

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Requiem* per il meccanismo a scaglioni, l'inclusione del *seller power* ed il (falso) problema della dipendenza economica. Sulla *specialità* del decreto 198. – 3. Le liste di pratiche commerciali vietate: noterelle sparse sull'imposizione unilaterale. – 4. Spunti sull'irrocervo di un art. 7, comma 3, anche in rapporto all'art. 5, lett. b). – 5. Il piano della tutela *oltre* la "selva oscura" di una nullità come prototipo rimediabile. – 6. Alla riscoperta di un dualismo delle tutele. – 7. Frammenti legislativi: tutela delle Pmi od oltre?

1. Un affresco per grandi campiture, e di indubbio fascino, già è stato condotto¹: e non sarebbe proficuo mettersi a spigolare sui punti di caduta di una riflessione che costruttivamente evidenzia come la direttiva 2019/633 e l'annesso d. lgs. di recepimento (198/2021), che abroga e sostituisce integralmente l'art. 62 l. 221/2012², siano espressione di una stagione percorsa dall'idea che lo strumentario delle «regole del contratto» rappresenti il dispositivo più congeniale a neutralizzare le strategie di *abuso*, messe in atto dalla GDO e dai trasformatori industriali, ai danni di quei produttori-fornitori riguardati come soggetti fisiologicamente *price takers* in seno alle filiere agro-alimentari. Avendo incrociato l'argomento in più di un'occasione³, risparmiamo al lettore il tedio di ripercorrere le ragioni che ci avevano indotto a scrivere di una direttiva 633 quale laboratorio europeo nel quale viene sperimentata una politica di contrasto a forme di *abuso da sfruttamento nei mercati intermedi*⁴: la giustizia, all'interno dei rapporti di filiera, è infatti un problema di *ripartizione iniqua*, tra i diversi operatori, del *valore* del prodotto agricolo ed alimentare. Non è *'altronde*, benché il suo stile crei più problemi di quanti ne risolve, che la trasposizione italiana tradisca lo spirito di una direttiva che, al fine di garantire una *giusta remunerazione* della produzione, mette al bando il *sovraprofitto* che lucra chi, traslando sul fornitore i rischi commerciali tipici dell'attività distributiva, fa un uso predatorio del proprio potere di mercato oligopsonico o monopsonico. Per chi ami il linguaggio degli acronimi siamo nel bel mezzo di uno squilibrio economico *B2b*⁵: dove però la maiuscola, nel disegno europeo, è sempre appannaggio dell'acquirente, omettendo così di considerare che può ben darsi il caso di acquirenti vittime di un *seller power* che faccia sistematicamente uso di pratiche (o clausole) distorsive imposte. L'intreccio è delicato ma, al tempo stesso, non è revocabile in dubbio che l'*abuso*, nell'impianto del 198/2021, si radica ed è il prodotto, come vedremo, di una disparità che si nutre di clausole (non già standardizzate bensì) *imposte*.

Sic stantibus rebus, avremmo potuto dunque cavarcela gettando uno sguardo non di maniera su quel catalogo di condotte vietate, che per inciso l'art. 5 del decreto 198, in conformità all'art. 9 della 633, ha pure provveduto ad espandere⁶, evidenziando in particolare come la slealtà di queste pratiche commerciali vesta di sovente i panni di un'estorsione pre o postcontrattuale⁷. Il fatto è che, avendo già passato in rassegna la casistica di quelle liste, nera e grigia, che si leggono nell'art. 3 della direttiva 633, rispettivamente ai §§ 1 (ll. A-I) e 2 (ll. A-F), scegliendo questo taglio espositivo non ci saremmo neanche un po' sottratti alla sensazione di uno stucchevole *déjà vu*: che, viceversa, svapora se il *focus* lo spostiamo sullo scrutinio di un recepimento italiano punteggiato da un corredo composito di discontinuo rispetto all'originale europeo, prendendo le mosse dalla scomparsa, nel decreto legislativo, di quel meccanismo di fatturato a scaglioni che, nell'intelaiatura della 633 (art. 1, § 2) funge da griglia di indici denotanti *iuris et de iure* l'esistenza di uno squilibrio rilevante tra fornitore ed acquirente.

2. Già avevamo evidenziato le criticità sottese ad una gabbia suddivisa in cinque coppie di scaglioni (art. 1, § 2, ll. A-E), con un limite di fatturato -annuale- *massimo* (per i fornitori) e *minimo* (per gli acquirenti), a causa dell'evidente contrappunto che una modellistica siffatta viene ad essere inficiata da un *difetto di inclusività* ogni qual volta *uno* dei due fatturati non raggiunga la soglia indicata come *limite minimo* all'interno di quello scaglione, con il risultato che *talune cessioni* risulteranno orfane della tutela perché non suscettibili di ricompressione in *nessuno* degli scaglioni esistenti. L'effetto sarebbe stato quello, scrivevamo, di un abuso represso in modo *intermittente*, con clausole o pratiche suscettibili di un giudizio ancipite di validità/invalidità a seconda che la cessione si fosse trovata ad intercorrere tra soggetti uno dei quali *sottosoglia* in quanto non fatturante il *limite minimo* dello scaglione. Nell'impostazione europea, e qui sta il punto, lo squilibrio di potere rilevante in tanto, invero, si dà in quanto *entrambi* i contraenti siano ricompresi nel limite di fatturato contrassegnante lo scaglione. Dopo di che non ci sembra invece una gran differenza dire che gli scaglioni, nella fenomenologia europea, rilevano piuttosto da marcatori perimetranti la soglia *al di sotto della quale* è normativamente escluso che si dia una situazione di *squilibrio qualificato* idoneo ad innescare la tutela. Che infatti fondi una presunzione assoluta di presenza o di assenza di uno squilibrio contrattuale rilevante, ciò che davvero conta è rimarcare come il tecnicismo dello scaglione sia grossolano in quanto, laddove l'acquirente sia sottosoglia, si vengono a legalizzare delle fasce corpose di immunità senza contare le vistose disparità di trattamento che si darebbero *tutte le volte* in cui, esemplificando, ci sia,

¹ V. D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, in Scettico, viceversa, che si possa ricercare la "giustizia" nel contratto, è C. SALVI, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022,

² V. art. 14, comma 1, lett. a.

³ E più diffusamente in PAGLIANTINI, *Dal b2c al B2b, oltre la dipendenza economica: una prima lettura della direttiva 633/2019 tra diritto vigente ed in fieri*, in ID., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, Torino, 2020, 109 ss. Già prima, nell'ottica di una «oggettiva e strutturale asimmetria dei rapporti tra domanda e offerta nel mercato dell'approvvigionamento di prodotti alimentari», si esprimeva R. PARDOLESI, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in *Danno e resp.*, 2012, 1176.

⁴ V. *amplius*, ed in luogo di tanti, MAUGERI, *Invaldità del contratto e disciplina imperativa del mercato*, in OLIVIERI – ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, 185 ss. Di un approccio di ordine sistemico, inclusivo della «complessiva rete di rapporti che intercorrono tra i diversi operatori economici collocati lungo [la filiera]», discorre JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare: considerazioni in limine all'attuazione della direttiva n. 633 del 2019*, in *Giust. civ.*, 2021, 201.

