



### Abuso di dipendenza economica e tutela del mercato. Spunti dalle prime pronunce del Giudice amministrativo\*



Anna Argentati

Dirigente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

**SOMMARIO:** **1.** Le ragioni della riscoperta dell'istituto. – **2.** Due punti fermi dell'intervento dell'Autorità di concorrenza. – **2.1.** La ricostruzione in chiave pro-concorrenziale della fattispecie. – **2.2.** La *ratio* dell'intervento amministrativo: tutela dell'efficienza dinamica del mercato e non dell'equità contrattuale. – **3.** L'abuso di dipendenza economica nelle prime pronunce del Giudice amministrativo. – **3.1.** Sull'accertamento della dipendenza economica. – **3.2.** Sull'abusività della condotta. – **3.3.** Sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso di dipendenza economica. – **4.** Spunti conclusivi.

#### 1. Le ragioni della riscoperta dell'istituto

In un libro uscito di recente e dedicato alla nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica<sup>1</sup>, si è parlato di riscoperta di uno strumento per lungo tempo rimasto chiuso nel cassetto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a cui avrebbero contribuito due fattori: uno storico, legato al fatto che il progredire dei processi di liberalizzazione ha gradualmente ridotto lo spazio d'azione del divieto di abuso di posizione

---

\* Il testo riproduce, con minime integrazioni, la relazione presentata alla giornata di studi *Diritto civile e tutela del mercato*, organizzata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e dall'Associazione Civilisti Italiani, Roma, 22 novembre 2023.

<sup>1</sup> Il riferimento è a COLANGELO - MINERVINI (a cura di), *La nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica*, Bologna, 2023.

dominante di tipo assoluto; l'altro, strutturale e di contesto, dato dalla presenza di un elevato numero di piccole e medie imprese nel tessuto economico del nostro Paese, che espone maggiormente ai nessi di dipendenza economica.

Se ne potrebbe aggiungere un terzo, richiamando quanto autorevolmente ricordato anni or sono, ovvero che *“il diritto amministrativo è nato come diritto derogatorio, in risposta all'incapacità del diritto comune di assicurare la tutela dell'interesse generale, divenuto, ad un certo punto, comprensivo dell'interesse del più debole”*<sup>2</sup>.

Da quest'ultimo spunto si può partire per comprendere la crescente valorizzazione che la disciplina ha conosciuto e le ragioni della progressiva affermazione di un modello di tutela pubblicistico: anche in questa materia l'intervento dell'autorità amministrativa è stato previsto per dare una risposta al bisogno di tutela di un interesse di portata generale che la sola applicazione del diritto dei contratti nei tribunali non riesce ad assicurare.

È proprio questa esigenza di tutela che ha indotto il legislatore a scendere ripetutamente in campo, anche dopo la novella del 2001 alla legge sulla subfornitura<sup>3</sup>: si pensi, tra l'altro, alla violazione diffusa e reiterata della disciplina sui ritardi di pagamenti commerciali<sup>4</sup>, alla disciplina speciale delle relazioni commerciali lungo la filiera agro-alimentare<sup>5</sup> o, ancora, all'esplicito richiamo della disciplina e dei rimedi dell'abuso di dipendenza economica fatto dal legislatore in relazione al settore della distribuzione dei carburanti<sup>6</sup>: interventi dai quali emerge nitida la volontà del legislatore di ampliare le fattispecie applicative dell'abuso di dipendenza economica e, con esse, il ricorso a strumenti di *public enforcement*.

L'ultima significativa conferma di tale tendenza è costituita dall'art. 33 della legge n. 118 del 2022<sup>7</sup> che, rubricato *“Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica”*<sup>8</sup>, ha esteso e integrato la disciplina *de qua* con specifico riferimento ai mercati digitali.

<sup>2</sup> AMATO, relazione conclusiva al convegno su *Crisi economica e giustizia amministrativa*, svolto presso il Consiglio di Stato il 25-25 settembre 2013.

<sup>3</sup> Il riferimento è all'avvenuto inserimento, nell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*) di un comma 3-bis dedicato all'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale ad opera dell'art. 11 della legge 5 marzo 2001, n. 57.

<sup>4</sup> Art. 10, legge 11 novembre 2011, n. 180 (*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*), che ha modificato, integrandolo, il citato comma 3-bis dell'art. 9 della legge 192 del 1998.

<sup>5</sup> Articolo 62 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*) convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

<sup>6</sup> Art. 17, comma 3, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, cit.

<sup>7</sup> Legge 5 agosto 2022, n. 118 recante *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* che ha introdotto un previsto all'articolo 33.

<sup>8</sup> L'articolo è stato introdotto a seguito di specifica raccomandazione dell'Autorità di concorrenza. V. AGCM, Segnalazione ASI730 *“Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021”* 19 marzo 2021, in *Boll.* 13/2021.

