

Anno V - 2020 n. 4

NUOVO DIRITTO CIVILE

DIRETTORI

Roberto Carleo Alberto Maria Gambino Mauro Orlandi

ESTRATTO

UGO MALVAGNA E MADDALENA RABITTI

**FILIERE PRODUTTIVE E COVID-19:
TRA RINEGOZIAZIONE E CO-REGOLAZIONE**



ANGOLO DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

UGO MALVAGNA E MADDALENA RABITTI*

(Ricercatore nell'Università di Trento;

Professore ordinario nell'Università Roma Tre)

FILIERE PRODUTTIVE E COVID-19: TRA RINEGOZIAZIONE E CO-REGOLAZIONE**

SOMMARIO. 1. Il Covid come sopravvenienza contrattuale: impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta. – 2. (*Segue*) I problemi della rinegoziazione. – 3. “Sopravvenienza Covid” e impresa. Emersione della prospettiva della filiera produttiva. – 4. Tra diritto dei contratti e diritto concorsuale: la permanenza di rilevanti spazi di tutela “scoperti” e l’esigenza di una gestione globale e coordinata delle dinamiche contrattuali di filiera. – 5. Salvaguardare le relazioni contrattuali delle imprese della filiera tra efficienza e solidarietà. – 6. Evitare i tribunali: un’ADR *ad hoc* presso l’AGCM? – 7. (*Segue*) Un organismo specializzato presso le Camere di Commercio? – 8. Per un ruolo proattivo dell’AGCM nella creazione di “buone pratiche” per una filiera sostenibile.

1. Il Covid come sopravvenienza contrattuale: impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta

1.1. A distanza di un anno dall'emersione del fatto pandemico, si può affermare, prendendosi un rischio tutto sommato modesto di cadere in quelle sovrassemplificazioni che spesso si accompagnano alle asserzioni di tratto generale, che il discorso sviluppato dalla civilistica in ordine alla “sopravvenienza Covid”, o se si preferisce al “Covid come sopravvenienza”, si organizza intorno a una triade rimediabile, che

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di due *referee*.

** Il lavoro è frutto di una comune riflessione dei due autori. Si attribuiscono i paragrafi da 1 a 4 a Ugo Malvagna e i paragrafi da 5 a 8 a Maddalena Rabitti.

si snoda tanto lungo i due istituti del diritto dei contratti tipicamente deputati alla relativa gestione (impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta), quanto – e in coerenza con una linea (prevalentemente) dottrinale che si può dire consolidata –, sul crinale della rinegoziazione secondo buona fede.

All'interno di questo perimetro, se si riscontrano alcuni postulati unanimemente condivisi almeno nelle proprie linee fondamentali, si manifestano pure talune divergenze, dalle quali viene nei fatti a dipendere il coefficiente di reale utilità dei rimedi in parola.

Così, è assunto non controverso quello inteso a escludere – almeno in termini tendenziali, e salve le diverse sorti da riferire ad alcuni specifici tipi contrattuali, su cui un dibattito *ad hoc* si è in effetti già venuto a formare¹ – che la “sopravvenienza pandemica” possa dar luogo *su larga scala* a vicende di impossibilità sopravvenuta della prestazione, tanto in relazione alle prestazioni caratterizzanti i differenti tipi quanto pure, e *a fortiori*, in relazione ai corrispettivi². La percezione della correttezza di questa affermazione è già raggiunta non appena si richiami l'insegnamento tradizionale, che costruisce l'impossibilità della prestazione in termini oggettivi, e cioè come alterazione delle circostanze materiali del contesto esecutivo di natura assolutamente insuperabile, ovvero superabile solo mediante condotte a cui l'obbligato non può reputarsi tenuto alla stregua del titolo (impossibilità oggettiva relativa).

In aggiunta a questi assunti, va pure osservato che, anche laddove si possa predicare come realizzatasi – per taluni limitati momenti del

¹ Così, in specie, per la locazione commerciale. V. sul punto, A.A. DOLMETTA, *Periodo di lockdown, locazione di esercizio commerciale*, Garantievertrag, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 763 ss.; ID., *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per misure di contenimento pandemico*, in *Ilcaso.it*; R. NATOLI, *L'impatto di Covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, in *Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi, Pisa, 2020, p. 39; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 21 aprile 2020.

² Un utilizzo evolutivo della figura dell'impossibilità parziale è stato prospettato da più di un autore, soprattutto in relazione alla locazione (cfr. la bibliografia citata alla nota che precede). Una traiettoria propria, legata alla variazione quantitativa del rischio, segue invece il contratto di assicurazione (cfr. P. CORRIAS, *L'incidenza della pandemia sui contratti assicurativi: problemi attuali e prospettive future*, e S. LANDINI, *Riduzione del rischio da circolazione di veicoli, riduzione del premio assicurativo e nuovi modelli di copertura*, entrambi in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19*, cit., rispettivamente p. 15 e p. 35).

rapporto – una fattispecie di impossibilità temporanea, parziale o anche totale, non per questo si potrà concludere che l’istituto costituisca strumento agevole, dal punto di vista applicativo, per una gestione del conflitto ingeneratosi tra le parti. In questo senso, va osservato che il combinarsi degli artt. 1256 e 1464 c.c. delinea una dinamica rimediabile che si snoda tra la necessità di valutare se il debitore possa “essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione” temporaneamente impossibile e quella di accertare il permanente interesse del creditore al conseguimento della prestazione in forma parziale e/o in via ritardata.

1.2. Se si accetta l’osservazione per cui la sopravvenienza in discorso colpisce, almeno in via tendenziale, i “costi di produzione” della prestazione caratteristica (lato del debitore), oppure la misura dei benefici conseguibili mediante l’utilizzo della stessa (lato del creditore), il ragionamento si trova allora naturalmente indirizzato verso la figura dell’eccessiva onerosità sopravvenuta. Più centrato il rimedio quanto a fattispecie, anch’esso esprime tuttavia alcune difficoltà applicative. Ci si può in questa sede limitare a richiamare le questioni già note, e ampiamente discusse nel dibattito corrente.