⁵ V. BARONE, *La latitudine applicativa della normativa sul contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare*,

⁶ Una trattazione lineare è in VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare. Note a margine dell'art. 5, d.lgs. n. 198/2021*, L'art. 5, comma 1, per altro, alle lett. d), e), f), g) e h) ricalca il quintetto di condotte contrattuali vietate dal legislatore del 2012 includendo, altresì, alle lett. b), i) e j) le clausole vietate dall'art. 4, comma 2 del d.m. n. 199/2012 e alla lett. k) la pratica commerciale sleale configurata dal comma 3 dello stesso articolo. Non vantano invece un antecedente normativo le pratiche di cui alle ll. a), i) m), n), o) e p).

⁷ V. ANGIOLINI, *La lista nera e la lista grigia di pratiche commerciali sleali vietate nella filiera agricola e alimentare: l'art. 4 d.lgs. 198/2021 nel prisma dei rimedi privatistici*, e, in precedenza, MASINI, *L'abuso nella contrattazione di impresa nella filiera agroalimentare*, in *Dir. agroalim.*, 2019, 261 ss.

all'interno del secondo scaglione, un fornitore che vanti un fatturato di 2,5 milioni di euro ed un acquirente che non superi invece la soglia dei 10 milioni, attestandosi sui 9,5: qui, sebbene tra le due imprese balli una differenza di fatturato pari a 7 milioni, una pratica commerciale sleale *tale* non lo è più mentre la slealtà riaffiora quando tanto il fornitore quanto l'acquirente siano sopra-soglia ma lo scarto tra i due fatturati sia di piccola entità (9,5 milioni per il primo ed 11 per il secondo).

Proficuamente, perciò, il legislatore italiano si è discostato dalla previsione di un dettato europeo che già andava in verità a collidere con l'impalcatura di quell'art. 62 l. 221/2012 tarato sulle relazioni di filiera e refrattario al darsi di un *determinato* rapporto dimensionale tra l'impresa sleale e quella vessata. Da questa specola, il nuovo art. 1, comma 2, recitante di una disciplina applicabile "indipendentemente dal fatturato dei fornitori e degli acquirenti", certifica come l'operatore economico di una filiera, di là dal valore del proprio fatturato, trovi una tutela, *caso per caso, se* vittima di un contratto iniquo o di una pratica (extracontrattuale) estorsiva. È una scelta che consente, tra l'altro, di costruire l'ambito di applicazione soggettiva senza appiattirsi, come invece la 633 dispone, sulla figura del venditore – fornitore quale parte vessata. La tutela è infatti, ai sensi delle ll. d) e g) dell'art. 4, comma 1 e delle ll. E), F), O), R) e T) dell'art. 5, pure dell'*acquirente*: che, non a caso, già nella trama dell'art. 62, comma 2, era annoverato nella trama dei soggetti suscettibili di incappare nella condotta abusiva del fornitore che si fosse trovato a rivestire un ruolo di dominanza nel mercato di riferimento. La vicenda, che altrove abbiamo illustrato⁸, della *S.I.S. S.p.A.*, cioè di un cedente licenziatario esclusivo resosi responsabile di pratiche distorsive nei riguardi di imprese interessate all'acquisto di sementi di una varietà pregiata di grano duro, può assumersi a paradigma di un divieto che, nell'impostazione del decreto 198, copre *abusi* che si situano tanto dal lato della domanda che dell'offerta. La formula stipulativa di *pratiche commerciali sleali proprie*, la cui attuazione è di pertinenza della sola figura dell'acquirente o del fornitore, e di *pratiche commerciali sleali comuni*, che possono indifferentemente essere realizzate da qualsiasi operatore economico¹⁰, è un felice compendio del modo in cui il divieto va letto.

Rispetto all'art. 1, § 2 della 633, l'art. 1, comma 2, è quindi una norma tanto a più vasto raggio soggettivo quanto con una diversa fisionomia: scartata la differenza dei fatturati¹¹, il presupposto implicito della sussistenza di un *significativo squilibrio di potere contrattuale* è tutt'uno con la *maggior forza* posseduta da uno dei contraenti nel contesto di quei rapporti verticali che sono tipici dei mercati intermedi. Nell'economia dell'art. 1, insomma, la *dipendenza economica* dell'impresa vessata, eletta a *fatto costitutivo* nell'art. 9 della l. 192/98, *non è* un co-elemento di applicabilità per la ragione che l'impresa subalterna è tutelata quantunque *non versi* in un difetto di alternative economiche soddisfacenti. È paradigmatica la vicenda della clausola di reso, la cui illiceità è adesso trasfusa nell'art. 4, comma 4, lett. A), sanzionata dall'AGCM nonostante la GDO non rappresentasse per i panificatori il primo canale di cessione ma soltanto il 26% delle vendite. Nella cifra dell'art. 1, la clausola di reso cade in quanto porta con sé una decurtazione degli utili rendendo aleatorio il margine di guadagno atteso dal fornitore. D'altra parte, se si interpolasse la dipendenza economica tra i requisiti di protezione, l'effetto sarebbe quello di leggere la lett. A) come un luogo nel quale il divieto di trasformare il fornitore in un *garante* non rileva *di per sé*, trattandosi di un rischio imprenditoriale *tipico* del distributore, ma in quanto costui sia un *soggetto economicamente dipendente* da quell'acquirente che si rende artefice di un *unilateralismo sleale*. Niente esclude naturalmente che il *fatto*, e non il *prerequisito tipologico*, della dipendenza si dia nella singola fattispecie concreta, in ragione della «non facile sostituzione ... per un certo periodo di tempo [dell'impresa distributrice]»¹²: ma, diversamente dalla trama reggente il dispositivo dell'art. 9, il modello protettivo dell'art. 1, commi 1 e 4, del decreto presenta lo stigma tipico di una regolazione a *doppia velocità*: quella dell'art. 4, comma 1, è infatti una lista di proscrizione operante quantunque le pratiche repressesiano state *concordate tra le parti* mentre, rispetto al catalogo dell'art. 4, comma 4, ll. A-F, è *già* nel convenire un prezzo inclusivo di costi accessori (ll. A, B, C) o l'esistenza di una voce di costo *sine iusta causa* (ll. D, E, F) che rileva da indice espressivo di un'*imposizione unilaterale* la quale, trovando la sua essenza in una disparità di potere implicita, viene presunta *iuris tantum*. Con un *favor* che l'art. 9 non conosce, il decreto 198 non fa quindi dell'imposizione unilaterale un *fatto costitutivo* bensì *impeditivo*, con il risultato che è la GDO ad avere l'onere di fornire la prova che il venditore, o per la quantità dei prodotti forniti o per il suo potere economico, era nella condizione di negoziare e di ottenere la soppressione delle clausole inique¹³. È una questione che, nel panorama francese, è stata al centro di un vivace dibattito: se da un lato infatti, senza il «*soumettre*» o «*tenter de soumettre*», di cui all'art. L. 442-1, 2 *code de commerce*, è pacifico che un *déséquilibre significatif* non basta, è dall'altro pure vero che una presunzione relativa di sottomissione, avvalorata dalla Cassazione tutte le volte in cui si facesse questione di un contratto tra fornitore e grande distribuzione alimentare, continua a venire avversata da chi ritiene che debba invece essere onere di chi si dichiara vittima di una slealtà darne una prova tangibile.