Se si guarda al succedersi di tali interventi legislativi congiuntamente ai procedimenti istruttori che l'AGCM ha concluso a partire dal 2019 (dopo quasi venti anni di sostanziale inutilizzo della norma)<sup>9</sup>, se ne ricava anzitutto l'idea che, più che di nuova stagione dell'abuso di dipendenza economica, sarebbe più appropriato parlare di intervenuta sintonizzazione dell'Autorità con la *voluntas legis*<sup>10</sup>.

Tale mutamento di indirizzo, peraltro, non è emerso *ex abrupto* nell'ordinamento poiché il terreno risultava, in una certa misura, arato da tempo.

Già la competenza ad applicare l'art. 62 del decreto-legge n. 1 del 2012, infatti, aveva favorito all'interno dell'Autorità di concorrenza una nuova, più attenta riflessione, che l'aveva indotta a inquadrare e collocare quella disciplina speciale nell'alveo dell'abuso di dipendenza economica<sup>11</sup>.

Per questo, ai casi conclusi *ex art. 9, co. 3-bis* della legge n. 192 del 1998 vanno aggiunti i 25 casi di applicazione del citato art. 62 decisi dall'Autorità nell'arco di un decennio (2012/2022), prima che il legislatore nazionale trasferisse al Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste la competenza ad applicare la relativa disciplina<sup>12</sup>.

Su questa riscoperta da parte dell'Autorità di concorrenza dell'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale, diversi sono stati i giudizi espressi in dottrina: chi ha parlato di "ritorno al futuro", salutando con favore il nuovo corso; chi di uno strumento utile a colmare i "gap applicativi" del diritto della concorrenza; chi di un istituto "dall'alto potenziale grezzo" e buon compagno nella transizione dall'analogico alle sfide poste dal digitale; chi, ancora, di un istituto che agevolerebbe l'Autorità Antitrust perché consente di "bypassare" il difficile compito di definire mercati rilevanti e stabilire l'esistenza di una posizione dominante: un canale, insomma, per alleggerire l'onere della prova.

È utile evidenziare sin d'ora che la misura può utilmente integrare lo strumentario tradizionale poiché riesce a cogliere alcune criticità concorrenziali meglio di quanto possa fare il divieto di abuso di posizione dominante; d'altra parte, è anche uno strumen-

<sup>9</sup> I casi finora conclusi per abuso di dipendenza economica sono stati: A525 *Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e del Tigullio* (2019); A539 *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio recapiti* (2021); A550 *Catena di Franchising Original Marines* (2022); A546 *Franchising di MC Donalds* (2022); A547 *Condotte di Wind Tre a danno dei rivenditori* (2022); A542 *Benetton Rapporti con i fornitori* (2023); in precedenza, il caso RP1 *HERA/Affidamenti gruppi misura gas/Termini di pagamento* (2016) aveva riguardato la violazione reiterata e diffusa della disciplina sui termini di pagamento.

<sup>10</sup> Frutto (forse) anche di una più convinta adesione all'idea che dietro ogni nuovo compito pubblico c'è l'attribuzione di un potere, ma anche la responsabilità di un dovere.

<sup>11</sup> AGCM, *Indagine conoscitiva sul settore della grande distribuzione organizzata* (IC43), 24 luglio 2013, in *Boll.* 31/2013.

<sup>12</sup> V. art. 8 del D. lgs. 8 novembre 2021, n. 198 che ha designato il Dipartimento dell'Ispettorato Centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti alimentari (ICQFR) del Ministro delle Politiche agricole quale autorità nazionale (in sostituzione dell'AGCM) deputata all'attività di accertamento delle violazioni previste e all'irrogazione delle relative sanzioni amministrative.

to potente il cui utilizzo va dosato con grande attenzione per evitare quelle che sono state efficacemente definite le degenerazioni paternalistiche<sup>13</sup>, il rischio, cioè, per l'autorità amministrativa di inseguire la logica equitativa in sovrapposizione, ed anzi in diretta concorrenza, con il giudice civile.

Scopo del presente contributo è quello di svolgere alcune considerazioni sull'abuso di dipendenza economica riguardato nella prospettiva della tutela del mercato, evidenziando alcuni punti di attenzione che l'applicazione dell'istituto sta mostrando alla luce delle prime sentenze del giudice amministrativo.

## 2. Due punti fermi dell'intervento dell'Autorità di concorrenza

Prima di dare conto degli sviluppi giurisprudenziali intervenuti in materia, merita- no di essere richiamati due aspetti che, pur costituendo un approdo pacifico a cui è per- venuta da tempo la dottrina ed anche la prassi applicativa dell'Autorità, non sembrano altrettanto condivisi dalla giurisprudenza amministrativa.

Essi attengono, rispettivamente, alla natura dell'istituto e alla *ratio* dell'intervento dell'Autorità di concorrenza.

