

## ECONOMIC DEPENDENCE: HOW TO PROTECT AGAINST ABUSIVE PRACTICES



### MAURIZIO IORIO

This monthly feature originates from the partnership between Marketplace and ANDEC, and it is edited by Maurizio Iorio, in his dual role of professional Attorney at Law in Milan and President of ANDEC. In each issue he will address legal matters with a special focus on the electronics sector. Further details are available on the website: [www.andec.it](http://www.andec.it), while this article published also in Italian and French can be found on the website: [www.avvocatoiorio.it](http://www.avvocatoiorio.it)

**In this article I will address the legally relevant issue of the dependence of an enterprise on an other.**

Such a situation, not in itself forbidden (but actually physiological under certain market conditions as it will be seen better further on), can give rise to prohibited and thus illegal practices, that may be adopted by the enterprise in the 'stronger' position in respect to the 'weaker' one. Dependence can be in various forms, in view of the circumstances linked to each individual case. In this article, I will consider three particularly relevant and important types: **abuse of economic dependence, abuse of dominant position, abuse of right.**

### ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE

The first case concerns the abuse of economic dependence, envisaged by Article 9 of Law 192/1998. Although this provision has been included in the law intended to regulate subcontracting agreements, according to the case law it also applies to situations which are very different from that kind of agreements.

Pursuant to Article 9, para. 1 of said Law: *"The abuse of a client or supplier's state of economic dependence with regard to one or more enterprises is forbidden. A state of economic dependence exists when an enterprise finds itself in a position to bring about excessive imbalances in the rights and obligations pertaining to its commercial relations with another enterprise. The assessment of economic dependence also accounts for any real possibility for the abused enterprise to find satisfactory alternatives elsewhere in the market"*.

The second paragraph reads: *"The abuse may also consist in the refusal to sell or buy, in the imposition of unjustifiably burdensome or discriminatory contract conditions and/or in the arbitrary termination of established trade relations. (...)"*

An example using fictitious names will explain better what this means: a company (A-Ltd) is in a condition of economic dependence in relation to another company (B-Ltd) as for many years it has been purchasing from the latter company certain sophisticated components that for A-Ltd are, on the one hand, essential for its own production, and on the other, unique on the market since produced and supplied almost exclusively by B-Ltd. Such a situation of firmly established long-standing business relationships may also occur in the absence of any agreement formalising such relationship. However, a possible abuse that may take place in the context of commercial relationships characterized by a form of economic dependency of A-Ltd towards B-Ltd may consist in the sudden and unilateral decision by B-Ltd to drastically reduce the supply of said components to A-Ltd as a result of its arbitrary decision to 'allocate' the few available stocks among its various customers. Such a decision by B-Ltd may be justified by various reasons, such as, for instance, the fact that those components have now become, according to B-Ltd, obsolete and, consequently, it has decided to start producing more technologically advanced versions.

This situation may then be further exacerbated by the fact that the 'new' components are sold at a higher price than those applied to the 'obsolete' ones, with the twofold effect that A-Ltd will be obliged, on the one hand, to modify its manufacturing processes to take into account the 'new' components (with related costs) in order to continue

## “According to the European Commission, a market share below 25% will not be regarded as an indication of dominance”.

its production, and on the other, it must forcibly adjust to the increased cost as otherwise it would know where else to purchase said components necessary to maintain the same production output from which it derives a significant part of its turnover both in Italy and abroad. In our example, A-Ltd can take action against the abuse of economic dependence by B-Ltd **before the ordinary courts for damages** (Article 9, para 3<sup>1</sup>) and, moreover, A-Ltd

(pursuant to Article 9, para. 3-bis <sup>2</sup>) may report such abuse to the Italian Competition and Antitrust Authority (AGCM), which, where appropriate, shall impose the pertinent sanctions provided for by competition law. This latter circumstance is very important, not only because it allows to combine both judicial and administrative processes, but above all because, in terms of deterrence, the ‘threat’ of filing a complaint with the Antitrust Authority, and consequent imposition of severe administrative sanctions, has an undoubted deterrent effect. To this should be added that in the event of abuse of economic dependence, unlike the ‘abuse of dominant position’ which we will look at next, there must not necessarily be a ‘*relevant market*’ in terms of products and geographical coverage, which is instead essential in order to determine the existence of an abuse of dominant position and which is not easily ascertainable or provable.

