disponibilità dei dati. Tale presunzione non nasce con finalità espansive dell'ambito soggettivo della disciplina, bensì con lo scopo dichiarato di rendere effettiva e tempestiva l'applicazione della norma in un contesto, come quello digitale, caratterizzato da asimmetrie strutturali di potere difficilmente inquadrabili nei canoni tradizionali dell'abuso di posizione dominante.

Proprio l'esperienza delle piattaforme digitali ha messo in luce i limiti applicativi della disciplina vigente, in particolare quanto alla prova dell'assenza di alternative commerciali soddisfacenti e all'individuazione di un mercato rilevante. In tale contesto, la presunzione ha avuto la funzione di alleggerire il carico probatorio sia per l'impresa che denuncia l'abuso sia per l'AGCM, la quale ha segnalato essa stessa la necessità di un rafforzamento

normativo per fronteggiare l'emersione di condotte abusive da parte di soggetti non formalmente dominanti, ma in posizione di intermediazione essenziale⁵⁸.

Le stesse ragioni sottese a tale riforma, ovverosia la presenza di rapporti contrattuali standardizzati, il potere di condizionamento unilaterale, l'assenza di alternative reali e l'incidenza economica sistemica della relazione, si ritrovano anche nei contratti di franchising, dove la centralità del franchisor nella catena del valore si traduce in un vincolo funzionale analogo a quello delle piattaforme. In questa prospettiva, appare del tutto coerente ipotizzare l'estensione di un simile meccanismo presuntivo anche in questo ambito, a maggior ragione se si considera che il regolamento (UE) 2022/1925, noto come *Digital Markets Act*, si fonda su una logica regolatoria *ex ante*, rivolta a prevenire la reiterazione di condotte abusive nei mercati caratterizzati da potere contrattuale strutturale, a prescindere dalla verifica della dominanza formale.

Lo stesso principio, applicato al contratto di franchising, consentirebbe di anticipare dunque l'intervento correttivo, spostando l'asse della tutela da una logica repressiva a una di prevenzione degli squilibri sistemici.

⁵⁸ BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2023, 39 ss.

BIBLIOGRAFIA

ADAMO, *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, "abuso del diritto" e tutela del contraente debole*, in *Diritto & Diritti*, 3 febbraio 2005.

AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, Giappichelli, Torino, 2012.

ARGENTATI, *Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato. Spunti dalle prime pronunce del giudice amministrativo*, in ARGENTATI A. (a cura di), *Diritto civile e tutela del mercato*, Collana "Temi e Problemi", Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dicembre 2024, 197 ss.

ATTANASIO, *Abuso di dipendenza economica e tutela dell'impresa debole*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 179.

BACHELET, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali (art. 33 l. 5 agosto 2022, n. 118, che modifica l'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2023, 39.

BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023.

BENUCCI, *Le prime pronunce in tema di "abuso di dipendenza economica"*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato: le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, CEDAM, Padova, 2005, 415 ss.

BOLOGNESI, *Il franchising diventa contratto tipico: la nuova disciplina della l. n. 129/2004*, in *Impresa commerciale e industriale*, 2004, 1237.

BRIGANTI, *Il franchising: evoluzione dell'istituto e sua tipizzazione normativa*, in *Notariato*, 2004, 559.

CALDA BECCADELLI, *Il know-how nel contratto di franchising*, in *Dir. ind.*, 2018, 540.

CALLIPARI, *Il contratto di franchising*, Giuffrè, Milano, 2016.

COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti: un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino, 2004.

CONTI, *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022.

DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, in *Atti del II Convegno nazionale «Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale»*, *Orizzonti del diritto commerciale*, Roma, 2011, 1.

- DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contr. impr.*, 2004, 761.
- DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Luiss University Press, Roma, 2009.
- DI PACE, *Le nuove regole sul franchising*, in *Pmi*, 2004, 14.
- FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006.
- FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, Milano, 2012.
- GUERINONI, *Il franchising*, in *Pmi*, 2004, 12.
- GUERINONI, *La disciplina dell'«affiliazione commerciale»: definizioni e campo di applicazione*, in *Pmi*, 2006, 12.
- LOPOPOLO, *L'abuso di dipendenza economica al vaglio dell'Agcm: i casi Poste Italiane, Benetton e McDonald's*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2022, 177.
- MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003.
- MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2022.
- MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'Autorità*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, 3, 549.
- MINERVINI, *L'abuso di dipendenza economica rilevante per la concorrenza e il mercato*, in COLANGELO e MINERVINI (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, Il Mulino, Bologna, 2023, 37 ss.
- NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PARINI, *Franchising e obblighi di disclosure*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 783.
- PENNAZZI CATALANI, *Profili civilistici*, in CLARIZIA e MARCHETTI (a cura di), *I contratti di distribuzione*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, 167 ss.
- PISANI TEDESCO, *L'abuso di dipendenza economica, tra avanzamenti del legislatore e incertezze giurisprudenziali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, 192.
- PINTO, *L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 389.

RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contr. impr.*, 2013, 370.

RINALDI e TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in SPOSATO e COCCIA (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Giappichelli, Torino, 1999.

SPAGNOLELLO, *L'abuso di dipendenza economica e la sua rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato*, in A. Catricalà, C.E. Cazzato, F. Fimmanò (a cura di), *Diritto antitrust*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 528 ss.

TALDONE, *Il contratto di franchising*, in DI AMATO e CALCIANO (a cura di), *I contratti di impresa*, Giappichelli, Torino, 2020, 371 ss.

VACCÀ, *Franchising: una disciplina in cerca di identità*, in *Contr. impr.*, 2004, 870.

VISCONTI, *Il franchising: le garanzie per le imprese affiliate*, in *Pmi*, 2013, 33.

ALTRE FONTI

AGCM, *Bollettino n. 23 del 28 giugno 1995*.

AGCM, *Bollettino n. 5 del 16 febbraio 1998*.

AGCM, *Bollettino n. 47 del 30 novembre 2020*.

AGCM, *Bollettino n. 33 del 16 agosto 2021*.

AGCM, *Bollettino n. 50 del 20 dicembre 2021*.

AGCM, *Bollettino n. 10 del 21 marzo 2022*.

AGCM, *Bollettino n. 16 del 2 maggio 2022*.

AGCM, *Bollettino n. 25 del 4 luglio 2022*.

AGCM, *Bollettino n. 26 dell'11 luglio 2022*.

AGCM, *Bollettino n. 8 del 20 febbraio 2023*.

AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2022*, 31 marzo 2023

AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2023*, 31 marzo 2024

GIURISPRUDENZA

Corte giust. UE, 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Irmgard Schillgalis*.

Trib. Bari, ord., 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208.

Trib. Taranto, ord., 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 262 ss.

Trib. Bari, ord., 17 gennaio 2005, in *Contratti*, 2005, 893, con nota di NATALI.

Trib. Roma, Sez. III, 5 febbraio 2008, n. 2688, in *Giur. it.*, 2009, I, 109, con nota di WEIGMANN.

Cass., S.U., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, 298, con nota di ROMANO.

Cass., Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contratti*, 2015, 241, con nota di LAMICELA.

Trib. Torino, Sez. Spec. Impresa, 6 giugno 2017, n. 2952, in *Giur. comm.*, 2019, II, 828, con nota di CALABRESE.

Cass., Sez. III, ord., 10 maggio 2018, n. 11256, in *Dir. ind.*, 2018, 540, con nota di CALDA BECCADELLI.

Cass., Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184, in *Giust. civ. Mass.*, 2020.

Cass., Sez. I, ord., 19 ottobre 2022, n. 30885, in *CED Cassazione*, 2022.

Cass., Sez. III, ord., 22 luglio 2024, n. 20270, in *Mass. redaz.*, 2024.