Due delle principali sentenze finora intervenute, – Consiglio di Stato, sentenza 5 aprile 2023, n. 3505 nel caso A525-*Mercato distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e Tigullio*, e Tar Lazio, sentenza 13 giugno 2023, n. 10044, caso A539-*Poste Italiane/ contratti fornitura servizio di recapito* – sembrano andare in una direzione diversa, offren- do diversi spunti di riflessione, mentre la sentenza del Tar Lazio 30 ottobre, n. 16069 resa sul provvedimento cautelare nel caso Meta-SIAE adotta un approccio più coerente con quei due punti cardine.

### 2.1. La ricostruzione in chiave pro-concorrenziale della fattispecie

È ben noto che la disciplina dell'abuso di dipendenza economica è stata oggetto nel tempo di due diverse, opposte impostazioni, una contrattualistica, incentrata sulla tutela del contraente debole e sull'equità contrattuale; l'altra pro-concorrenziale che ne sostiene l'inquadramento all'interno della disciplina antitrust, come una sorta di fratello minore dell'abuso di posizione dominante.

Secondo un orientamento che a lungo è prevalso, la disciplina avrebbe matrice civilistica e sarebbe riconducibile ai principi di buona fede e correttezza (da collocarsi idealmente fra le clausole generali che governano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto) ovvero, secondo una diversa impostazione, alla figura concettuale dell'abuso del diritto, fino a configurare una nuova categoria generale, quella del c.d. terzo contratto, che sarebbe caratterizzato da una forte asimmetria di natura economica a

<sup>13</sup> PEZZOLI, *L'abuso di dipendenza economica e la concorrenza. Analisi economica di un ibrido?* in COLANGELO - MINERVINI (a cura di), *cit.*, 154.

favore di una delle parti. Secondo un diverso orientamento, sarebbe da privilegiare invece una lettura in chiave pro-concorrenziale dell'istituto, riconducendo l'abuso di dipendenza economica alla disciplina antitrust quale sub-fattispecie dell'abuso di posizione dominante nella forma degli abusi di sfruttamento o di impedimento, relativi e non assoluti.

È lecito ritenere che oggi è sia il legislatore stesso a fornire elementi decisivi per ricondurre la disciplina dell'abuso di dipendenza economica alla logica e alla funzione tipica del diritto antitrust.

Dal comma 3-bis del citato art. 9 si desume come per legittimare l'intervento repressivo di stampo pubblicistico dell'Autorità di concorrenza sia necessario *“un elemento ulteriore e differenziale, un quid pluris cioè rispetto ai casi di abuso di dipendenza economica che restano affidati alla cura del giudice civile e che la legge individua nell'attitudine dell'abuso a trascendere i confini del singolo rapporto negoziale e a produrre effetti che si propagano al di là delle vicende individuali delle parti, avendo ricadute apprezzabili sul mercato di riferimento, obiettivamente considerato”*<sup>14</sup>.

Si tratta, in altri termini, di vagliare le ricadute esterne al rapporto giuridico *inter partes*, gli effetti della condotta sul funzionamento dei mercati interessati.

Riguardato in quest'ottica, l'abuso di dipendenza economica presenta una stretta unità di ispirazione con il diritto antitrust: ci troviamo di fronte, infatti, a una disciplina funzionale all'affermazione di un modello di concorrenza *on the merits*, dove lo sfruttamento abusivo della debolezza altrui è bandito non solo e – potrebbe forse dirsi – non tanto perché è un male in sé, ma perché tradisce la sana capacità competitiva dell'impresa e non giova all'interesse generale<sup>15</sup>.

## 2.2. La *ratio* dell'intervento amministrativo: tutela dell'efficienza dinamica del mercato e non dell'equità contrattuale

Il secondo aspetto attiene alla *ratio* dell'intervento amministrativo.

È generalmente condiviso che l'intervento dell'Autorità costituisce uno strumento a tutela dell'efficienza dinamica del mercato e non uno strumento di protezione statica di diritti individuali dell'impresa e/o dell'equità.

Ricordiamo che, in un'ottica di efficienza dinamica, la tutela del contraente debole risulta utile quando consente di reprimere le condotte che scoraggiano gli investimenti e l'innovazione o quando mira a proteggere imprese che, per quanto oggi non efficienti, potranno diventarlo domani, se non fosse ostacolata la loro crescita. Detto in altri termini, la tutela del contraente debole non è il fine, ma lo strumento: l'Autorità non protegge il contraente debole in quanto tale (a questo pensa il giudice civile), ma intanto protegge

<sup>14</sup> Così MINERVINI, *L'abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell'AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, 2, 5.

<sup>15</sup> FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.

il contraente debole in quanto, attraverso il contraente debole, può proteggere la capacità di innovazione nel mercato.

Di qui la necessità di distinguere quelle situazioni in cui la tutela del contraente debole può effettivamente arricchire la politica di concorrenza da quelle situazioni che invece possono scivolare “*verso una deriva paternalistica, volta a demonizzare la grande impresa, a tutelare le piccole imprese anche quando sono ben lontane dall’efficienza, per mere ragioni di equità*”<sup>16</sup>.