In primo luogo, il rimedio sconta una doppia anima, tra l’ablatorio e il manutentivo: se nel caso dei contratti unilaterali l’art. 1468 c.c. consente all’obbligato di “chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”, in relazione ai sinallagmatici l’art. 1467, co. 3, c.c. conferisce alla sola parte avvantaggiata una sorta di “opzione” di mantenimento del contratto ricondotto a equità. Di fronte al rilievo, difficilmente contestabile, per cui tale distinzione non può *ipso facto* riferirsi alla diversa struttura che separa i contratti unilaterali da quelli sinallagmatici (non vi sono cioè limiti o vincoli *strutturali* all’applicazione della regola di cui all’art. 1468 c.c. ai contratti sinallagmatici), sarebbe allora errato instaurare tra queste due disposizioni un qualche rapporto di generalità/specialità, se non addirittura di regola/eccezione. Non sembra perciò potersi desumere, sul piano generale, una preferenza “sistematica” per il rimedio ablatorio, con tutto ciò che ne consegue sul piano della costruzione dello statuto di *altri* rimedi, intesi a rimediare alle sopravvenienze non imputabili: primo fra tutti, quello della rinegoziazione *ex fide bona* (cfr. *infra*, n. 2).

In secondo luogo, per orientamento giurisprudenziale inscalfito, non si tratta di vizio deducibile per via di eccezione: col che, nei con-

tratti di durata, tutto il periodo che intercorre tra la manifestazione della sopravvenienza e la proposizione della domanda giudiziale³ è destinato *in tesi* a restare scoperto, con grave incoerenza della struttura rispetto alla funzione: la quale richiederebbe allora di essere attenuata, per quanto possibile, in via interpretativa. Tenere ferme le prestazioni, pure a fronte della conclamata esistenza del presupposto che legittima la risoluzione, viene nei fatti a consolidare o, comunque, a promuovere un arricchimento ingiustificato in capo alla parte favorita dalla sopravvenienza.

Infine, il presupposto di rilevanza della sopravvenienza è dato dai caratteri di *straordinarietà* e *imprevedibilità* degli eventi che la integrano. Si tratta di predicati che – sicuramente riferibili al torno di tempo tra febbraio e marzo 2020 – si mostrano di applicazione incerta a fronte del verificarsi di c.d. “ondate” successive (per ora la seconda, magari la terza e oltre), e in definitiva di una situazione che potrebbe essere caratterizzata da dinamiche di “*stop and go*” in talune attività produttive. Insomma, c’è il rischio oggettivo che, nel contesto di una sorta di (auspicabilmente temporaneo) *new normal*, la nozione di cui all’art. 1467 c.c. venga intesa in termini per così dire “istologici”, nel senso, da un lato, di concepire ogni ricaduta pandemica come evento a sé e, dall’altro, di ritenere tali ricadute prevedibili in ragione del mero fatto della loro *concepibilità*.

Al contrario, occorrerebbe ancorarsi a una lettura di tali requisiti che valorizzi la circostanza per cui, sino al *definitivo* superamento della pandemia, la navigazione è necessariamente a vista, sicché il *se* e il *come* di nuove *difficultates prestandi* si atteggiano per definizione come imprevedibili.

2. (*Segue*) I problemi della rinegoziazione

Le difficoltà ora indicate, in una con la notazione della sostanziale eccentricità (e quindi limitata servibilità, nel contesto di un discorso di respiro più generale) delle – poche – norme emergenziali adottate

³ Il che esclude di poter ritenere contrario alla buona fede oggettiva il comportamento della parte che avvii l’azione prima dell’esaurimento di eventuali trattative volte alla rinegoziazione (ciò, anche in ragione di quanto previsto dall’art. 1467, co. 3, c.c.).

in materia di contratto nel momento della fase acuta della pandemia⁴, hanno condotto la riflessione di questi mesi a centralizzarsi in via pressoché unanime – come pure rispondente a un’idea che si è fatta strada in letteratura ben prima della pandemia⁵ – verso il polo della rinegoziazione del contratto secondo buona fede (come *fonte* e come *vetto*re dell’obbligo). Strumento in sé più flessibile, esso si presta sia all’adeguamento del contratto all’interesse programmatico originario, sia – nel caso – alla gestione di forme di uscita dal rapporto che scongiurino una ripartizione oltremodo squilibrata delle conseguenze economiche della sopravvenienza.

Se non si può controvertere sul fondamento normativo immedia-

⁴ La legislazione emergenziale adottata a far data dal mese di marzo 2020 ha affrontato il tema delle relazioni contrattuali (anche) d’impresa mediante la previsione di una norma di carattere generale (art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27, secondo cui “il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”), insieme con alcune disposizioni di carattere settoriale (così, contratti di finanziamento, contratti di viaggio, turismo o spettacolo, impianti sportivi). Se le seconde appaiono prive di potenzialità espansiva, la prima disposizione introduce un potere valutativo del giudice, da esercitarsi alla luce delle circostanze del caso concreto, in ordine all’efficienza causale del “rispetto delle misure di contenimento” sull’inadempimento. Tale valutazione consente al giudice di escludere o modulare la misura della responsabilità per l’inadempimento imputabile. Secondo talune letture più avanzate (A.A. DOLMETTA, «*Misure di contenimento*» della *pandemia e disciplina dell’obbligazione (prime note all’art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, p. 156), la norma prospetta un intervento manipolativo del giudice, più articolato della mera sospensione degli effetti dell’inadempimento. Ove non si dia prova di un sufficiente nesso di causalità tra “rispetto delle misure di contenimento” e inadempimento, la gestione degli squilibri contrattuali resta ovviamente affidata al sistema civilistico generale e al relativo sistema rimediale. Sul lato dei rapporti di consumo relativi a titoli di viaggio, spettacoli o pacchetti turistici, si registra il tentativo del legislatore di scongiurare la dissoluzione del rapporto – o quanto meno l’effetto restitutorio del prezzo corrisposto – mediante il meccanismo dei *voucher* (A. DALMARTELLO, *Pacchetti turistici e voucher al tempo del Covid-19*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19*, cit., p. 47).

⁵ Nei fatti è una prospettiva che risulta approfondita dagli anni novanta (cfr., in particolare, lo studio di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996) e che ha trovato un proprio riconoscimento normativo “preliminare” nel disegno di legge delega sulla riforma del codice civile presentato il 19 marzo 2019 (DDL S. 1151).

to dell'obbligo di rinegoziazione, costituito, per l'appunto, dalla regola della buona fede oggettiva⁶, le difficoltà e le divisioni interne alla civilistica si appalesano lungo due direttive principali.