Dopo di che, il problema è di quale immagine si voglia sbazzare. Vero, infatti, è che il patto, attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica, è già nullo ai sensi dell'art. 9, comma 3, l. 192/1998: ma non è semplice ipotizzare un caso nel quale il fornitore dovrebbe avere interesse ad invocare una tutela il cui statuto normativo è *meno vantaggioso*. Anche la 192/98, e lo si sa, contiene a sua volta, nel comma 3-*bis* dell'art. 9, una fattispecie nella quale l'abuso è ritenuto esistente *indipendentemente* "dall'accertamento della dipendenza economica". Con una slealtà commerciale che, nel gioco comparativo del decreto 198 con la l. 192, non è impostata in termini di sinotticità dei presupposti, la notazione che viene spontanea è se l'affresco variegato del *B2b* non stia diventando una tela ritorta nella quale coesistono tutele la cui latitudine di dispiegamento è *diversa*. È esatto che *tutte* le fattispecie di abuso dell'art. 9 sono ricomprese nel trittico di elenchi del decreto 198/2021, ma non è vero il contrario: e con un onere della prova, anch'esso modificato e prossimo a quello del consumatore, vien fatto di dire che lo *statuto speciale* della fornitura agroalimentare insidia la vocazione imperialista di un art. 9 che Cass. 24906/2011 aveva eletto a *norma generale* dei rapporti tra imprese. *Due* allora, anche a livello tassonomico, sono adesso i *nuclei duri*

⁸ In *Dal b2c al B2b, oltre la dipendenza economica*, cit. 116 ss.

⁹ V. AGCM, 12 novembre 2019, n. 27991, in *Bollettino* n. 48 AGCM 2020, 15 ss. In dottrina, per tutti, JANNARELLI, *Una storia di semenze sgranate*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, 609 ss.

¹⁰ V. BARONE, *La latitudine applicativa della normativa sul contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare*,

¹¹ In quanto prodromica ad una «concreta frantumazione nell'applicazione della disciplina del tutto irragionevole»: così JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare*, cit. 223.

¹² Così JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare*, cit. 211.

¹³ Un diverso ragionamento implicherebbe che la dipendenza economica divenga oggetto di un separato onere probatorio.

dell'abuso B2b, con la *new emperor's clause* dell'art. 9 che sconta la concorrenza settoriale di un'altra clausola generale deducibile dal combinato disposto degli artt. 1, comma 1 e 3, comma 1)¹⁴

3. Proseguendo in questa analisi di taglio selettivo, un *focus* particolare meritano, naturalmente, le due liste, la nera, inclusiva di pratiche *sempre* vietate (art. 4, comma 1, ll. A-J), e la grigia, articolata in un sestetto di fattispecie qualificabili come scorrette, ai sensi dell'art. 4, comma 4, ll. A-F, salvo che non siano state concordate dalle parti, nel contratto di cessione, nell'accordo quadro a monte o in un altro accordo successivo, in modo trasparente, cioè "in termini chiari ed univoci" nel lessico, sempre un po' pedestre, del nostro legislatore. È una *grey list* che, stante il livello di armonizzazione minima, nella versione italiana è stata arricchita di altre due ipotesi; e tuttavia, nonostante questa implementazione, continuiamo a ritenere che l'esimente di una *trattativa*, non contemplata dall'art. 62, segni un *downgrade* di tutela per il fornitore italiano: salvo ritenere che la trattativa del decreto 198 non sia quella che funziona da *fatto impeditivo* del sindacato di vessatorietà nell'area dei contratti b2c. Non dunque una *negoziabilità* bensì una *negoziazione effettiva*: altrimenti, se dovessimo dare credito a questa suggestione, non c'è un *accordo* che sia munito di una qualità redimente. È vero, e ci torneremo nella pagina finale, che il divieto dell'art. 1, comma 1, gravita attorno ad un'unilateralità (non già nella *predisposizione* bensì) ad *imporre* che un *precedente concordare* esclude. Quanto basta, si dirà, per escludere che il requisito dell'*imposizione unilaterale* si apparenti con la nozione di *predisposizione unilaterale* tipica della contrattazione consumeristica¹⁵. E tuttavia, siccome la *contrattualità* del comma 4 affranca od emancipa da un'*illiceità* che altrimenti si darebbe, non incappa in un cortocircuito argomentativo l'interprete che tari il "precedentemente concordate" su di una tecnica modellata sul combinato disposto degli artt. 1322, comma 1, e 1325, n. 1, c.c. Se così fosse, dovrebbe però pure riconoscersi che la trattativa individuale dell'art. 34, comma 4, c. cons. è una figura corredata di tratti così rigidi, nell'ordine individualità – serietà – effettività¹⁶, che non è un caso se la sua ammissione, in un'aula di tribunale, sta mostrando le fattezze di un'entità rapsodica. Ma tant'è: nella nostra ottica resta immutato il convincimento che se il problema, nei rapporti di filiera, è quello di un *giusto prezzo*, inteso quale *riparto più equo* del valore del prodotto agricolo, scopertamente *non* lo si cura rieditando un formalismo procedimentale che leghi l'*immunità* della pratica al binomio di una *conoscenza* ed *accettazione espressa* del fornitore. Anche il formalismo di protezione del comma 5, recitante di un acquirente che rilascia al fornitore richiedente una "stima per iscritto dei pagamenti unitari o complessivi", unitamente ad una distinta dei "costi per il fornitore e i criteri alla base di tale stima", si (ri)presenta come un ossimoro: se il senso, che la formula normativa finisce per rendere evidente, è quello di un riparto di valore del prodotto "giusto" non perché *economicamente ragionevole* ma in quanto *oggettivamente dettagliato*. Forse poco o nulla è poi più sorprendente del fatto che, se l'obbiettivo di legge è quello di un riparto giusto, tra i diversi attori della filiera, del prezzo, *immunizzare* proprio le clausole comportanti tipicamente una decurtazione degli utili, ha del sorprendente: il feticcio dell'"accordo" si presta infatti a legalizzare un costo, gravoso e non remunerato, incidente in presa diretta su quella «redditività complessiva dell'operazione economica per il fornitore [che si vorrebbe tutelare]»¹⁷.

Dopo di che, il guazzabuglio dell'art. 5, in un contesto siffatto, è uno dei luoghi che, c'è da aspettarselo, darà più filo da torcere all'interprete. Il dubbio vien invero da sé: il catalogo delle sedici fattispecie racconta di un *divieto materiale* oppure di un divieto operante soltanto nell'ipotesi di una mancata negoziazione? Se ci si dovesse, nel segno di chi già lo ha puntualmente evidenziato¹⁸, mostrare dell'avviso che il censimento è *misto* perché, accanto ad ipotesi nelle quali *non* è consentita alcuna prova liberatoria (ll. A), C), E), F), vi sono dei casi ove la negoziazione rileva in quanto mette fuori gioco quell'imposizione che è *condizione testuale* nella tassonomia legislativa (ll. B), D), I), L), M), N), ripiomberemmo nel bel mezzo del quesito se l'esistenza di una clausola commerciale vantaggiosa per il distributore porti con sé l'*automatismo* di riguardarla come una clausola *subita* dal fornitore. Forse l'onere della prova dovrebbe aprirsi ad un turno *più ampio*, legittimando il distributore a provare che taluni costi, per es. quelli delle ll. B), D), I), L), sono compensati da altre corrispettività¹⁹.