Se diversa è la finalità della tutela amministrativa da quella civilistica, ciò significa che le due valutazioni potranno avere dei punti di contatto, ma restano autonome e indipendenti<sup>17</sup>.

Una condotta potrà, dunque, ben costituire un abuso per il giudice civile ed essere priva di rilevanza per l’Autorità; non potrà invece accadere il contrario, per la semplice considerazione che senza abuso non vi sarebbe l’alterazione derivante dall’abuso: il problema si sposta semmai sul terreno della prova, nel senso che il giudice civile può trovarsi a respingere una domanda relativa ad una situazione di abuso di dipendenza economica in difetto di adeguati elementi di prova e che invece l’AGCM riesca a dimostrare con i suoi poteri autoritativi.

Dunque, i punti chiave che andrebbero considerati per inquadrare correttamente il ruolo dell’Autorità di concorrenza in questa materia sono: *i*) ricostruzione in chiave pro-concorrenziale della disciplina e *ii*) tutela dell’efficienza dinamica dei mercati quale obiettivo dell’azione amministrativa.

### **3. L’abuso di dipendenza economica nelle prime pronunce del Giudice amministrativo**

La domanda da affrontare a questo punto è: come è stata accolta questa impostazione nella giurisprudenza amministrativa?

Va detto, in premessa, che siamo in una fase iniziale (appunto, in “una nuova stagione dell’abuso di dipendenza economica”) in cui il Giudice amministrativo, alle prese con una materia quasi del tutto sconosciuta, sta muovendo i suoi primi passi, cercando di riempire di contenuto le nozioni indeterminate in cui si sostanzia la fattispecie e di circoscrivere l’ambito di esercizio del potere conferito all’autorità amministrativa. Ne emerge un quadro fatto più di ombre che di luci in cui la *ratio* pro-competitiva dell’istituto e la tutela dell’efficienza dinamica del mercato sembrano scivolare in secondo piano.

Dalle pronunce finora adottate, infatti, emergono soprattutto due dati.

---

<sup>16</sup> Così PEZZOLI, *L’abuso di dipendenza economica*, cit.

<sup>17</sup> In questo senso, MINERVINI, *L’abuso di dipendenza economica rilevante per la concorrenza e il mercato*, in COLANGELO - MINERVINI (a cura di), cit., 79.

Il primo attiene alla tendenza del Giudice amministrativo a compiere una valutazione atomistica, parcellizzata dei singoli elementi probatori raccolti dall'Autorità (in termini ad es. di indici rivelatori della dipendenza economica), perdendo di vista il fenomeno economico e il quadro in cui lo stesso si colloca, cioè il mercato.

Il secondo dato attiene a una certa difficoltà a cogliere fino in fondo la *ratio* dell'intervento dell'Autorità (e a trarne tutte le conseguenze), che è valutare non la liceità civilistica delle singole clausole contrattuali, bensì l'impatto della complessiva condotta scrutinata sul corretto funzionamento del mercato.

Questa difficoltà del Giudice a "calare" l'abuso nella dimensione concorrenziale può discendere, almeno in parte, da una sostanziale diversità di prospettive che corre tra il diritto civile e il diritto della concorrenza: mentre il primo è ispirato da un approccio statico e centrato sul rapporto negoziale, il diritto della concorrenza è caratterizzato da un approccio funzionale e dinamico che si proietta al mercato: l'analisi parte, sì, dal rapporto negoziale, ma per andare verso il mercato e, nel valutare l'impatto condizionante sui meccanismi concorrenziali, ha maggiore bisogno di integrare diritto ed economia, norma e realtà fattuale.

L'impressione che si ricava dalle prime pronunce è che il Giudice amministrativo, alle prese con una materia estranea al suo tradizionale ambito di intervento, vada alla ricerca di solidi ancoraggi e finisca per trovarli nella fisionomia civilistica della fattispecie, così vincolandosi a guardare alla decisione dell'Autorità in un'ottica – quella del diritto dei contratti – dove il mercato come obiettivo ultimo dell'azione amministrativa gioco-forza scompare.

### 3.1. Sull'accertamento della dipendenza economica

Non è chi non veda che la dipendenza economica è una situazione di fatto che non può basarsi esclusivamente su connotati di tipo giuridico formale, ma il cui accertamento richiede anche e necessariamente l'apporto dell'analisi economica per valutare l'effettiva soggezione dell'impresa dipendente all'altrui potere unilaterale e l'assenza di alternative concretamente praticabili per l'impresa abusata.

Questo non significa che lo sguardo del civilista non possa offrire importanti elementi di valutazione, a cui l'Autorità di concorrenza ha mostrato in concreto di voler attingere: basti considerare che sentenze civili di merito e di legittimità sono ampiamente richiamate nei primi casi da essa conclusi. E però, come rilevato, la nozione di dipendenza economica, nell'ottica concorrenziale, richiede di essere inquadrata in un contesto più ampio che non può prescindere dalla situazione di mercato.