Il primo e centrale tema a venire in rilievo è quello che si interroga sul *sensu* e sul *peso* da attribuire al principio solidaristico *ex art. 2 Cost.* che – secondo una linea di lettura ormai non contestata in dottrina, oltre che stabilmente assunta nelle massime della giurisprudenza – innerva la clausola generale dell'art. 1375 c.c.

Al riguardo, le varie opinioni espresse manifestano letture assai diversificate, se non proprio opposte: da chi – in linea con un sentire ancora oggi, forse, maggioritario – assegna al principio solidaristico un ruolo di correttivo concettualmente “esterno” alle logiche ordinanti il subsistema degli squilibri contrattuali e delle quali si conferma la centralità⁷, a chi evidenzia l'esigenza di impiegare l'opposta logica di “incorporazione” della buona fede, quale criterio *interno* alla costruzione di tutti gli istituti del diritto dei contratti⁸, a chi ne prospetta una nozione proattiva funzionale a un mutamento dello stesso modello capitalistico esistente⁹, a chi invece scongiura un approccio che le attribuisca un ruolo preminente, per gli effetti negativi che ciò produrrebbe sul piano economico generale¹⁰.

Per via secondaria e di riflesso, si pone il tema della meccanica di

⁶ L'opportunità di affidare la sorte dei contratti commerciali al principio generale della buona fede a seguito della sopravvenienza pandemica è stata evidenziata, da ultimo, dalla stessa Corte di Cassazione, la quale, attuando un significativo *endorsement* in favore della rinegoziazione quale soluzione ottimale per il riequilibrio dei rapporti commerciali, ha sancito l'esistenza di un dovere di rinegoziazione in capo alla parte avvantaggiata dallo squilibrio basato, invero, sul principio di buona fede oggettiva. Corte di Cassazione, Relazione n. 56/2020. Prima della Suprema Corte, tra i tanti, F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, II, p. 825; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 1046; V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, pp. 165 ss.

⁷ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 17 marzo 2020; cfr. anche F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 12 marzo 2020.

⁸ A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 4 giugno 2020.

⁹ U. MATTEI e A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 7 maggio 2020.

¹⁰ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 4 giugno 2020.

operatività del rimedio, sia in punto di definizione dei concreti doveri delle parti (obbligo – *strumentale* – di negoziare ovvero obbligo – *finale* – di contrattare), sia rispetto all'individuazione dello strumento rimediabile assegnato al giudice (risarcimento ovvero intervento direttamente costitutivo del contratto modificativo). È comunque evidente che al crescere dello spazio sistematico e applicativo assegnato all'esigenza di riequilibrio, che è in sé sottesa alla solidarietà, cresce anche la preferenza verso strumenti effettivamente serventi all'obiettivo. Da questo punto di vista, non si può pensare di attribuire un ruolo realmente utile alla buona fede se non concependo l'obbligo di rinegoziazione come inteso a indicare un *esito obiettivamente attingibile* e, correlativamente, dotando il giudice di uno strumento tecnico per attuarlo, da iscriversi concettualmente nell'alveo dell'art. 2932 c.c.¹¹.

3. “Sopravvenienza Covid” e impresa. Emersione della prospettiva della filiera produttiva

3.1. Tanto detto, occorre subito rilevare che, mantenendosi il discorso sulla linea del diritto generale dei contratti, non sembra che si possa muovere oltre le sponde problematiche già delineate¹².

Non può allora non notarsi che la domanda dei termini di rilevanza della sopravvenienza pandemica su un dato rapporto contrattuale, se nella prospettiva civilistica sopra sunteggiata appare unitaria *almeno dal punto di vista concettuale*, a una lettura che voglia invece aspirare a una comprensione “utile” – e non meramente didascalica – delle dinamiche economiche sottostanti al conflitto ingeneratosi tra due controparti (quale presupposto per improntare una risposta rimediabile realmente adeguata al fenomeno osservato) si viene a scindere in più e distinte domande, tra loro molto diverse. E che, come tali, possono richiedere risposte a loro volta diversificate.

¹¹ A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, p. 7.

¹² Sul piano strettamente operativo, occorre anche segnalare che, nel contesto attuale della giustizia civile italiana, i benefici di un *enforcement* giudiziale dell'obbligo di rinegoziazione si trovano quasi totalmente assorbiti – se non addirittura sovrastati – dai costi, dai tempi e dalle incertezze del relativo contenzioso: col che, si stempera anche la funzione deterrente di una simile norma da comportamenti di cieca chiusura alle istanze della controparte, se non anche propriamente opportunistici.

Messi da parte i rapporti creditizi pendenti per la intrinseca peculiarità loro propria, può dirsi che un forzante criterio di differenziazione tra fattispecie è dato dai connotati propri del conflitto oggetto di considerazione: se, cioè, relativo a rapporti tra privati ovvero aventi natura d'impresa. Se il piano dei rapporti civili *tout court* esprime una misura di rilevanza economica "sistemica" tutto sommato modesta, all'interno dei rapporti d'impresa occorre distinguere tra (a) rapporti sui mercati finali (siano le controparti dell'impresa consumatori o professionisti/imprese), (b) rapporti relativi all'acquisizione di beni e servizi necessari allo svolgimento dell'attività e (c) rapporti relativi allo svolgimento di fasi del processo che dalle materie prime – materiali o immateriali – porta a un prodotto collocato sui mercati finali di consumo (c.d. catena del valore). Se l'ipotesi *sub (a)* propone per lo più ipotesi di contratti che non prospettano rilevanti questioni di sopravvenienze¹³, nei casi *sub (b)* e (c) il fulcro del problema sembra potersi indentificare nell'alterazione dell'economicità (di uno o più) dei rapporti contrattuali facenti capo all'impresa, in ragione degli aumentati costi della produzione e dei minori – ricavi dovuti a minori – consumi che discendono tanto dalle misure pubbliche adottate a scopo sanitario, quanto dallo stato di generale incertezza degli attori di mercato circa il *quando* e il *come* del superamento di questa fase.