4. Al netto della circostanza che più di un sospetto di euroincompatibilità lo solleva l'art. 4, comma 3, giacché viene ivi codificata un'immunità delle P.A. acquirenti, se scolastiche o di assistenza sanitaria (ll. A e B), dal divieto di pagamento oltre il termine di 30 e di 60 giorni a seconda che si tratti di prodotti agricoli ed alimentari a rischio oppure no di deperibilità, piuttosto scialbo si rivela pure il recitativo dell'art. 7, e non soltanto per la *plurivocità* semantica del lemma sottocosto (si allude ad un prezzo inferiore al *prezzo di acquisto* del bene oppure ad un prezzo inferiore al *costo di produzione* dello stesso bene od ancora al prezzo che sia inferiore al *valore di mercato*)²⁰. Ci saremmo infatti attesi che, sull'esatta perimetrazione delle vendite sottocosto di prodotti agricoli ed alimentari, il pronunciamento del legislatore fosse ad un tempo meno contorto e non afflitto da un pulviscolo di fattori opacizzanti. Il rilievo, che viene invero istintivo, riguarda già il comma 1, contemplante una vendita sottocosto dei prodotti freschi e deperibili soltanto nel caso o di un invenduto a rischio di deperibilità o di operazioni commerciali programmate e concordate con il fornitore in forma scritta. La norma va infatti messa in correlazione con l'art. 4, comma 4, lett. C) che, a sua volta, rimette ad un *accordo* con il fornitore l'ammissione di clausole che gli imputino il costo degli sconti "sui prodotti venduti dall'acquirente come parte di una promozione". Ebbene, un'interpretazione sistematica non

¹⁴ Quali, detto nel linguaggio sfavillante di R. PARDOLESI, *Clausole abusive e "terzo contratto"*, in *Foro it.*, 2020, V, 209, «realità contrattuali segnate da *imprinting* reciprocamente irriducibili perché segnati da DNA marcatamente differenziato».

¹⁵ Non è una connotazione soltanto descrittiva: diversamente da una *predisposizione unilaterale*, che si legherebbe soltanto a delle *clausole*, l'imporre se da un lato cattura *atti e comportamenti*, dall'altra ha un *ubi consistam* autonomo visto che la pratica sleale può essere ingiunta anche se non la si è predisposta e, nel contempo, è *in re ipsa* che non tutto quanto viene predisposto risulta, a sua volta, suscettibile di imposizione.

¹⁶ Cass, 14 gennaio 2021, n. 497, in *Foro it.*, 2021, I, 2501 ss., che suntegge il terzetto dei requisiti a guisa dell'evocazione di un potere del consumatore di *modificare* il contenuto del contratto. È ricorsiva pure la statuizione che, se una trattativa si dà, l'accertamento sulla vessatorietà viene ad essere precluso nonostante la clausola risulti significativamente squilibrata a danno del consumatore.

¹⁷ Così JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare*, cit. 224.

¹⁸ V. VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare*, cit.

¹⁹ Sull'opzione «strategica di accettare condizioni non grate» v. PARDOLESI, *Clausole abusive e "terzo contratto"*, cit. 210.

²⁰ Ad una prima ricognizione parrebbe che, mentre l'art. 5, comma 1, lett. b) del decreto contempla la fattispecie di una vendita sottocosto rispetto ai *costi di produzione*, l'art. 7 involge invece una vendita sottocosto parametrata al *prezzo di acquisto* corrisposto dal venditore al dettaglio al suo fornitore.

può non constatare che, in seno al *genus* della vendita sottocosto, la *species* dell'art. 7, comma 1, è corredata di uno statuto in *melius*: due, e non uno, essendo i presupposti di ammissibilità della stessa (l'accordo e la deperibilità del bene). Se poi ci si sposta a riflettere sul disposto di quell'art. 7, comma 3, statuente che la violazione del comma 1 innesca una sostituzione di diritto, ai sensi dell'art. 1339 c.c., del prezzo pattuito con quello risultante dalle fatture di acquisto, il senso di straniamento dell'interprete è destinato a crescere in maniera esponenziale. Siccome una violazione ivi si darà o quando il distributore abbia venduto sottocosto un prodotto, fresco e deperibile, *non invenduto od* allorché la vendita sia stata effettuata *al di fuori* di una promozione concordata con il fornitore, diventa disagevole comprendere il senso della locuzione "prezzo stabilito dalle parti", per l'elementare ragione che una formula siffatta «un accordo sembra presupporlo»²¹. La sola interpretazione utile diventa così quella che *adatta* la fattispecie normativa: il prezzo d'acquisto convenuto è in realtà il prezzo che, praticando una *variatio* peggiorativa *in executivis*, il distributore ha imposto al fornitore nel momento in cui si è risolto ad «effettuare unilateralmente una vendita sottocosto»²². Letta così, la norma, se da un lato viene ad avere un senso compiuto, dall'altro però pur sempre stecca. Nessun dubbio che la sostituzione del prezzo imposto con quello, più alto, ricavabile dalle fatture, torni a vantaggio del fornitore: e tuttavia, siccome stiamo ragionando di una variazione contrattuale inefficace *ab origine*, non si vede quale ragione supporti il richiamo all'art. 1339 c.c. Siccome il distributore l'ha posta in essere senza osservare le prescrizioni di legge, la modifica unilaterale non è che *medio tempore* abbia prodotto un qualche effetto: e con un prezzo originario, che *non è mai* stato intaccato, somiglia tanto ad un grossolano infortunio concettuale discorrere di una "sostituzione di diritto": che non si dà, in realtà, *né* in chiave di integrazione *né* di reviviscenza. Diversamente si dovrebbe dare per buono che l'impresa vessata, avendo pure l'*onere* di impugnare una modifica illegittima, deve agire in giudizio per fare accertare la nullità della clausola! Se la *variatio* è *tamquam non esset*, la corresponsione di un prezzo inferiore a quanto convenuto è da riorientare come un *inesatto adempimento* del distributore.

Dopo di che, pure rispetto ad un prezzo unilateralmente imposto sostituito di diritto, come recita la norma, con il prezzo calcolato sulla base dei *costi medi di produzione*, rilevati dall'ISMEA, oppure con il prezzo "medio praticato per prodotti simili nel mercato di riferimento", il dubbio di una qualche obliquità di troppo è tutto fuorché peregrino. *Nulla quaestio* che i due prezzi citati, sì inferiori a quello risultante dalle fatture *ma* superiori alla *variatio* sfavorevole imposta dal distributore, costituiscano un materiale sostitutivo ridondante a vantaggio del fornitore: e tuttavia, siccome l'art. 7, comma 3, sottintende una nullità parziale a monte, rimane ascosto il senso del richiamo ad una sostituzione automatica ex art. 1339 c.c. in una fattispecie nella quale *non c'è* un prezzo riguardato come un *essenziale* del contratto *anche* in sostituzione di clausole pattizie difformi. Nell'art. 7, comma 3, c'è infatti scritto *non* che il prezzo debba risultare *pari* al costo medio di produzione bensì che il prezzo non deve essere *inferiore* al suddetto costo. Tradotto: l'art. 7, comma 3, *non è* una disposizione nella quale il prezzo del bene sia *imposto dalla legge* quanto e piuttosto un luogo nel quale il prezzo, pur restando nella libera determinazione delle parti, non può scendere sotto una certa soglia. Siamo così dalle parti di un *limite* e non di una «prescrizione in positivo»²³. Resta il fatto, naturalmente, che la nomenclatura legislativa è poi smaccatamente ondivaga: anziché sancire un prezzo "pari ai costi", la *littera legis* recita infatti di un prezzo sostitutivo che viene "calcolato sulla base dei costi medi di produzione". Ora, con un importo dei costi medi che rileva propriamente da *base di calcolo*, le variabili interpretative profilabili sono soltanto *due*: o la suddetta base, al fine di garantire un margine di profitto al fornitore, è incrementabile giudizialmente oppure il prezzo sostitutivo corrisponde al *valore di mercato* del bene. È esatto che la seconda variabile viene avvalorata proprio dall'art. 7, comma 3: e tuttavia, verrà istintivo riconoscerlo, è per una curvatura assai tormentata che si arriva in tal modo a sostenere che il prezzo sostitutivo è il *prezzo medio* di quel prodotto.