### ABUSE OF DOMINANT POSITION

The abuse of dominant position is prohibited under EU law and under Article 3 of the Italian Antitrust Law No. 287/1990, but although this latter provision lay down what is forbidden to the enterprise holding the dominant position (which in itself is not prohibited), it does not indicate what exactly constitute a dominant position, and no indications in this regard can be found in EU law.

However, even though there is not a legal definition per se, the case law considers that a ‘dominant position’ occurs when in a given reference market, identifiable both geographically and commercially (e.g. the Italian market for electronic components or specific components that stand out from the others for their technical and commercial characteristics), an enterprise is in the position to act in complete in-

dependence in determining its commercial policy without being influenced by the demands of its customers or suppliers and without having to worry about competitors since there are entry barriers (e.g. technological) into the relevant market for products capable to effectively compete with its own and as there are no equivalent alternative products on the reference market defined above <sup>3</sup>. According to the case law and to the European Commission, an enterprise with a market share below 25% is not deemed to have a dominant position,

whereas there is a presumption of single enterprise dominance with a market share of 50% or more. It is not prohibited for an enterprise or group of enterprises to be in a dominant position, but only its abuse is forbidden, as for example, “... *the supplier's refusal to sell to one of its regular customers. The unilateral act by which the dominant enterprise refuses to perform may in fact lead to anticompetitive effects such as limiting production, markets or technical development, expressly foreseen in Article 82, para. 2-b) of the TEC and in Article 3, para. 1-b) of Law No. 287 of 10/10/1990. The legal doctrine has highlighted that in order to regard a conduct as abusive it is not necessary for the dominant enterprise to have intentionally wanted to restrict the competition of its regular customer. It must therefore be considered abusive the refusal to perform by the enterprise in the dominant position, even in the absence of a plan aimed at ousting a competitor from the market, when such conduct does in actual fact produce an anticompetitive effect*” <sup>4</sup>

In this regard, it should be noted that “... *the abuse of a dominant position implemented through the refusal to perform has a so called ‘vertical’ connotation, as, in fact, it unavoidably affects two markets, the ‘upstream’ market, i.e. that in which the product of the supplier in the dominant position is sold and in which the abuse takes place with the resultant distorting effect on competition, and the ‘downstream’ market, i.e. that in which the product of the refused purchaser is sold and where there is only the anticompetitive effect. Thus, in order for there to be an abuse of dominant position sanctioned by Antitrust Law, the supplier must operate in both these markets, which are usually linked to each other: that of the product that it refuses to supply and in which it holds a dominant position, and also that of the product manufactured by the excluded purchaser and in which the supplier is trying to get a market share*” <sup>5</sup>

1) The cited Article 9, para. 3 states: “*Any agreement to achieve abuse of economic dependence is null and void. The ordinary courts shall take cognisance of cases of abuse of economic dependence, including the issuance of restraining orders and injunctions and the award of damages*”.

2) The cited Article 9, para. 3-bis states: “*Without prejudice to the possible application of Article 3 of Law No 287 of 10 October 1990, the Antitrust Authority may, if it deems that an abuse of economic dependence is relevant for the protection of competition and the market, also in response to complaints from third parties and after using its own investigative powers, proceed with the issuance of the notices and sanctions provided for by Article 15 of Law No 287 of 10 October 1990, to the enterprise or enterprises which have committed that abuse (...)*”

3) See, for example, the Supreme Court decision No. 11564 of 04/06/2015.

4) The refusal to perform as anticompetitive practice in the light of Antitrust Law [http://www.aclaw.it/images/RI-FIUTO\\_A\\_CONTRARRE.pdf](http://www.aclaw.it/images/RI-FIUTO_A_CONTRARRE.pdf)  
5) Ibid.