3.2. Ma nemmeno all'interno dei rapporti *sub (b)* e (c) la "sopravvenienza Covid", se osservata nella prospettiva dell'impresa, dispiega un impatto omogeneo, e quindi è idonea a essere gestita con la medesima risposta o, per meglio dire, "strategia" rimediale. E infatti, altro sono le imprese che erogano *servizi* alla persona o connessi all'arte, al turismo o all'intrattenimento; altro sono le imprese *industriali* e le imprese che gravitano intorno a quell'attività produttiva, proiettandola sui mercati finali (distribuzione e commercio).

Con riferimento al primo gruppo, l'alterazione dell'economicità negoziale è nei fatti riconducibile a un unico o, al più, a pochissimi rap-

¹³ Poiché si tratta per lo più di contratti a esecuzione immediata o che non riguardano beni o servizi la cui fornitura che hanno subito interruzioni o difficoltà esecutive per effetto della pandemia. Fanno eccezione a ciò i contratti di trasporto e turistici, per i quali è intervenuto il legislatore con norme *ab hoc* limitatamente alla fase acuta della pandemia: cfr. A. DALMARTELLO, *op. ult. cit.*

porti: nell'ampia maggioranza dei casi, la voce di conto economico che viene a pregiudicare l'equilibrio della gestione è (oltre al costo del fattore lavoro e alle pendenze fiscali, che seguono logiche proprie) la locazione dei locali per l'esercizio dell'attività d'impresa: che è, nei fatti, il solo rapporto in relazione al quale si pone un tema di sopravvenienza¹⁴. In questi casi, la gestione della "sopravvenienza Covid" si identifica con il tentativo di adeguamento di quel rapporto, il fallimento del quale costituisce l'anticamera della crisi d'impresa e, quindi, del necessario ricorso ai relativi strumenti¹⁵.

¹⁴ Come dimostra il contenzioso cautelare di questi mesi: cfr., Trib. Roma, 29 maggio 2020 (RG 18779/2020); Trib. Genova, 1° giugno 2020 (RG4185/2020), reperibili su *Dirittobancario.it*. Una somiglianza meramente quantitativa (: una unica voce di costo da cui dipende l'economicità o meno della gestione d'esercizio) mostrano i contratti di concessione dalla pubblica amministrazione. È interessante notare che il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) contiene una norma destinata a regolare le sopravvenienze non imputabili (art. 165, co. 6), alla stregua della quale "il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. Al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lett. a) e b) [cioè " a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse"], ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse". Sul tema, cfr. ora F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 13.

¹⁵ Se del caso opportunamente adattati, mediante interventi legislativi, al contesto attuale, soprattutto nel senso della semplificazione delle procedure esistenti e/o dell'istituzione di procedure più leggere, ispirate a una logica di "amministrazione vigilata": cfr. anche F. BENASSI, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da*

In relazione al secondo, la situazione si appalesa invece più complessa. Ciò dipende, segnatamente, dal fatto che quelle imprese sono quasi sempre inserite all'interno di una *filiera produttiva*, intesa come l'aggregato dei rapporti tra i diversi attori economici, legati tra loro da relazioni di lungo periodo e orientati alla realizzazione di una o più fasi produttive lungo la catena del valore: sicché sussiste una "catena di dipendenze" tra ciascun singolo rapporto (nel quale, per quanto qui rileva, venga a manifestarsi un conflitto tra le parti in relazione alla gestione della sopravvenienza) e tutti gli altri.

In un simile assetto reticolare di rapporti, la natura della "sopravvenienza Covid", che investe non già una società, un gruppo di imprese o un comparto produttivo determinati territorialmente o merceologicamente, bensì *il mercato* nel suo complesso per effetto di uno *shock* esogeno e simmetrico¹⁶, è tale per cui le medesime ragioni giustificatrici della rimodulazione di un dato rapporto, in senso favorevole alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, potrebbero riproporsi in termini uguali e contrari in relazione ad altri rapporti facenti capo alla medesima parte; viceversa, il riequilibrio "subito" (in proprio danno) in un dato rapporto potrebbe giustificare, per la medesima ragione, un riequilibrio "imposto" (a proprio vantaggio) in un altro rapporto.

La congiunta notazione dei due profili ora evocati (da un lato, la dimensione di mercato della crisi pandemica; dall'altro, l'esistenza di una catena di dipendenze tra i rapporti di filiera) evidenzia, allora, la "circolarità" del problema relativo alla gestione della sopravvenienza nei singoli rapporti.

E infatti, se i vari rapporti di filiera sono legati tra loro – direttamente o per il tramite di altri rapporti – da una sorta di nesso funzionale (in quanto tutti concorrono a realizzare fasi di un processo produttivo-di-

Coronavirus; P.F. CENSONI, *La gestione delle crisi sistemiche delle imprese da COVID-19 fra Legge fallimentare e Codice della crisi e dell'insolvenza: il ritorno dell'Amministrazione controllata?*; G. LIMITONE, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19*; G. CORNO e L. PANZANI, *Proposta di legge per una moratoria straordinaria volta a gestire l'emergenza*, tramite l'istituzione della procedura di "amministrazione vigilata", tutti reperibili su *Ilcaso.it*. Si orienta invece nel senso di uno strumento (di natura dilatoria o esdebitatoria) riferito a posizioni debitorie singolarmente considerate la proposta di A. GENTILI, *op. ult. cit.*

¹⁶ Al livello dell'*evento*; non già, ovviamente, sul piano degli *effetti*, che ogni soggetto esprime una diversa capacità di assorbimento dei costi dell'evento avverso (cfr. infatti *infra*).

tributivo), allora l'intervento su ciascuno di essi (i singoli rapporti e, quindi, i singoli conflitti) comporta in automatico un effetto su tutti gli altri, sebbene non possano considerarsi parti contrattuali, per così dire, dirette¹⁷; viene a seguire, allora, che il giudizio su ciascun singolo conflitto ingeneratosi nella filiera non può formularsi se non a condizione che siano già note le modalità di soluzione di *ciascuno degli altri conflitti* (attuali o potenziali) relativi alla medesima filiera. In definitiva, per la singola impresa conta il risultato *netto* di tutte le possibili rinegoziazioni pretese o subite, e, quindi, la *complessiva misura di sopportazione* del costo pandemico.