Quel che ci sembra vero, detto *en passant*, è semmai che, sebbene disciplini una *species* di vendita sottocosto, il comma 3 dell'art. 7 può leggersi come una norma applicabile analogicamente alle (altre) vendite sottocosto contemplanti «un prezzo inferiore ai costi di produzione dei beni venduti»²⁴. Il riferimento qui è all'art. 5, lett. b) che, nella cornice di condizioni contrattuali eccessivamente gravose per il venditore, annovera la fattispecie della vendita di "prodotti agricoli e alimentari a prezzi al di sotto dei costi di produzione". Siccome, in difetto di un'integrazione, qui il contratto cadrebbe, è il costo medio di produzione che ci sembra possa supplire ad un prezzo inferiore che, per inciso, *sono proprio* le fatture a documentare.

5. Peccheremo di superficialità se, nell'avviarci a prendere congedo, non svolgessimo una manciata di considerazioni su quel profilo rimediabile che la 633, trattandosi di una materia pur sempre rimessa alla competenza degli Stati membri, omette di disciplinare: anche se, va detto, quella europea non è un'*absentia* che prelude ad un'anomia. Il *consumer lawyer* ben sa infatti che, nell'area complanare delle p.c.s. *b2c*, campeggia un art. 11-*bis*, introdotto, dalla direttiva 2161/2019 nel corpo della 2011/83, che testualmente si orienta per una tutela risarcitoria e, ove pertinenti, per una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, l'una e le altre da comminarsi "in modo proporzionato ed efficace". Nel 16 Considerando della *omnibus* si legge, per altro, di Stati membri che, al fine di assicurare la soppressione totale degli effetti pregiudizievoli prodotti da pratiche sleali, mantengono la libertà di conservare o introdurre il diritto del consumatore a servirsi di altri rimedi, "come la riparazione o la sostituzione".

Se non fosse che il decreto 198, all'art. 1, comma 4, propende per una normatività rimediabile di tutt'altro segno: non soltanto le "previsioni di cui agli articoli 3, 4, 5 e 7" vengono infatti qualificate come "norme imperative" ma il secondo periodo è testuale nel sancire come "nulla qualunque pattuizione o clausola contrattuale contraria alle predette disposizioni". Quindi a dominare, anche in ragione di un perimetro che si ramifica a ricomprendere *tutte* le violazioni di norme imperative, è una nullità *espressa e parziale* perché, in testuale deroga all'art. 1419, comma 1, c.c., l'espunzione di una clausola "non comporta la nullità del contratto". È così un dispositivo che può pure costruirsi a guisa di una concretizzazione casistica della proposizione eccettiva che chiude l'art. 1418, comma 1, c.c.: il disporre diversamente, accanto ai casi di esclusione della nullità, è riguardabile come inclusivo della varianza di una nullità che, alla maniera di

²¹ Così IULIANI, *Il controllo sull'equilibrio economico dello scambio nei contratti della filiera agro-alimentare*,

²² Cfr. IULIANI, *op. ult. cit.*

²³ L'idea è ben esposta, e calibrata, in IULIANI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴ Così, al termine di un ragionamento convincente, VERSACI, *Gli abusi "complementari" nei contratti della filiera agroalimentare*. cit.

come già recita l'art. 9, comma 3, l. 192/1998, è soltanto di una o più clausole atteso che la nullità del comma 1, 1 cpv. è invece, e testualmente, *del contratto*²⁵.

Con il che all'interprete vien fatto però di chiedersi se la nullità sia *monopolizzante* in quanto riguardata come *unico rimedio* in grado di assicurare la "maggior tutela dei fornitori e degli operatori" (art. 1, comma 1) oppure se, già a partire dal disposto dell'art. 3, comma 2, il configurare una nullità *tout court* implicherebbe avallare l'incognita di un bizzarro occasionalismo normativo. Vero, il recitativo di legge è testuale nel sancire che i "contratti di cessione sono conclusi obbligatoriamente mediante atto scritto stipulato prima della consegna dei prodotti ceduti": ma non è che l'art. 3, comma 2, *innovi*. Il testo odierno ricalca infatti la lettera dell'abrogato art. 62, comma 1: una norma questa che, letta in parallelo con quell'art. 3, § 1, lett. f) della 633, ove è testuale il rinvio del legislatore europeo ad un acquirente che rifiuta di "confermare per iscritto le condizioni di un accordo di fornitura", già ci era sembrato che dovesse intendersi nel senso di una forma comandata non *ad substantiam* ma nella versione di un *obbligo documentale di protezione* per il cedente. L'oggetto della tutela, scrivevamo, non è rivolto all'atto bensì a contrastare l'abuso ai danni di un fornitore che, *senza uno scritto*, non può agire in giudizio per ripetere delle prestazioni indebitamente eseguite oppure per domandare la nullità delle *sole* clausole incorporanti delle p.c.s. Ora, stante l'invarianza del testo, non si vede quali sarebbero le ragioni utili a ribaltare l'immagine di una *documentalità* imposta quale obbligo specifico *di protezione*²⁶, il cui inadempimento, accertabile per via testimoniale o per il tramite di presunzioni, legittima ad un risarcimento dei danni: allora ai sensi dell'art. 1337 c.c. ed adesso in forza di quell'art. 10, comma 14, che, facendo salve "le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni dei precetti [richiamati]", include, nel comma primo, l'obbligo di concludere l'atto per iscritto. D'altronde, ci verrebbe da chiosare, se il problema è quello di *sanzionare* delle condotte sleali che, per lo più, sono materialmente destinate a manifestarsi sia *prima* che *al di fuori* di un contratto, è prima ancora della nullità un risarcimento che, rimediando ad un rifiuto *sine causa*, rimuove, «mediante il meccanismo della compensazione, gli effetti [svantaggiosi] del contratto»²⁷.

Dopo di che, se dovessimo invece inclinare per una forma *ad validitatem*, sarebbero più di uno i fattori stridenti con una siffatta qualifica. È un catalogo sul quale la dottrina già si è esercitata: ma riflettere sul punto è tutt'altro che ozioso.

La prima distonia, intanto, è già nel corpo dell'art. 4, comma 1, lett. g), ove il rifiuto di confermare per iscritto è riferito alle condizioni di un "contratto in essere". Ebbene, se facessimo questione di una nullità formale non si comprenderebbe il senso di una norma che, nel mentre prescrive un onere *ad validitatem*, da allocarsi nel n. 13 dell'art. 1350 c.c., definisce "in essere" un contratto che, «non essendo stato concluso, per definizione non [vincola] in alcun modo le parti»²⁸.

Continuando, mentre ha senso per un obbligo documentale, è irrazionale rispetto ad un onere formale il disposto dell'art. 3, comma 3, contemplante un adempimento dell'obbligo di documentare l'atto anche tramite, come si legge, "documenti di trasporto o di consegna, fatture, ordini di acquisto con i quali l'acquirente commissiona la consegna dei prodotti". È un'irrazionalità che ha dell'eclatante: una forma *ad substantiam*, da un lato, non è surrogabile con documenti che, nell'economia del comma 3, fungono *nominatim* da "forme equipollenti" di uno *scritto*; dall'altro, vero è che sono documenti ammessi se, come recita la norma, "gli elementi contrattuali di cui ai commi 1 e 2" siano stati concordati in un "accordo quadro". Se non fosse che non c'è modo di ritenere che il comma 3 venga a codificare, in deroga al disposto dell'art. 2702 c.c., una nuova *species* di scrittura privata oppure che sia stata ivi *ampliata* la nozione di forma scritta. E la ragione è molto semplice: intanto sono tutti *scritti*, quelli che la norma enumera, precedenti o successivi alla stipula del contratto, senza contare che sono pure *tutte* fattispecie a formazione unilaterale. Ora, come si è ben evidenziato, tanto «la differenza strutturale» che il «disallineamento temporale» rappresentano degli indici sintomatici di come l'obbligo documentale niente abbia a che spartire con la forma, cioè con il contratto scritto, di cui all'art. 1325, n. 4, c.c.