# LEGAL OPINION

A representative example is the well known Hugin v. Lipton case,<sup>6</sup> where according to the European Commission “Hugin’s conduct [refusal to supply spare parts for cash registers, Editor’s note] constituted an abuse given that...” “... Lipton had been one of its major customers for over twelve years and the refusal to supply spare parts has had the effect of removing a major competitor in the services, maintenance and repair sector of a substantial part of their common market”. In the same sense, see also the Commercial Solvents case<sup>7</sup> concerning the “... abuse of dominant position by a producer of raw materials that in order to enter the finished products market refused to supply one of its own customers which was itself a manufacturer of finished products”.

In such a situation, the enterprise in the weaker position can obtain protection both before the ordinary courts and before the Antitrust Authority.

In the first case, the assessment is carried out by the courts following a claim for compensation for damages allegedly suffered as a result of discriminatory practices, while in the second, the assessment is of administrative nature and subject to the pertinent sanctions provided for by Law 287/1990. Also in this case the ‘threat’ of the Antitrust Authority’s intervention has a high deterrent effect given that the sanctions are applied on the basis of the turnover of the liable enterprise.

In conclusion: in the case of abuse of dominant position, the economic dependence in which A-Ltd finds itself as a result of discriminatory practices adopted by B-Ltd, must be assessed in the light of the dominant position held by the latter. In this regard, such an assessment must necessarily consider (1) the existence or not of a ‘relevant market’ in which the enter-

6) Commission Decision No. 78/68/EEC of 8 December 1977, OJ L 22 (1978) pages 23-25.

7) ECJ 6 March 1974, Commercial Solvents v. Commission, Cases 6-7/73, ECR [1974] 223, page 23.

8) “Both debtor and creditor must act in accordance with the rules of fairness”.

9) “The contract must be performed in good faith”.

10) Supreme Court, Civil Division, Decision No. 9321 of 14 July 2000: “In the case of withdrawal of a fixed term overdraft facility by a bank using a just cause for termination, the court must not limit itself to the finding of the existence or not of a typical just cause provision but, like the principle under which the contract must be performed in good faith, it must ensure that said withdrawal is not exercised in a manner totally unforeseen and arbitrary and such to contrast with the reasonable expectations of whom, on the basis of the relationship usually held by the bank and the absolute normality of the existing commercial relationship, relied on the overdraft facility for the established timeframe and who cannot be expected to be ready at any time to pay back the sums used”.

11) “The act of private autonomy, even if it consists of a withdrawal ‘ad nutum’, is always subject to judicial review. In monitoring and interpreting the act of private autonomy, the court must operate and interpret such act also as a function of balancing the opposing interests of the contracting parties through a judgment, taken on the basis of legal and not political considerations, with the application of the principle of contractual reasonableness. The trial court must then assess if, in terms of conflict, the withdrawal ‘ad nutum’ envisaged by the contractual terms has been exercised in a (good faith) manner in pursuance of other and further purposes than those permitted (abuse of right). The judgment will have to be broader and more rigorous where there is a proven difference in power between the parties”.

prises concerned operate and, (2) whether the dominant enterprise is abusing of its position to unfairly compete against the weaker one. These key elements are not, however, required in the event of abuse of economic dependence.

Similarly to the case of abuse of economic dependence, also in the case of abuse of dominant position, the two protection measures, judicial and administrative, are not alternative to each other and can therefore be both applied for. Moreover, also in this case, as in that of the abuse of economic dependence, there must not necessarily be an existing contractual relationship between the parties concerned.

## ABUSE OF RIGHT

Such a case is not typified or specifically referred to in law; i.e. it is not expressly provided for in the Italian Civil Code or by a specific law, but by the legal doctrine and case law.