Emerge così l'esigenza di abbandonare l'approccio, per così dire, classico, in cui la valutazione della sopravvenienza si restringe all'impatto che essa provoca sul *singolo* rapporto controverso, così che il rimedio prospettato attiene alla *singola* fattispecie analizzata – e, in questo senso, è “monadico” –, e spostare il baricentro dell'analisi al di fuori o meglio *al di sopra* del singolo rapporto (e delle ragioni dell'una o dell'altra parte all'interno di quel conflitto), per favorirne uno che includa la prospettiva di una *razionale trasmissione* del costo della crisi all'interno della filiera. Il tema diventa allora quello dell'allocazione dei costi della crisi pandemica (non già a livello bilaterale, bensì) a livello dell'intera filiera considerata, vuoi attraverso i rimedi relativi a prestazioni già dovute o erogate, vuoi attraverso la gestione del “futuro” del rapporto¹⁸, cioè del *se* e del *come* del suo proseguire.

In questo secondo caso, il conflitto si può ingenerare sia in relazione al rifiuto di addivenire a una rinegoziazione proposta dalla controparte, sia di fronte all'esercizio da parte di un contraente del diritto potestativo, a esso spettante *ex contractu*, di determinare o modificare l'oggetto del contratto – così, i volumi di fornitura, i prezzi, i termini

¹⁷ Nella teoria dei sistemi tale qualità viene designata in termini di “*network sensitivity*”. Un primo tentativo di analizzare il momento regolatorio secondo logiche che incorporino la teoria dei sistemi è condotto da L. ENRIQUES, A. ROMANO e T. WETZER, *Network-Sensitive Financial Regulation*, in corso di pubblicazione su *The Journal of Corporation Law*, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=3387708>.

¹⁸ Peraltro, va pure osservato che, nella prospettiva dei rapporti di filiera, il secondo profilo è ampiamente assorbito dal primo, rispetto all'impatto che esso ha sull'economicità della gestione; sicché, analizzando la trasmissione del costo della crisi pandemica lungo la filiera, anche la distinzione tra rimedi per prestazioni già eseguite e rimedi relativi alla proiezione futura dei rapporti di durata si viene fortemente a stemperare.

di pagamento, etc. –, se non anche di fare cessare il rapporto (come tipicamente accade nei rapporti di c.d. subfornitura).

3.3. Una volta spostato il *focus* dell'analisi sul livello cui pertiene la sopravvenienza, *i.e.* il mercato *sub specie* la filiera produttiva, ci si deve allora domandare quale possa e debba essere il parametro alla luce del quale sciogliere i singoli episodi di conflitto: giacché, nella prospettiva qui suggerita, essi non possono evidentemente trovare in sé il proprio criterio risolutivo.

Come già suggerisce il riferimento, formulato appena *supra* (n. 3.2), all'esigenza di una *razionale trasmissione* del costo pandemico lungo la filiera, ci pare corretto affermare che, a fronte di una sopravvenienza *di mercato*, il criterio da adottarsi per la soluzione dei conflitti così ingeneratisi debba essere quello inteso a realizzare un'allocazione del costo pandemico che conduca a un assetto dei rapporti complessivi di filiera che sia, rispetto alla situazione anteriore alla sopravvenienza, *parimenti idoneo* a realizzare l'interesse programmatico complessivamente riferibile a quei rapporti (il loro minimo comune denominatore): cioè, lo svolgimento del processo produttivo che si snoda lungo la catena del valore in cui la filiera è inserita.

In altri termini, così come la sopravvenienza che investe il singolo atto richiede un intervento manutentivo che riconduca l'assetto contrattuale alla realizzazione dell'interesse programmatico originario, perturbato dal mutamento delle circostanze di fatto, così nella sopravvenienza di mercato (e cioè, per quanto qui interessa, “di filiera”) il vettore della gestione della sopravvenienza è quello inteso a (re) instaurare un assetto complessivo dei rapporti di filiera – in termini di ripartizione di rischi, costi e benefici – analogo a quello esistente originariamente. Trattandosi di rapporti relativi allo svolgimento di attività economica, il criterio della razionalità è agevolmente identificato in quello dell'*efficienza* del complessivo assetto di ripartizione dei rischi, costi e benefici tra gli attori della filiera rispetto alla capacità produttiva della filiera stessa.

A illustrazione dell'assunto, mette conto di osservare che, dal punto di vista economico, la pandemia da Covid-19 si è tradotta in una immediata e congiunta contrazione di domanda e offerta, i cui effetti principali si dovrebbero esprimere in un orizzonte di breve-medio periodo: una contrazione molto rilevante e repentina del PIL 2020, con una

prospettiva di parziale rimbalzo nel 2021, e di un progressivo recupero del residuo differenziale del PIL perduto negli anni seguenti¹⁹.

Tale dinamica macroeconomica, riflettendosi sui singoli rapporti di filiera, ingenera un conflitto fra i relativi attori: ciascuno persegue l'obbiettivo – incompatibile con quello degli altri – di minimizzare il proprio costo dello *shock* e, conseguentemente, trasferirlo agli altri, pretendendo di mutare le condizioni degli scambi in essere (in termini di mutamento del volume delle forniture richieste ovvero anche dei prezzi, dei termini di pagamento o di altre caratteristiche dei prodotti o servizi, etc.; o anche, più radicalmente, recedendo dai contratti) oppure, specularmente, rifiutando le istanze delle controparti direttamente svantaggiate dalla sopravvenienza pandemica volte alla “riconduzione a equità” delle condizioni contrattuali.