La distanza tra i due approcci (statico/dinamico) emerge con chiarezza nel caso A539 *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio di recapito*.

Nell'ottica concorrenziale, è pacifico che la dipendenza economica di un soggetto nei confronti di un altro vada esaminata alla luce di più elementi che, nel loro complesso, consentono di individuare tale posizione.

Nel provvedimento di chiusura del procedimento istruttorio, l'Autorità aveva dettagliatamente ricostruito e descritto la *posizione di dipendenza economica* in cui Soluzioni

si era trovata nei confronti di Poste Italiane, analizzando in profondità plurimi e diversi elementi: i) la durata del rapporto negoziale, in ragione del susseguirsi dei rinnovi con l'operatore postale; ii) l'asimmetria negoziale esistente tra le Parti; iii) la situazione di sostanziale mono-committenza; iv) l'integrazione del compendio aziendale di Soluzioni con le specifiche richieste da Poste Italiane; v) l'identificazione dell'immagine commerciale di Soluzioni con quella di Poste Italiane; v) l'assenza di alternative adeguate sul mercato idonee a consentire a Soluzioni di proseguire la propria attività a seguito dell'interruzione del rapporto contrattuale con Poste Italiane; vi) gli investimenti sostenuti da Soluzioni per lo svolgimento dell'attività di recapitista di Poste Italiane.

L'approccio olistico, che punta a cogliere l'impatto congiunto e complessivo di tali indici rivelatori, non viene condiviso dal Giudice di primo grado, che nella sentenza contestata, uno a uno, in modo – va detto – alquanto sbrigativo, tutti gli elementi addotti, a partire dal tema della durata del rapporto che l'Autorità aveva specificamente valorizzato, posto che la relazione tra Soluzioni e Poste Italiane si era protratta per quasi venti anni, e che viene liquidato nella sentenza con una battuta laddove si legge che, come ricostruito dall'Autorità, trattasi di un elemento “neutro”<sup>18</sup>.

Viene negato poi, sorprendentemente, ogni rilievo al dato di contesto – estrinseco alle singole clausole contrattuali, eppure centrale in una prospettiva antitrust – dell'enorme asimmetria esistente tra le parti, di cui una è un modesto operatore locale, l'altra è l'ex monopolista legale del servizio postale che, anche a seguito della liberalizzazione, è rimasto l'operatore di riferimento del settore, ancora monopolista su molti mercati.

Pure negletto un altro fattore di rilievo economico e non giuridico formale: l'Autorità aveva svolto una complessa analisi dei costi e dei ricavi imputabili a Soluzioni nel periodo oggetto di valutazione, dimostrando in concreto la situazione di dipendenza economica in cui la società si era venuta a trovare in ragione delle condizioni contrattuali ad essa imposte da Poste Italiane con l'Accordo Quadro 2012-2013.

Su questi aspetti ed anche su altri (es. l'impiego di segni distintivi del committente, la sostanziale mono-committenza; l'affidamento a seguito di procedura di gara) pende il giudizio di appello e occorrerà, dunque, attendere le valutazioni del Consiglio di Stato.

Pare, tuttavia, che una riflessione già ora possa essere svolta, richiamando quanto già anticipato circa l'importanza, quando si valuta la dipendenza economica in una prospettiva concorrenziale, di non svolgere una valutazione disgiunta, parcellizzata dei singoli elementi rivelatori della posizione, ma di valutarli in modo unitario e in un'ottica di mercato. Diversamente, non si coglie la sostanza del fenomeno economico.

Lo indica bene il passaggio della sentenza in cui il Giudice amministrativo dà rilievo, per negare la dipendenza economica accertata dall'Autorità, alla circostanza che

---

<sup>18</sup> È fin troppo noto, in dottrina come in giurisprudenza, che la fattispecie classica di abuso di dipendenza economica ricorre proprio nei rapporti commerciali di lunga durata, nei quali generalmente la società dipendente concentra la propria attività su di un unico fornitore, sopportando investimenti specializzati e, quindi, difficilmente utilizzabili per impieghi diversi, sì che non può cambiar *partner* commerciale agevolmente.



nei primi anni le commesse a favore di Soluzioni avevano dato luogo alla registrazione di profitti per la società. Se questo elemento viene valutato in modo asettico e disgiunto da tutto il resto, senza inquadrarlo nello specifico contesto di mercato, non se ne coglie l'autentico rilievo: non si coglie, cioè, il fatto che gli anni in cui si erano registrati profitti per Soluzioni erano gli stessi anni in cui Poste Italiane fronteggiava sul mercato la concorrenza di Nexive e aveva, quindi, interesse a trattenere Soluzioni, evitando che potesse trovare conveniente fornire i propri servizi alla concorrenza.