The latter considers that there is ‘abuse of right’ when such right is exercised for purposes that are contrary to the general principle of good faith in interpreting and executing the contract (Articles 1175<sup>8</sup> and 1375<sup>9</sup> of the Italian Civil Code). This is the case, for example, of a bank that unjustifiably and without any notice withdraws, even though entitled to do so, its overdraft facility, with resultant serious and dire consequences for the client.<sup>10</sup>

The Italian Supreme Court, with a cornerstone decision concerning such matter (Judgement No. 20106/2009) has considered abusive the exercise by a car manufacturer of the right of withdrawal ‘ad nutum’ (i.e. at its own discretion) from the contract with its dealers since, even though such right of withdrawal without the need to justify its decision was provided for in the dealership contract, this right had in fact been exercised in a manner unjustifiably detrimental to the applicants-former dealers.<sup>11</sup>

In conclusion: the abuse of right is when a A-Ltd company is placed at a competitive disadvantage as a result of B-Ltd’s conduct in exercising the right provided by the contract, but which is exercised without good faith and, therefore, in an ‘unfairly’ or ‘discriminatory’ manner against A-Ltd. Thus, in the case of abuse of right, unlike the case of abuse of economic dependence and the case of abuse of dominant position, a contract must be in place between the companies concerned, given that such abuse can only arise from the exercise in bad faith of a right originally envisaged by the contractual parties.

However, it is not required to prove the existence of a relevant market or that A-Ltd and B-Ltd are in competition with each other.



## SOGGEZIONE ECONOMICA: COME DIFENDERSI DALLE PRATICHE ABUSIVE



### MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC. Su ogni numero affronteremo tematiche legali con particolare attenzione al mondo dell'elettronica. Ulteriori approfondimenti sul sito: [www.andec.it](http://www.andec.it). Mentre sulla Web page ([www.avvocatoiorio.it](http://www.avvocatoiorio.it)) è disponibile la rubrica tradotta in inglese e francese.

**In questo articolo si tratterà il caso della soggezione, legalmente rilevante, di un soggetto economico nei confronti di un altro.**

Da tale situazione, di per sé non sanzionabile (ma anzi fisiologica, a certe condizioni di mercato, come si vedrà meglio oltre) possono discendere pratiche vietate e quindi illecite, adottate dall'azienda in posizione "più forte" nei confronti di quella "più debole". La soggezione può essere declinata in molti modi, in considerazione delle circostanze legate al singolo caso concreto. In questa sede si esamineranno tre diverse tipologie di particolare rilevanza ed importanza: l'abuso di posizione di dipendenza economica, l'**abuso di posizione dominante**, l'**abuso del diritto**.

### ABUSO DI POSIZIONE DI DIPENDENZA ECONOMICA

Una prima fattispecie è quella dell'abuso di dipendenza economica, previsto dalla Legge 192/1998 all'articolo 9. Anche se tale disposizione allocata nella legge destinata a regolare i contratti di subfornitura, secondo la giurisprudenza essa si applica anche a fattispecie ben diverse dal tale tipo di contratt.

Ai sensi dell'articolo 9, comma 1 della suddetta legge, *"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"*.

Recita il secondo comma: *"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. ( ..... )"*

Un esempio illustrerà meglio di cosa stiamo parlando:

un'azienda (Alpha) si trova in una situazione di dipendenza economica nei confronti di un'altra azienda (Beta) in quanto si rifornisce da molti anni da quest'ultima per l'acquisto di determinati, sofisticati componenti che sono per Alpha, da un lato, imprescindibili per la propria produzione e dall'altro lato, insostituibili sul mercato in quanto prodotti e forniti esclusivamente o quasi da Beta. Una tale situazione di consolidate relazioni commerciali di lungo corso può verificarsi anche in assenza di un contratto che la formalizzi. Orbene, un'ipotesi di abuso che può verificarsi nell'ambito di relazioni commerciali caratterizzate dal tipo di dipendenza economica di Alpha nei confronti di Beta può consistere nell'improvvisa ed unilaterale decisione di Beta di ridurre drasticamente la fornitura di detti componenti ad Alpha, a seguito di conseguente arbitraria "allocazione" tra i vari clienti delle poche scorte disponibili. Una siffatta decisione di Beta può essere motivata dalle più diverse ragioni, ad esempio dal fatto che tali componenti sono diventati, a detta di Beta, ormai obsoleti e, quindi, essa abbia deciso di cominciare a produrne versioni tecnologicamente più avanzate. Tale situazione, poi, può essere ulteriormente aggravata dalla circostanza che i componenti "nuovi" siano venduti a prezzi più alti di quelli previsti per i componenti "obsoleti", con la duplice conseguenza che l'impresa Alpha si vedrà costretta, da un lato, a modificare la propria produzione con i "nuovi" componenti (con relativi costi) per poter essere in grado di continuare a