Questo atteggiamento, se risponde alla razionalità singola di ciascun attore, spesso non corrisponde alla razionalità “collettiva” della filiera. Esso non è cioè conforme al suindicato obiettivo – che è il portato dall'assunzione di una prospettiva di analisi centrata sul mercato e sulla sua funzionalità – di preservarne la resilienza. Ciò accade, in particolare, quando i soggetti dotati di maggiore *centralità relativa* all'interno della filiera, e quindi di maggiore forza contrattuale rispetto alle loro controparti, agiscono per minimizzare il costo pandemico subito, così allocandolo sugli altri attori: i quali si troverebbero così a sopportare tanto le perdite subite per effetto diretto della pandemia, quanto quelle “scaricate” su di loro da altre imprese (che abbiano, ovviamente, la concreta possibilità di agire in tal senso). In un simile scenario, non si realizza una socializzazione efficiente del costo dello *shock* interna alla filiera, strumentale, poi, a un'equa condivisione dei futuri benefici generati dal superamento dell'emergenza. Al contrario, ci si trova din-

¹⁹ Allo stato attuale, e fino a che una risposta sanitaria definitiva al virus non sarà realizzata, non possono escludersi nuovi periodi di *lockdown* (attuazione di “misure di contenimento”). In ogni caso, la dinamica introdotta dal Covid-19 è in sé idonea a ripetersi in relazione ad altre emergenze sanitarie pandemiche, cui la società globalizzata è strutturalmente esposta e che l'esperienza del Covid-19 ha evidenziato poter severamente colpire anche le nazioni più avanzate. Allargando lo spettro, effetti parzialmente sovrapponibili a quelli sopra descritti si potrebbero verificare di fronte ad altre categorie di eventi di “*business interruption*”, in particolare quelli che sono espressione del rischio climatico (sia il c.d. *physical risk* che il c.d. *transition risk*). Sul rapporto tra resilienza delle filiere e sostenibilità, cfr. anche *infra*, n. 4.4., testo e note.

nanzi a un comportamento “predatorio”, opportunistico, che amplifica gli effetti della crisi per taluni soggetti a beneficio di altri, rompendo il precedente equilibrio formatosi in una condizione di fisiologia.

Il rischio finale a cui conduce una simile prospettazione è rappresentato, in definitiva, da una ridotta elasticità del sistema produttivo, *i.e.* di una sua ridotta capacità di assorbire lo *shock* pandemico mantenendo integra la capacità produttiva lungo la linea dell’integrazione verticale come pure orizzontale (*resilienza* della filiera). In questo senso, può dirsi che la contrazione del coefficiente di resilienza di una data filiera, si accompagna all’allungamento del tempo necessario per recuperare il volume della produzione di ricchezza pre-Covid, con il rischio concreto di una riduzione di lungo termine della dimensione economica e della capacità produttiva del distretto. Lo scenario ultimo di riferimento è, dunque, quello della de-industrializzazione del Paese²⁰.

²⁰ Da quest’angolo visuale, è interessante notare che la teoria economica (cfr., per tutti, R. COASE, *The Nature of the Firm: Influence*, in *Journal of Law, Economics, & Organization*, 4 (1), p. 33) chiarisce che i sistemi economici in cui le imprese hanno – a livello medio – una dimensione maggiore esprimono, a parità di altre condizioni, una superiore resilienza. Ciò consegue al fatto che, là dove vi è un’unica impresa che svolge funzioni produttive altrimenti affidate all’interazione contrattuale tra organizzazioni diverse (e non soggette a controllo unitario), sussistono vantaggi strutturali impliciti, dati dall’esistenza di un potere direttivo in capo all’imprenditore che, mirando al benessere dell’impresa nel suo complesso, previene (o comunque può rimediare a) ogni opportunismo interno, ed anzi può perfino operare trasferimenti di risorse – sussidi orizzontali – tra divisioni produttive; quando invece una simile possibilità non si dà quando le diverse divisioni produttive corrispondano a diverse *imprese in senso economico*. Resta evidente che la superiore resilienza dei sistemi economici con imprese di maggiore dimensione media non comporta l’eliminazione del rischio di una distribuzione inefficiente del costo della crisi, ma lo diminuisce proporzionalmente al minor grado di integrazione produttiva tra le imprese e, conseguentemente, al maggior grado di “sostituibilità” delle relazioni contrattuali in cui venga a porsi un tema di opportunismo della controparte. Alla luce di questa notazione, emerge come la condizione strutturale del sistema produttivo italiano – il quale affida una parte assai rilevante della propria industria privata ai c.d. “distretti produttivi” (*i.e.* agglomerati di imprese in cui il processo produttivo è frammentato in più imprese legate da relazioni contrattuali di lungo periodo, la cui esecuzione richiede spesso rilevanti investimenti specifici), a propria volta integrati in catene di valore europee (a guida tedesca o francese) o globali – esponga l’economia italiana a un rischio particolarmente elevato di rapido deterioramento della capacità produttiva, con l’effetto dell’espansione del tempo necessario al recupero dei valori di PIL antecedenti al verificarsi dello *shock* pandemico, come pure della conseguente perdita di quote di mercato precedentemente occupate dalle filiere.

Da qui, l'esigenza che nella gestione delle sopravvenienze si dia rilievo al fatto che in tali rapporti di filiera la dimensione *statico-distributiva* è assorbita da quella *dinamico-produttiva*, giacché la ripartizione dei costi emergenti nella fase post-Covid non può concepirsi in modo retrospettivo, ma costituisce uno strumento per assicurare una maggiore resilienza della filiera. Se la flessione immediata del valore della produzione conseguente allo *shock* pandemico è un dato esogeno, ciò a cui si può aspirare è la (più) *efficiente distribuzione relativa* della perdita così ingenerata all'interno della filiera.

4. Tra diritto dei contratti e diritto concorsuale: la permanenza di rilevanti spazi di tutela “scoperti” e l'esigenza di una gestione globale e coordinata delle dinamiche contrattuali di filiera

4.1. Evidenziando l'insufficienza, in relazione ai rapporti tra imprese avvinte da dinamiche contrattuali di filiera, di una prospettiva analitica tesa a esaurire la rilevanza della sopravvenienza all'interno del singolo rapporto contenzioso (inteso come a sé stante), i rilievi che precedono sollevano un interrogativo di fondo: se il diritto dei contratti possa esprimere una capacità adattativa a logiche che assumano a parametro della soluzione dei singoli episodi di conflitto la più ampia prospettiva della filiera, oppure se – in linea con la notazione per cui l'alterazione dell'economicità dei rapporti di filiera²¹, se non immediatamente rimediata al livello dei singoli rapporti, trascende subito in una alterazione strutturale dell'economicità dell'impresa in esercizio, e cioè in un *rischio di insolvenza* – occorra subito volgere lo sguardo verso la crisi d'impresa e i propri strumenti di regolazione, per verificare se – e, nel caso, come – la disciplina della crisi dell'impresa possa includere in sé, e soddisfare, l'esigenza regolativa della *crisi (del mercato, e cioè) della filiera*.