Terzo, senza discostarsi dal passato (art. 62, comma 1), il formalismo dell'art. 3, comma 2, si esibisce come *speciale* rispetto all'art. 1325 c.c., se è vero che *documentali* hanno da essere pure quelle modalità, *non essenziali*, di adempimento o di pagamento del prezzo che, in difetto di una specifica pattuizione, sarebbero sussidiariamente rette dal diritto dispositivo. Ebbene, ed anche qui siamo nel campo delle nozioni di base, una *nullità del contratto* è rimedio pertinente, nel senso di proporzionale, quando a difettare siano uno o più degli *essentialia negotii*. Diversamente, ed è quanto accadrebbe applicando alla lettera il disposto di un comma 2 nel quale *scritte* hanno da essere non soltanto "la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, [nonché] il prezzo", ci troveremmo al cospetto di una nullità inefficiente perché, com'è consequenziale, *eccedente* lo scopo della norma violata.

L'ultima distonia è anch'essa appariscente: vero è che l'art. 1, comma 4, accanto ad una nullità parziale necessaria di una o più "clausole", in testuale deroga al disposto dell'art. 1419, comma 1, c.c., conosce una nullità estesa alle "pattuizioni"; e quest'ultima è una locuzione che ben si verrebbe ad amalgamare con la contravvenzione agli obblighi di forma di cui all'art. 3. Epperò si tratterebbe di una nullità del contratto perché *amorfo*. Ora, se la *ratio* della normativa è quella di tenere indenne il fornitore dal pregiudizio economico di condotte estorsive, sporgerebbe una nullità totale comminata pur se difetti la coeva violazione di una «qualche prescrizione di tipo contenutistico»²⁹. Una nullità formale colpisce il contratto *indipendentemente* dalla circostanza che il suo prodursi ridondi a vantaggio dell'impresa vessata o di quella che abusa, includendo pure il caso del contratto scritto ma carente di una delle prescrizioni indicate dalla legge: con il risultato che, per anestetizzare il rischio di una nullità utile alla parte sleale, dovrebbe ricorrersi, come per il passato³⁰, all'idea di una torsione della nullità perché ivi impedita nell'ipotesi in cui pregiudicherebbe la parte protetta. L'altra variabile ipotizzabile, siccome l'art. 3 è qualificato come una norma imperativa, potrebbe concludersi nel senso che la nullità scaturisce *direttamente* dall'art. 1418, comma 1, conosce il vistoso

²⁵ *Nihil novi*, da questa visuale: di una nullità che *corregge* soltanto e consustanziale alla quale è un *prezzo corretto* della quota parte costituente il «guadagno dovuto allo sfruttamento», ha già scritto, e da par suo, CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2004, 473.

²⁶ V. Già ANT. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Annuario del contratto 2015*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2016, 22 – 24.

²⁷ Così MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 18.

²⁸ Così, puntualmente, ORLANDO,

²⁹ Così D'AMICO, *La giustizia contrattuale nelle filiere agro-alimentari*, cit.

³⁰ V. GERMANÒ, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr. alim. e ambiente*, 2012, 383.

contrappunto che il *contratto illegale* niente ha a che spartire con il *contratto vietato*: la sua *sedes materiae* è nel comma 2 dell'art. 1418, laddove questo rinvia al recitativo dell'art. 1325, non in quel comma 1 che sempre una (seppur diversa) *illiceità* commina.

Dal quartetto delle dissonanze abbiamo ommesso il rilievo, secondo un autore decisivo³¹, che la 633 in nessun luogo, in realtà, comanda un requisito di forma scritta per i contratti della filiera agro-alimentare: quel che, ed è vero, la direttiva sancisce è *soltanto* la slealtà della pratica che si risolve nel rifiuto di confermare per iscritto le condizioni di un contratto di cessione “in essere”. Ora, se sull'argomento abbiamo fin qui glissato, è per la ragione che la direttiva UTP pur sempre è di *armonizzazione minima*: di tal che, nell'ottica di un (eventuale) incremento del livello di tutela, niente osterebbe a che un legislatore nazionale convertisse una documentalità deputata a neutralizzare una condotta sleale *in executivis*, in un requisito di struttura ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 1418, comma 2, c.c. È tuttavia vero che, in un'ottica di forma *ad substantiam actus*, un obbligo di ripetizione documentale, come quello codificato nell'art. 4, comma 1, lett. g), stona ancora di più: dovrebbe infatti ammettersi, ma in un modo assai contorto, che qui il legislatore, derogando all'inammissibilità di una convalida ai sensi dell'art. 1423 c.c., ha coniato uno di quei rarissimi casi nei quali viene disposto diversamente, recuperando così, ma *soltanto nel caso in cui* sia il fornitore a richiedere “una conferma scritta”, un contratto nullo. Ora, siccome nessun esercizio di fantasia giuridica può avvalorare un creazionismo interpretativo, ci sembra però che avrebbe dell'audace pensare ad un fornitore che abbia interesse ad una convalida anziché alla sanzione di un comportamento sleale *successivo* alla conclusione del contratto.

Domanda: nell'odierno contesto ordinamentale, accanto a delle *nullità formali*, sono censibili delle *nullità documentali*³²: una locuzione, questa, che ben si presta ad evocare i casi in cui la comminatoria, rispetto al contratto, di un determinato *vestmentum* non vi sia e, ciò nondimeno, sia fissata una nullità totale rampollante direttamente da un'incompletezza o da un vizio del documento. Si potrebbe allora sostenere che, entro la cornice di una “forma” che, non riguardando il *dover farsi* dell'atto, è *ipostasi* di un obbligo informativo o di protezione, l'art. 3, comma 2, istituisce una forma – modulo rilevante da causa di nullità non ai sensi dell'art. 1325 n. 4 c.c. bensì ex art. 1418, comma 3, c.c. Notoriamente, se non possono darsi casi di nullità formale virtuale, niente si oppone a che la legge comandi un obbligo di documentazione a pena di nullità (art. 100-*bis*, comma 3, T.U.F). Se non fosse che una nullità documentale in tanto sta in quanto sia “stabilita” dalla legge: di tal che, non dandosene una che *soltanto* “risulti” dalla legge, non c'è qui modo di configurarla. L'interprete dovrebbe infatti iscrivere la nel corpo dell'art. 1418, comma 1, c.c., con il risultato di dare così ingresso ad una *nullità documentale virtuale*.