## “Secondo la Commissione Europea, non sussiste una posizione dominante con una quota di mercato inferiore al 25%”.

produrre e, dall'altro lato, essa dovrà forzatamente adeguarsi al maggior costo di detti componenti poiché, diversamente, essa non saprebbe dove altrimenti acquistarli per continuare la propria produzione e, così, rimanere sul mercato con riferimento a una essenziale parte del proprio fatturato in Italia e nel mondo. Nel nostro esempio la società Alpha potrà dedurre abuso di posizione di dipendenza economica da parte di Beta ed agire davanti al **giudice ordinario per il risarcimento dei danni** (art. 9, comma 3<sup>1</sup>); Alpha, inoltre (ai sensi dell'art. 9 comma 3 bis<sup>2</sup>) potrà denunciare l'abuso all' Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale potrà, se del caso, applicare le apposite sanzioni previste dalla legge a tutela della concorrenza. Quest'ultima circostanza è molto importante, non solo perché permette di affiancare alla via giudiziale ordinaria quella amministrativa, ma soprattutto perché, in termini di deterrenza, la “minaccia” del ricorso all'Autorità antitrust, con conseguente applicabilità di severe sanzioni amministrative ha un indubbio effetto deterrente. A ciò si aggiunga che nel caso di abuso di posizione di dipendenza economica, a differenza del caso che esamineremo poco oltre di “abuso di posizione dominante”, non occorre che sussista un “mercato rilevante” quanto al prodotto ed all'area geografica; tale elemento è invece essenziale ai fini dell'esistenza di un abuso di posizione dominante ed è di non di facile accertamento e dimostrazione.

### ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

L'abuso di posizione dominante è previsto, oltre che dalla normativa UE, dall'art. 3 della legge 287/1990 (la legge antitrust italiana) a tutela della concorrenza; per la verità tale disposizione stabilisce cosa sia vietato al soggetto economico che si trovi in posizione dominante (situazione, questa, di per sé non vietata), ma non indica in cosa esattamente consista tale posizione. Né tale indicazione è possibile reperire nella normativa UE.

Tuttavia, anche se manca una definizione di legge, la giurisprudenza ritiene che si verifichi una “posizione dominante” quando in un determinato mercato di riferimento, identificato sia geograficamente che merceologicamente (ad esempio nel mercato italiano dei componenti elettronici, o di determinati componenti che si distinguano per caratteristiche tecniche e merceologiche dagli altri) una società si trovi in una posizione tale da potersi comportare senza essere influenzata, nella determinazione delle proprie politiche commerciali, né dalla domanda della clientela, né dai fornitori e non dovendosi neppure preoccupare dei concorrenti, in quanto sussistono barriere (ad esempio tecnologiche) all'ingresso nel mercato rilevante di prodotti in

grado di concorrere effettivamente coi propri, né sussistono prodotti alternativi equivalenti sul mercato di riferimento come sopra definito<sup>3</sup>. Secondo la giurisprudenza e secondo la Commissione Europea, non sussiste una posizione dominante in presenza di una quota di mercato inferiore al 25%, mentre presentano particolari criticità le situazioni in cui la quota è superiore al 50%.