4.2. Nella prospettiva ora delineata, si tratta anzitutto di domandarsi se nel sistema del diritto positivo possa rinvenirsi un *principio mutualistico*

²¹ O anche dell'unico rapporto di filiera nel caso di subfornitura in senso stretto, *i.e.* di c.d. monopsonio, ovvero la situazione in cui una impresa forma la totalità dei propri ricavi nei rapporti con una sola impresa.

di sopportazione della sopravvenienza (non imputabile) di mercato, improntato al suindicato canone di socializzazione efficiente del costo pandemico.

A nostro avviso è possibile fornire una risposta positiva alla domanda, a condizione che tale assunto venga limitato all'affermazione di un principio programmatico generalissimo di promozione e incentivo dell'allocazione efficiente delle risorse implicate nelle relazioni contrattuali di mercato, inscritto sul piano costituzionale nella nozione di solidarietà economica *ex art. 2 Cost.* e nel criterio di non contrarietà dell'attività d'impresa all'"utilità sociale" *ex art. 41, co. 2, Cost.*²². In questo senso, il riferimento all'efficienza allocativa richiede di essere inteso, alla stregua di quanto già osservato *supra*, nell'ottica della *conservazione del mercato, sub specie* della capacità produttiva dell'organizzazione economico-contrattuale di cui alla filiera, concepita quale "bene economico comune"²³.

Senonché, altro è affermare, sul piano programmatico, un principio di *preferenza* per assetti di distribuzione delle risorse che ne consentano il loro migliore impiego dal punto di vista del benessere collettivo, altro è derivare da tale principio dei precetti imperativi di dettaglio alla stregua dei quali poter risolvere le singole fattispecie di conflitto.

E infatti, per quanto non possa in sé escludersi la possibile valorizzazione di una logica "di filiera" mediante una lettura forte della buona fede oggettiva²⁴, oppure anche – secondo quanto pure è stato recentemente suggerito – mediante una lettura della disciplina in materia di

²² Sul punto, sia consentito di rimandare a U. MALVAGNA, *Clausola di "riaddebito" e servizi di pagamento. Una ricerca sul rischio d'impresa*, Milano, 2018, pp. 174 ss., testo e nt. da p. 147 a p. 150, dove i richiami agli insegnamenti di G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 629, e MAR. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, *passim*.

²³ Così G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*, ma con riferimento alla nozione di utilità sociale nell'ambito dell'art. 41 Cost.

²⁴ A.A. DOLMETTA, *Misure di contenimento*, cit., p. 161: "occorre tenere in adeguato conto la complessiva posizione che connota le parti rispetto al titolo che, nel concreto, governa il rapporto (secondo quanto traspare, in fondo, pure dalla disciplina codicistica della risoluzione contrattuale). Né si potrebbe trascurare, più ampiamente ancora, l'eventuale inserimento dell'operazione, che viene in concreto rilievo, nel contesto di uno specifico mercato di riferimento; come pure gli eventuali riflessi che la decisione assunta dal giudice è in grado di spiegare sugli operatori della filiera produttiva o distributiva, che risultino connessi in modo diretto – o strutturale, si potrebbe fors'anche dire – con i soggetti del rapporto obbligatorio specificamente considerato".

subfornitura²⁵ che aspiri ad attribuirle la funzione di rimedio generale negli squilibri nelle relazioni tra imprenditori²⁶, è evidente che l'attuazione in sede giurisdizionale di una logica "di filiera" incontrerebbe –

²⁵ A. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.it*, Editoriali Marzo 2020, i quali prospettano un "abuso sopravvenuto di dipendenza economica", che prenderebbe là dove "l'impresa e il professionista si trovano costretti, anzitutto dalla speranza di poter riprendere (in un futuro auspicabilmente non troppo lontano) la propria normale attività, a mantenere in vita tutti quei contratti che ineriscono direttamente alla propria attività; ma, al contempo, possono trovarsi nell'impossibilità finanziaria di onorarli tutti, a causa dell'imprevedibile riduzione (se non azzeramento) dei ricavi attesi". In questi casi, si è "al cospetto di una situazione per definizione non imputabile alla parte economicamente indebolitasi e rispetto alla quale non si può neppure lontanamente richiamare il principio di autoreponsabilità, secondo cui chi fa investimenti sbagliati, perché ha sbagliato le previsioni, deve sopportarne le conseguenze"; come pure si è "al cospetto di una situazione in cui all'impresa mancano alternative di mercato soddisfacenti perché il mercato è stato sospeso per fatto dell'autorità".

²⁶ In particolare, concepandola come espressiva di un principio regolativo generale alla stregua del quale nei rapporti di filiera il libero agire negoziale – *sub specie* di atti unilaterali come pure contratti: non solo quelli per così dire originari, di cui si occupa partitamente l'art. 9 della legge sulla subfornitura, bensì anche, per coerenza, ma anche i contratti di rinegoziazione per la gestione delle sopravvenienze – trova un proprio limite in quelle condotte in cui si realizza una allocazione delle risorse, dei rischi e dei benefici che sia *irrazionale*, in quanto avente l'effetto di dissipare gli investimenti specifici sostenuti da un'impresa per "inserirsi" nella filiera. Si tratta di condotte a cui l'impresa in posizione di dipendenza non può reagire (proprio in ragione dell'effetto di *lock-in* derivante dall'entità dei costi di transazione per la sostituzione del o dei partner contrattuali di filiera), senza che a ciò corrisponda alcun reale beneficio in termini di aumentata efficienza produttiva. Sicché nei fatti il comportamento in questione verrebbe a esprimere non altro se non una rendita di posizione (un comportamento oggettivamente opportunistico). In questa prospettiva, la nozione di abusività di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura trova un raccordo con il canone della buona fede oggettiva nell'individuare il "limite dell'apprezzabile sacrificio proprio", secondo la nota locuzione di sintesi, nel comportamento che, volendo scaricare interamente il costo della crisi sulle controparti, riduce la capacità complessiva della filiera di assorbimento del costo pandemico e, per l'effetto, la pregiudica *pro futuro*, con danno – nel medio periodo – anche per l'impresa della cui abusività del comportamento si discute. Così impostato il ragionamento, si supera anche l'opposizione tra solidarietà ed efficienza (sostenuta, nel caso, dall'opinione riferita *supra*, n. 3) nella prospettiva della promozione di una *mutualizzazione* del costo pandemico *efficiente* (siccome strumentale alla conservazione della promozione della resilienza delle filiere), e in vista di una futura *mutualizzazione* dei benefici connessi al mantenimento dell'integrità della capacità produttiva e di mercato.

per la detta esigenza di approntare una gestione *complessiva* dei rapporti, e che non li intenda come singoli episodi, concepiti atomisticamente – relevantissime difficoltà operative: nelle fattispecie in discorso, in effetti, la curva dei costi transattivi punta decisamente verso l'alto.