La sensazione è che, nel caso Poste Italiane, non ci sia stata piena comprensione della dipendenza come fenomeno economico e si sia guardato ad essa con un approccio statico, che ha perso di vista la dinamica di mercato.

Diversamente, nella sentenza del TAR Lazio sul provvedimento cautelare adottato dall'Autorità nel caso Meta-SIAE, il Giudice sembra aver colto la dipendenza di mercato pure a fronte di un approccio innovativo dell'Autorità, che ha ritenuto *prima facie* sussistente lo stato di dipendenza economica di SIAE nei confronti di Meta anche se SIAE è la principale *collecting* attiva in Italia e non sviluppa una parte significativa del proprio fatturato con Meta.

Alla base di tale approccio sta l'idea che l'abuso di dipendenza economica nei mercati digitali non può che connotarsi secondo criteri ermeneutici diversi e innovativi per cogliere pienamente le dinamiche interne agli ecosistemi digitali. In tale ottica, lo stato di dipendenza economica è stato valutato in relazione alla realistica possibilità di SIAE (e degli autori da questa rappresentati) di raggiungere, in assenza della licenza con Meta, tutto il pubblico che utilizza le piattaforme social. Alla luce delle caratteristiche di Meta, l'Autorità ha concluso che SIAE non ha sul mercato effettive alternative in tal senso. Infatti, poste le caratteristiche delle piattaforme digitali in termini di effetti di rete e di capacità di raggiungere un elevato numero di utenti finali, Instagram e Facebook rappresentano le piattaforme digitali di social network di maggior rilievo negli Stati Uniti e a livello europeo, ivi inclusa l'Italia. Come detto, tale lettura è stata pienamente condivisa dal TAR, secondo il quale “è evidente come senza un accordo con la parte ricorrente Siae non possa raggiungere gli iscritti ai ridetti social network: in altre parole, determinante è il ruolo di Meta nel consentire il raccordo tra i suoi utenti e le opere tutelate dalla Siae”<sup>19</sup>.

### 3.2. Sull'abusività della condotta

Una considerazione in parte analoga può essere svolta con riguardo all'abusività della condotta. Sia nel caso A526 *Mercato della Distribuzione della stampa quotidiana e pe-*

<sup>19</sup> Con sentenza pubblicata in data 2 luglio 2024, n. 863, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha accolto l'appello avverso la sentenza di primo grado, sopra richiamata. Nell'annullare il provvedimento cautelare dell'Autorità, il Giudice di secondo grado ravvisa diverse carenze istruttorie e non condivide l'accertamento della ricorrenza dei presupposti legittimanti l'intervento cautelare dell'Autorità.

*riodici nell'area di Genova e del Tigullio* che in A539 *Poste Italiane/Contratti fornitura servizio di recapiti*, il provvedimento dell'Autorità è stato annullato su questo specifico profilo.

Nel primo caso, si è detto, tra l'altro, che l'esercizio della facoltà di recesso da parte di M-DIS era contrattualmente prevista, era avvenuto nei termini e, dunque, nessuno abuso poteva ravvisarsi.

Nel secondo caso, l'istruttoria aveva dimostrato che le diverse clausole contrattuali imposte in realtà avevano avuto l'effetto di vincolare sempre di più Soluzioni all'attività svolta per Poste Italiane, impedendo alla stessa – una volta interrotto tale rapporto contrattuale – di trovare alternative valide sul mercato per ricollocare la propria attività.

Anche su questo versante il criterio di giudizio utilizzato dal Giudice amministrativo non risulta appagante, poiché si sostanzia in un'analisi atomistica delle singole clausole contrattuali, senza considerare che le stesse non risultavano funzionali e necessarie alla causa del contratto di fornitura stipulato tra le parti ma, al contrario, erano state applicate da Poste, abusando della propria posizione contrattuale, in danno del concorrente.

È un concreto esempio del disallineamento del Giudice amministrativo rispetto ad un punto metodologico – già sopra richiamato – che è del tutto pacifico e consolidato nel diritto della concorrenza: che, cioè, oggetto di valutazione da parte dell'Autorità non è mai la liceità civilistica delle singole previsioni contrattuali, quanto piuttosto l'applicazione abusiva che tali pattuizioni – in sé del tutto lecite in linea teorica – hanno avuto, riguardate nel loro complesso, sulla operatività di un soggetto che si trovava in una situazione di dipendenza economica

L'elemento dirimente per accertare l'abusività o meno della condotta non è la liceità o meno delle singole clausole (o dell'esercizio di un certo diritto contrattuale), ma la finalità anti-competitiva – secondo il canone di buona fede – dell'imposizione delle previsioni contrattuali sulla parte più debole del sinallagma<sup>20</sup>.

### **3.3. Sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso di dipendenza economica**

I casi finora chiusi dall'Autorità antitrust attengono tutti ad alcune figure contrattuali (franchising e contratti di distribuzione verticale) che sembrano presentare caratteristiche tipologiche simili.