Non è vietato ad un'impresa o a un gruppo di imprese essere in posizione dominante ma ne è vietato l'abuso quale, ad esempio, “.... il rifiuto a contrarre opposto dal fornitore ad un suo cliente abituale. L'atto unilaterale con

*cui l'impresa in posizione dominante si rifiuta di contrarre può, infatti, produrre effetti anticoncorrenziali quali la limitazione degli sbocchi, espressamente prevista sia dall'art. 82, comma 2°, lett. b) TCE che dall'art. 3, comma 1, lett. b) L. 287/1990. In dottrina si è evidenziato.... che, per integrare un comportamento abusivo, non è necessario che l'impresa in posizione dominante abbia intenzionalmente voluto limitare la concorrenza del proprio cliente abituale. Dovrà pertanto considerarsi abusivo il rifiuto a contrarre opposto dall'impresa in posizione dominante, pur in assenza di un disegno volto all'estromissione di un concorrente dal mercato, quando tale comportamento determini, nei fatti, un effetto anticoncorrenziale”*<sup>4</sup>

Un requisito che caratterizza esclusivamente la fattispecie di abuso di posizione dominante è la necessità di identificare e provare l'esistenza di un mercato rilevante (di prodotto e di area geografica) in cui si svilupperebbe l'abuso. Inoltre, affinché si possa parlare di abuso di posizione dominante, occorre che l'“abusante” e l'“abusato” - ossia, nell'esempio del paragrafo che precede, le società Alpha e Beta - siano tra loro concorrenti.

A tal proposito, infatti, va precisato che “... l'abuso di posizione dominante attuato mediante rifiuto a contrarre ha una connotazione c.d. <verticale>: colpisce infatti necessariamente due mercati, il mercato <a monte>, quello del prodotto venduto dal fornitore in posizione dominante, in cui si attua l'abuso e si riscontra l'effetto distorsivo della concorrenza, ed il mercato <a valle>, quello del prodotto venduto dall'acquirente rifiutato, ove si verifica il solo effetto anticoncorrenziale. Pertanto, affinché vi possa essere un abuso di posizione dominante sanzionato dalla normativa antitrust è necessario che il fornitore operi in entrambi i mercati, i quali solitamente sono tra loro collegati: in quello del prodotto che egli si rifiuta di fornire - mercato nel quale detiene una posizione dominante - ed anche in quello del prodotto realizzato dall'acquirente escluso - mercato del quale egli cerca di accaparrarsi una quota”<sup>5</sup>

Esempio emblematico è il famoso caso Hugin/Lipton<sup>6</sup>, ove

1) L'art. 9, comma 3 citato recita: “Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni”.

2) L'art. 9, comma 3) bis citato recita: “Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso(....)”.

3) Cfr ad es. Cass. 04.06.2015 n. 11564

4) Il rifiuto a contrarre come pratica commerciale anticoncorrenziale alla luce della normativa antitrust [http://www.aclaw.it/images/RIFIUTO\\_A\\_CONTRARRE.pdf](http://www.aclaw.it/images/RIFIUTO_A_CONTRARRE.pdf)

5) Ibidem.  
6) Decisione 78/68/CEE dell'8 dicembre 1977, in GUCE L22, 1978, pp. 23-25.

per la Commissione europea “il comportamento di Hugin [rifiuto di fornire i pezzi di ricambio dei registratori di cassa, n.d.r.] costituisce un abuso in quanto “... Lipton era, per quanto riguarda i pezzi di ricambio, un loro cliente di primaria importanza da oltre dodici anni e, il rifiuto di fornire i pezzi di ricambio, ha avuto l'effetto di eliminare un importante concorrente nel settore dei servizi di assistenza, manutenzione e riparazione su una parte sostanziale del mercato comune”. Nello stesso senso, si veda anche il caso *Commercial Solvents* relativo “all'abuso di posizione dominante da parte di un produttore di materie prime che, allo scopo di entrare sul mercato dei prodotti finiti, si rifiutava di rifornire un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti”.

In una situazione di questo tipo, l'impresa in posizione più debole può ottenere tutela, sia dinanzi al giudice ordinario sia dinanzi all'AGCM.