6. Dopo di che il decreto 198, ed anche questa notazione scade nel lapalissiano, pullula di fattispecie nelle quali rimedialmente la nullità o si palesa a guisa di una tecnica inutile (perché inefficiente) oppure come un dispositivo che non serve in quanto spuntato rispetto a p.c.s. che non si vengano a tradurre in clausole contrattuali. Se l'art. 4, comma 2, nella parte in cui prevede dei tassi di interesse moratorio elevato, quale misura di contrasto all'imposizione di termini di pagamento più lunghi di quelli stabiliti dalla legge, è paradigmatico di come ben si diano delle fattispecie nelle quali la deterrenza *non sempre* fa rima con la nullità, rispetto al secondo gruppo di fattispecie, l'elenco, deducibile dall'art. 4, comma 1, sarebbe lungo: a titolo esemplificativo sono tutte le ipotesi che si leggono nelle ll. *b)*, *i)* e *j)*: ove è il risarcimento del danno che compensa il fornitore dal pregiudizio connesso alla divulgazione di segreti commerciali oppure dalla pretesa di rimborsare all'acquirente il costo sostenuto per esaminare i reclami dei clienti. A nessuno, d'altra parte, può venire in mente di sostenere che non incorra in un *inadempimento* l'acquirente che omette di corrispondere, in tutto o in parte, il prezzo pattuito: mentre una nullità, nella versione di uno speciale *vitiatur sed non vitiatur*, è rinvenibile nell'art. 4, comma 1, ll. *c)*, *d)* ed *f)*, se il potere dell'acquirente rispettivamente di revocare ordini di prodotti deperibili con un preavviso inferiore a 30 giorni, di modificazione unilaterale *in executivis* delle condizioni del contratto e di imputazione al fornitore di costi per il deterioramento o la perdita dei prodotti, è stato contrattualizzato. È uno schema che si ripete per tutte le pratiche del comma 4, ll. *b-f)*, basculanti tra una nullità parziale necessaria ed una tutela per danni: ma il rifiuto di vendere o di comprare, al netto della circostanza che si sostanzierebbe in un comportamento discriminatorio, trova il suo contrappunto nel risarcimento. D'altro canto, non è forse vero che l'art. 7-*bis* del d. lg. 231/2002, non a caso rubricato “prassi inique”, è ben più realistico nel sancire che danno diritto al risarcimento del danno, quando risultino “gravemente inique per il creditore”, le pratiche relative al “termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero”?³³

È plausibile che, sul primato della nullità, abbia inciso il ddl 1151/2019, per la revisione del codice civile, il cui art. 1, lett. g) contemplava una delega al Governo a disciplinare i casi di p.c.s. nella forma di una “invalidità del contratto concluso”; e tuttavia, una così netta divaricazione di trattamento, a seconda che la p.c.s. involga un rapporto *b2c* anziché *b2b*, fa sorgere più di una perplessità considerando che, siccome siamo al cospetto di una legislazione ancipite, in quanto la tutela tanto del consumatore che dell'impresa debole è comunque messa a presidio di un interesse generale all'integrità dei mercati, stona che un rimedio di tipo invalidatorio si appropri di una scena nella quale altre possono mostrarsi le tecniche idonee ad ottenere una correzione/modifica del contratto a valle di una pratica scorretta. Quella del decreto 198 è, tra l'altro, una *nullità cangiante*: a fronte invero di un 3 comma dell'art. 7 che arieggia, come si è veduto, una sostituzione automatica, il comma 2 è la tipica norma imperativa imperfetta giacché tace sul rimedio applicabile quando l'acquirente, in violazione di un espresso divieto, trasla, in modo diretto od indiretto, sul fornitore i costi del deterioramento o del perimento di prodotti venduti sottocosto. In prima battuta, ed anche con più di un costrutto, verrà istintivo notare che una sponda robusta la offre quell'art. 1, comma 4, stentoreo, dicevamo, nel sancire la nullità di qualunque pattuizione o clausola contrattuale sia contraria agli artt. 3, 4, 5 e 7. Del resto, si potrebbe aggiungere, il comma 2 dell'art. 7 è pur sempre una norma statuente un dovere di non fare: ed il comma 1 dell'art. 4, nella veste di norma che la garantisce, si limita a disporre la sanzione per il caso della sua inosservanza. Nullità a parzialità necessaria quindi: cadono le clausole che trasferiscono sul fornitore il costo del sottocosto. Tecnicamente è sì una nullità parziale ma basculante tra

³¹ V. D'AMICO, *op. ult. cit.*

³² V., *ex professo*, ORLANDO, *Le nullità documentali. Dal neoformalismo al documentalismo*, Napoli, 2021.

³³ E qui è da meditare l'osservazione di JANNARELLI, *La “giustizia contrattuale” nella filiera agro-alimentare*, cit. 204, laddove evidenzia come la giustizia, nei rapporti di filiera, è un problema di «complessivo rapporto che si instaura tra le parti», andando così *oltre* il contratto.

una pura disapplicazione ed una integrazione successiva. Il dispositivo dell'art. 5, rubricato "altre pratiche commerciali sleali" stilizza tanto casi iscrivibili nel primo quanto nel secondo gruppo³⁴.

Lasciamo così al lettore il constatare come, se tante sono le *enclaves* ritagliabili nelle quali la nullità non opera, avrebbe del singolare sostenere che la filiera agroalimentare sia il luogo nel quale viene a distillarsi una nullità imperante quale rimedio che, pur se a *statuto multiplo*, è comandato a garantire una giustizia commutativa tra i diversi soggetti operanti in seno a questa. Altrove, evocando il filo di Musil³⁵, ci siamo espressi nel senso che l'*optimum* dovrebbe essere una *rete articolata e coordinata* di rimedi. Non ignoriamo, va da sé, che l'ottimo sia nemico del bene: ma deve pure considerarsi che, se il risarcimento è una tecnica di protezione concorrente che reagisce *satisfattivamente* a tutto un plesso di p.c.s., è poi il tasso di *effettività della tutela* che diventa la bussola alla quale deve attenersi ogni sforzo ricostruttivo dell'interprete. Non è un caso se, inquadrata da questa visuale, anche la domanda su quale sia il *tipo di legittimazione* che assista la nullità del decreto, rischia di rivelarsi stucchevole. Nonostante il legislatore non la prevede *espressamente*, è una legittimazione che, vista la lettera dell'art. 1, comma 1, può pure costruirsi come *relativa*: ma intanto a condizione che alla sagoma del contraente protetto si riconosca l'effigie tanto del fornitore che dell'acquirente, con un rilievo officioso che, se l'obbiettivo normativo è quello di evitare un fallimento del mercato, è sussistente va da sé a guisa di una declinazione necessaria. Distonico sarebbe però, in un contesto siffatto, il disposto dell'art. 10, comma 14, laddove dischiude una legittimazione delle organizzazioni di produttori e fornitori, delle associazioni di tali organizzazioni nonché di quelle di parte acquirente a far valere l'azione di risarcimento del danno. Ora, siccome non vediamo una ragione plausibile per la quale, nonostante vantino uno specifico interesse, a questi soggetti dovrebbe essere preclusa una legittimazione ad agire in nullità, ci viene fatto di pensare che la formula di una nullità che, come nell'art. 36, comma 3, c. cons. "opera soltanto a vantaggio" dell'impresa vessata, a tutta prima tornerebbe preferibile. Una *nullità unilateralmente orientata*, nel senso che non può tornare a vantaggio di chi vessi, cattura *di più* in quanto, diversamente da una relativa, è inclusiva anche dell'interesse dei creditori del contraente leso che omettesse di impugnare la clausola illecita³⁶. Dubitiamo, invece, che la nullità del decreto potrebbe prestarsi ad una slealtà dell'impresa protetta. Ci sembra infatti fin troppo agevole replicare che la *parzialità necessaria* dell'art. 1, comma 1, ha vanificato pure l'insidia di un fornitore che, prima della consegna della merce, agisca in nullità perché ha nel frattempo trovato un contratto sostitutivo ad un prezzo più alto. È questo invero un effetto speculativo che, se la *nullità della clausola non si propaga*, viene paralizzato sul nascere: e sarebbe irragionevole pensare ad un'ablazione parziale che, nel mentre sovrintende all'interesse del fornitore ad una vendita remunerativa del prodotto, non sia pure al servizio di un'impresa acquirente: una caducazione parziale, che non può essere *in danno* di un fornitore vessato, il quale sarebbe così legittimato ad una nullità totale quando *più* gli conviene, introduce scopertamente al risultato di avallare un recesso *extra ordinem* che stingerebbe in una *overdeterrence*.