Se si guarda alla prima prassi applicativa dell'Autorità, la rilevanza concorrenziale dell'abuso è stata individuata fondamentalmente in due ipotesi, ovvero laddove:

- a) le condizioni contrattuali inique sono applicate in maniera ripetitiva e indiscriminata, a un numero elevato di controparti, prive di potere negoziale rispetto alla controparte “forte” del rapporto, secondo uno schema prestabilito e tendenzialmen-

---

<sup>20</sup> Dall'istruttoria era emersa chiaramente che l'obiettivo di Poste Italiane era quello di evitare che la società potesse “aggregare il mercato” una volta interrotto il rapporto con Poste. Lo stesso era accaduto con M-Dis nel caso A525 (Distribuzione stampa periodica).

- te indifferente rispetto alle peculiarità del rapporto con il singolo contraente (es. McDonalds; Original Marines; Benetton, Wind Tre);
- b) le parti hanno una dimensione e una posizione di per sé rilevanti nella dinamica dei mercati interessati (Poste; M-Dis, Meta-SIAE).

Nei limitati casi in cui il Giudice amministrativo si è pronunciato sulla rilevanza concorrenziale dell'abuso, quali sono state le valutazioni svolte?

Viene in rilievo, di nuovo, anzitutto la sentenza del TAR Lazio sul caso Poste Italiane/Contratti di fornitura servizi di recapito, dove è stato sostanzialmente disconosciuto il pregiudizio per la concorrenza.

Secondo il Giudice amministrativo, la rilevanza concorrenziale dell'abuso non può considerarsi dimostrata per il solo fatto che una certa impresa sia stata costretta ad uscire dal mercato poiché – osserva il Giudice – questo fatto potrebbe anche dipendere dall'ingresso nel mercato di altre imprese più efficienti.

In realtà, l'istruttoria aveva dimostrato che l'uscita dal mercato dell'impresa rappresentava un importante elemento pregiudizievole per il funzionamento del processo competitivo poiché Soluzioni, nella dimensione locale, rappresentava un operatore di riferimento<sup>21</sup>.

Ancora una volta è il contesto di mercato in cui è realizzato l'abuso che viene perso di vista e che è invece essenziale considerare per comprendere l'idoneità della fattispecie a produrre un impatto anticoncorrenziale<sup>22</sup>.

Diverso è stato, invece, l'approccio dello stesso Giudice nella sentenza di primo grado sul provvedimento cautelare nel caso Meta-SIAE dove sono specificamente apprezzati e valutati gli effetti della condotta sulla concorrenza: in termini di impedimento all'accesso alla piattaforma che costituisce un *vulnus* gravissimo per gli artisti; di rischio per SIAE di essere abbandonata in favore di soggetti gestori che abbiano concluso l'accordo con Meta, di rischio di contrazione delle opere musicali disponibili e, quindi, di possibilità di fruizione del pubblico.

---

<sup>21</sup> Nel caso di specie, in particolare, la condotta abusiva era stata attuata in un contesto nel quale la concorrenza era già in sé contenuta – a fronte della storica posizione di monopolista legale di Poste Italiane, operatore sicuramente in posizione dominante sul mercato – sicché i soggetti esclusi dall'abusante risultavano essenziali al mantenimento di quel minimo di concorrenza che la loro presenza aveva fino allora garantito. Escludendo Soluzioni dal mercato, Poste Italiane non solo aveva privato i suoi concorrenti della possibilità di utilizzare Soluzioni come loro recapitista, ma aveva addirittura privato la stessa Soluzioni della possibilità di crescere come avrebbe potuto e di diventare essa stessa un operatore postale autonomo ed indipendente in grado di operare sul mercato in concorrenza con la stessa Poste Italiane.

<sup>22</sup> Va cioè in concreto considerato: i) se la parte abusata costituisca o meno un elemento importante per il processo competitivo, ii) se la condotta sia generalizzata e iii) se il soggetto più forte possa in tal modo ostacolare illegittimamente la crescita di operatori efficienti, potenziali concorrenti, ovvero privare i suoi diretti concorrenti di una risorsa importante.

## 4. Spunti conclusivi

È indubbio che stanno emergendo dalle prime pronunce del Giudice amministrativo differenze di approcci e di visioni con riferimento a ciascuno degli elementi costitutivi della fattispecie: posizione di dipendenza economica, nozione di abuso, rilevanza concorrenziale della condotta.

L'Autorità di concorrenza, nel dare applicazione alla norma di cui all'art. 9, comma 3-bis della legge n. 192 del 1998, ha una posizione ben precisa intimamente connessa al suo DNA, che resta anche in questo ambito la tutela del mercato, e che è stata finora correttamente valorizzata nella sentenza del TAR Lazio sul caso Meta-SIAE.

Nelle altre pronunce emerge invece una notevole distanza di prospettive, con la tendenza del Giudice a compiere una valutazione atomistica dei singoli elementi probatori raccolti, che fa perdere di vista il fenomeno economico e il contesto di mercato in cui lo stesso si colloca e deve essere inquadrato.