Nel primo caso l'accertamento è condotto in sede giudiziale sulla base di una domanda di risarcimento del danno derivante dalle pratiche discriminatorie subite, mentre nel secondo caso si tratta di un accertamento di natura amministrativa sanzionabile con le apposite sanzioni previste dalla legge 287/1990. Anche in questo caso la “minaccia” dell'intervento dell'Antitrust ha un effetto deterrente molto alto poiché le sanzioni sono applicabili possono essere molto alte in considerazione del fatturato dell'impresa responsabile.

In conclusione: nel caso di abuso di posizione dominante, la situazione di soggezione economica in cui viene a trovarsi

7) CGCE 6 marzo 1974, in cause 6 e 7/73, *Commercial Solvent corporation c. Commission*, in Raccolta, 1974, p. 23.

8) “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”.

9) “Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”.

10) CORTE DI CASSAZIONE; sezione I civile; sentenza 14 luglio 2000, n. 9321: “In caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate”.

11) “L'atto di autonomia privata, anche nel caso in cui consista in un recesso “ad nutum”, è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso “ad nutum” previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità (buona fede) e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti (abuso del diritto). L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti”.

Alpha per effetto di pratiche discriminatorie adottate nei suoi confronti da Beta, deve essere valutata alla luce della posizione dominante di Beta. A questo proposito, tale valutazione non può prescindere (1) dall'esistenza o meno di un “mercato rilevante” in cui le imprese interessate agiscono ed inoltre, (2) dall'essere l'impresa che abusa della propria posizione dominante concorrente dell'impresa che subisce l'abuso. Questi elementi non occorrono, invece, nell'ipotesi di abuso di posizione dipendenza economica.

Analogamente alla fattispecie di abuso di posizione di dipendenza economica, anche nel caso di abuso di posizione dominante, le due vie di tutela, giurisdizionale ed amministrativa, non sono alternative e si possono pertanto perseguire entrambe. Inoltre, anche in questo caso, come in quello dell'abuso di posizione di dipendenza economica, non occorre necessariamente che ci sia un qualche rapporto contrattuale in corso.

## ABUSO DEL DIRITTO

Tale fattispecie non è tipizzata dalla legge, ossia non è espressamente prevista dal codice civile o da una legge specifica ma dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Quest'ultima ritiene che si abbia “abuso di un diritto” quando questo è esercitato per finalità che sono contrarie ai principi generali di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (di cui agli articoli art. 1175<sup>9</sup> e 1375<sup>9</sup> c.c.). È il caso, ad esempio, della banca che recede ingiustificatamente ed immediatamente, pur avendone diritto, dall'apertura di credito bancario, determinando conseguenze serie e gravissime per il cliente.<sup>10</sup>

La corte di cassazione, con una sentenza “cardine” bin merito a questa fattispecie (S. n. 20106/2009) ha riconosciuto come abusivo l'esercizio, da parte di una casa automobilistica, del diritto di recesso ad nutum (ossia a sua discrezione) dal contratto con i propri concessionari in quanto, ancorché tale diritto di recesso senza obbligo di motivare fosse previsto nel contratto di concessione di vendita, lo stesso era stato di fatto esercitato in modo ingiustificatamente lesivo dei ricorrenti ex concessionari.<sup>11</sup>

In conclusione: l'abuso del diritto si ha quando un soggetto Alpha viene a trovarsi in una situazione di svantaggio a fronte di un comportamento di Beta che esercita un proprio diritto previsto contrattualmente, ma lo esercita senza buona fede e perciò in maniera “scorretta” o “discriminatoria” nei confronti di Alpha. Nel caso di abuso del diritto, quindi, a differenza delle ipotesi di abuso di posizione di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante, è necessario che esista un contratto tra le parti interessate, posto che l'abuso può sorgere soltanto dall'esercizio in malafede di un diritto contrattualmente previsto in origine dalle parti. Non occorre invece che sussista un mercato rilevante, né tanto meno, che Alpha e Beta siano concorrenti.