7. Potrà sembrare ridondante che, in sede di commiato, si torni all'*incipit* del discorso; ma, onde evitare una narrazione sviante, va rimarcato che la slealtà di una pratica commerciale è un semplice *fatto* se non viene abbinata ad una *imposizione unilaterale* "da un contraente alla sua controparte": l'immagine, rifratta dal decreto, è invero pur sempre quella del produttore (o dell'acquirente) prigioniero di una promessa estorta o sottomesso ad una condotta predatoria. Domanda: in analogia con il comma 3-*bis* dell'art. 9, il prototipo del soggetto protetto lo riguardiamo come una figura da iscrivere nel novero delle Pmi, nel segno del resto di quanto desumibile da una prassi decisoria dell'AGCM incentrata su imprese con un fatturato solitamente inferiore ai 10 milioni di euro oppure con un fatturato oscillante sì tra i 60-70 milioni ma in pari tempo inferiore di oltre 200 volte a quello del distributore? È comprensibile, rispondiamo, che si cada in tentazione: purché si abbia però contezza che di uno spicchio di casi può discorrersi soltanto *statisticamente* e sul sottinteso che concentrando il tiro su imprese delle dimensioni citate appare «più facile che possa determinarsi una situazione di relativo assoggettamento all'altrui domanda»³⁷. Non può infatti obliterarsi la circostanza che l'intelaiatura a scaglioni della direttiva intercetta, nelle ultime due griglie, dei fornitori si afflitti da un'asimmetria dimensionale, ma il cui fatturato annuo giunge rispettivamente a 150 od è compreso tra i 150 ed i 350 milioni. È evidente allora che l'aver abiurato allo scaglione non può legittimare un'interpretazione restrittiva che, limitando la tutela al circuito delle piccole e medie imprese, derogherebbe *in peius* ad un livello di armonizzazione minima che, negli ultimi due scaglioni, formalizza uno standard di tutela a maglie larghe, inclusivo di imprese medio – grandi. Il recitativo omnicomprensivo

³⁴ Non è per una corriva propensione all'esterofilia: ma, almeno sul piano dello strumentario rimediario privatistico, è ben più calibrata una trasposizione francese della 633 che, ai sensi del riformato art. L-442-7 del *code du commerce*, contempla una responsabilità, con annesso obbligo di risarcire il danno, per l'acquirente di prodotti agricoli o alimentari il quale faccia applicare dal suo fornitore "*un prix de cession abusivement bas*". Per accertare se un prezzo di vendita sia abusivamente basso, prosegue il secondo comma, deve tenersi conto, in special modo, "*des indicateurs de coûts de production*", di cui agli "*articles L. 631-24, L. 631-24-1, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime ou*", se applicabile, di ogni altro indicatore disponibile tra "*ceux établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires mentionné à l'article L. 682-1 du même code*". È una disposizione, come si è fatto notare, che istituisce un *prezzo minimo* al di sotto del quale un'impresa distributrice non può acquistare senza incorrere in una responsabilità, cioè in un obbligo di *reintegrazione* espressa nella veste di una parziale conversione dell'originario credito al pagamento in un'obbligazione risarcitoria. V. JANNARELLI, *La "giustizia contrattuale" nella filiera agro-alimentare*, cit. 235 e, prima ancora, MANCALEONI, *Le pratiche commerciali nella filiera agroalimentare e la tutela civilistica della parte debole alla luce della direttiva UE 633/2019 e dell'esperienza francese*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 478 ss. E tuttavia, al netto delle critiche suscitate da un siffatto minimo, prima fra tutte quella evidenziante come uno degli effetti possibili sia la penalizzazione dei produttori che operino con prezzi più bassi di quelli medi, va comunque evidenziato che l'ultimo comma dell'art. L-442-7 recita di un art. 442-4 quale norma applicabile nelle relazioni di filiera. Ebbene, il comma 2 dell'art. 442-4 è pur sempre un luogo nel quale si legittima la (sola) *partie victime* di una pratica sleale a "*faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus*". La logica francese è dunque quella di un abuso si legato ad una condotta ma che può pure stingere in una *nullité* quando l'agire sleale si riversi in una o più clausole del contratto.

³⁵ In *Fideiussioni omnibus attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le S.U., la nullità parziale ed il "filo" di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I.

³⁶ Da questa angolazione, il parallelismo con il modello francese regge poco: in quell'esperienza domina infatti un dispositivo di tutela che vede un'anomala azione civile promossa dal Ministero dell'economia, legittimato non soltanto a chiedere la cessazione della pratica, con annessa pena pecuniaria, ma anche a far accertare la nullità delle clausole illecite, domandando così la restituzione di quanto indebitamente percepito dalla controparte. Non a caso si parla di un'azione «quasi civilistica»: così MANCALEONI, *Le pratiche commerciali nella filiera agroalimentare e la tutela civilistica della parte debole alla luce della direttiva UE 633/2019 e dell'esperienza francese*, cit. 485, con un Ministero che viene ad essere un *sostituto* dell'impresa lesa.

³⁷ Così PARDOLESI, *Clausole abusive e "terzo contratto"*, cit. 210.

dell'art. 1, comma 2, rimarcante che la protezione non è legata al fatturato dei fornitori o degli acquirenti, certifica apertamente che le porte del c.d. terzo contratto, almeno nel comparto della filiera agroalimentare, hanno misure *maggiori* di quelle sperimentate nella declinazione corrente dell'abuso di dipendenza economica. Con il risultato che il solco tra i due *B2b* si allarga.

Un'ultima chiosa, a mo' di postilla, sull'ennesima disciplina del contratto piegata a momento di regolazione del mercato.

Per quanto screziato, detto *à la* Pardolesi, il mosaico, che il decreto 198 ci restituisce, una sua cifra ce l'ha: basta infatti affiancare la parzialità necessaria dell'art. 1, comma 4, la durata minima di dodici mesi imposta, dall'art. 3, comma 4, a *tutti* i contratti di cessione e la prescrizione di forma-contenuto del comma 2 per avvedersi che la rimedialità congeniale ad un'agricoltura, come la si è etichettata³⁸, sotto contratto è strutturalmente di *manutenzione correttiva*, e non di caducazione, del rapporto: diversamente, ed è un rilievo che viene da sé³⁹, non sarebbe assicurata quella reciproca programmazione degli investimenti che rappresenta un *essenziale* dell'attività fornitura.

³⁸ Da JANNARELLI, *Profili del sistema agro-alimentare. I rapporti contrattuali nella filiera agro-alimentare*, Bari, 2018, 246 ss. Nello stesso senso v., adesso, CANFORA, *La vendita di prodotti agroalimentari*, in BORGHI, CANFORA, DI LAURO e L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, 129.

³⁹ V. GAB. SALVI, *Principi generali e durata minima nei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari. Un private enforcement inefficace*, e, prima ancora, GOLDONI, *Le regole di filiera e il mercato*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, 883 s.