Parimenti, emerge in sede di ricostruzione dell'abuso e della sua rilevanza concorrenziale, una certa difficoltà a cogliere fino in fondo la *ratio* dell'intervento dell'Autorità: il fatto, cioè, che il compito di tale Istituzione, quando accerta un abuso di dipendenza economica, non è valutare la liceità civilistica delle singole clausole contrattuali, bensì la legittimità sul piano concorrenziale della condotta scrutinata.

Certamente una cosa va riconosciuta: se a consolidarsi sarà il ragionamento svolto dal Giudice amministrativo nella sentenza Poste Italiane, l'intervento dell'Autorità di concorrenza rischia di perdere le sue potenzialità e di appiattirsi sulla tutela civilistica.

È questa, in ultima analisi, la vera posta in gioco del confronto tutt'oggi aperto sulle condizioni di utilizzo dello strumento.

Va anche detto con chiarezza che l'abuso di dipendenza economica, mentre può completare e arricchire lo strumentario dell'AGCM, certamente non configura una scorciatoia rispetto all'abuso di posizione dominante, poiché i presupposti di applicazione sono molto più incerti e forte è il rischio che lo sforzo istruttorio sostenuto dall'Autorità non resista al sindacato del Giudice amministrativo.

Fondamentale è il contributo che può venire dall'analisi economica per individuare e reprimere solo gli abusi che possono dar luogo a una perdita di efficienza, e non a una mera redistribuzione di benessere dal contraente debole al contraente forte: e, quindi, per distinguere tra quelle situazioni in cui la tutela del contraente debole può effettivamente arricchire il tenore competitivo del mercato da quelle nelle quali invece si può scivolare verso una deriva paternalistica/equitativa che – al di là del giudizio intrinseco – si collocherebbe fuori del perimetro delle finalità e dei poteri dell'Antitrust, gravandola di compiti non propri.

Questo sforzo dell'Antitrust sarebbe vano se all'analisi economica della fattispecie non si aprisse anche il Giudice amministrativo.

L'auspicio, dunque, è che vi sia una progressiva maturazione ed evoluzione in questo senso. Siamo ancora in una fase iniziale, di rodaggio; non è facile per l'Autorità misurarsi con questo strumento; non lo è neppure per il Giudice amministrativo che sta procedendo probabilmente anche per esplorazioni ed approssimazioni successive.

Occasioni come quella odierna possono essere utili per mettere a confronto le diverse prospettive, riflettere sui punti di frizione e agevolare, se non il superamento della tradizionale giustapposizione tra “*diritto civile e tutela del mercato*”, quantomeno la comprensione dei punti di vista e l’arricchimento reciproco, nel segno di una sana dialettica e complementarità.

## ABSTRACT

Lo scritto propone una riflessione sull’istituto dell’abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale attraverso l’esame delle prime pronunce del Giudice amministrativo. Dopo aver richiamato le ragioni dell’affermazione di un modello di tutela pubblicistico in materia e i presupposti dell’intervento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l’analisi evidenzia la diversità di approcci e di visioni che vanno emergendo con riguardo a ciascuno degli elementi costitutivi della fattispecie. Essa pone in luce, altresì, una certa difficoltà del Giudice amministrativo a trarre tutte le conseguenze del fatto che obiettivo dell’intervento pubblico è la tutela dell’efficienza dinamica del mercato e non dell’equità. Prevale la tendenza a compiere un’analisi atomistica degli elementi probatori raccolti dall’Autorità, svalutando il ricorso all’analisi economica, che resta invece uno strumento fondamentale per colpire e reprimere solo gli abusi suscettibili di dar luogo a una perdita di efficienza del mercato. Il confronto sulle condizioni di utilizzo dello strumento resta oggi aperto. Se la distanza di prospettive non dovesse ricomporsi in futuro, l’intervento dell’Autorità di concorrenza rischia di appiattirsi sulla tutela civilistica e di perdere le sue potenzialità.

*The essay proposes a reflection on the abuse of economic dependence with relevance on competition through the examination of the first rulings of the administrative judge. After having recalled the reasons for the affirmation of a public protection model on the subject and the prerequisites for the intervention of the Competition and Market Guarantor Authority, the analysis highlights the diversity of approaches and visions that are emerging with regard to each of the constitutive elements of the case. It also highlights a certain difficulty for the administrative judge to draw all the consequences of the fact that the objective of public intervention is the protection of the dynamic efficiency of the market and not of equity. The tendency to carry out an atomistic analysis of the evidentiary elements collected by the Authority prevails, devaluing the use of economic analysis, which instead remains a fundamental tool for targeting and repressing only abuses likely to give rise to a loss of market efficiency. The discussion on the conditions of use of the instrument remains open today. If the distance in perspectives does not close in the future, the intervention of the Competition Authority risks falling flat on civil protection and losing its potential.*