4.3. Venendo al versante del diritto della crisi d'impresa, va anzitutto richiamata l'esistenza, nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, CCI) di prossima entrata in vigore (allo stato attuale, dal primo settembre 2021), di un istituto – a contenuto per così dire anticipatorio – inteso a rilevare l'esistenza di situazioni di crisi non già conclamate ma presumibili (“indizi di crisi”, secondo il lessico dell'art. 12 del d.lgs. 14/2019) per porvi situazione mediante “procedure di composizione assistita”, da svolgersi davanti ad appositi organismi (Organismo di composizione della crisi d'impresa, OCRI: artt. 2, co. 1, lett. u), e 12 CCI). In tali situazioni sembrerebbe in effetti poter ricadere, almeno in un certo numero di casi²⁷, l'ipotesi della crisi di mercato qui considerata, in relazione ai suoi effetti sui singoli attori economici.

Se non può dubitarsi dell'opportunità di una pronta attuazione di tale impianto normativo, va comunque rilevato che tanto l'istituto dell'allerta, quando pure le procedure di regolazione della crisi d'impresa “attuale” (accordi, concordati e, residualmente, liquidazioni), muovono dalla rilevazione dell'esistenza di una crisi di (una) impresa, da cui consegue un incremento del rischio di insolvenza in capo ai creditori; *in funzione* della soddisfazione dei quali creditori la procedura si organizza (tanto nelle sue varianti liquidatorie che in quelle intese alla ristrutturazione della posizione debitoria complessiva, mediante procedimenti concordatari).

Se però la crisi è del mercato (lo *shock* esogeno e simmetrico di cui al Covid), non si tratta più di gestire fenomeni di insolvenza essenzialmente scollegati, bensì di provare a mantenere (o, al più, ripristinare precocemente) le condizioni di fisiologico funzionamento del mercato – segnatamente, delle sue dinamiche produttive – e, per questa via, prevenire l'insorgere di insolvenze o crisi dei singoli attori.

²⁷ La sopravvenienza Covid-19 potrebbe infatti non avere già portato all'emersione di fondati indizi della crisi compiutamente riflessi negli indicatori della crisi *ex art.* 13 CCI. Cfr. infatti quanto si viene a osservare *infra*, 5.2.

Insomma, quanto precede indica la permanenza, anche nel presente ambito, di spazi di tutela scoperti rispetto all'appropriata gestione della "sopravvenienza Covid-19": ch  il diritto concorsuale partecipa anch'esso di una logica "monadica", che dal piano del (singolo) atto trasla sul piano della (singola) impresa. E infatti, anche ad immaginare che tutte le imprese di un dato mercato si avvalgano degli strumenti concorsuali esistenti o di quelli di cui si paventa l'introduzione – ci  che, com'  evidente, porterebbe con s  costi (pubblici e privati) insopportabili –, comunque il problema sarebbe rimandato a un necessario *coordinamento* tra le varie procedure, ciascuna delle quali pone al centro la situazione debitoria di ogni singola impresa cui si riferisce e, in questo senso, fa storia a s  (al massimo, si pu  arrivare al livello del gruppo di imprese, ma non oltre).

In questa prospettiva, basti pensare al rischio di cortocircuito in cui incorrerebbe l'applicazione delle norme in materia di scioglimento o sospensione dei contratti pendenti *ex artt. 169-bis* o 72 ss. l.f. (nel CCI, senza modifiche del paradigma di fondo, artt. 97 e 172 ss.), ai rapporti contrattuali della filiera. Anche volendo trascurare che esse non attribuiscono poteri tecnicamente manipolativi, il punto   che, dal momento che ogni organo della procedura e ogni giudice assumono per definizione la prospettiva dell'impresa cui la procedura si riferisce, si manifesta un'alternativa tra due esiti comunque insoddisfacenti: la sistematica prevalenza dell'interesse della singola procedura (non necessariamente coincidente con quello della filiera), o l'instaurarsi di possibili conflitti tra le distinte decisioni delle diverse procedure concorsuali, in relazione al medesimo rapporto contrattuale²⁸.

4.4. In definitiva, se si accetta l'assunto secondo cui un'efficace gestione dei singoli episodi di conflittualit  tra imprese deve guardare all'insieme delle relazioni interdipendenti di cooperazione nell'attivit 

²⁸ Potrebbe aggiungersi che l'efficienza della procedura concorsuale   superiore quando essa riguarda la c.d. capo-filiera, dal momento che essa   il fulcro su cui si costruisce l'organizzazione industriale. Al contrario, se si assume la prospettiva di una impresa dotata di un livello di centralit  inferiore,   maggiore il rischio di un trasferimento inefficiente del costo lungo la filiera: anche a immaginare che abbia corso un riequilibrio efficiente di rapporti a scapito della "capo-filiera", nulla impedisce che quest'ultima scarichi il relativo costo su altre imprese della filiera. Si verrebbe cos  a ripresentare il problema della trasmissione lungo la filiera del costo della crisi.

produttiva e cioè alle filiere (con l'esigenza, in questa prospettiva, di una loro previa mappatura e perimetrazione), ci si trova a dovere prendere atto dell'assenza – in un numero di situazioni tanto ampio quanto sistemicamente rilevante sul piano del complessivo tessuto economico nazionale – di una risposta realmente e compiutamente adeguata alla crisi di mercato generata dalla pandemia.

Di fronte a una simile *impasse*, ci è sembrato opportuno tentare di approntare, nelle pagine che seguono, una prima riflessione sugli strumenti che – introdotti mediante interventi normativi *ad hoc*, ovvero enucleati sulla base di alcuni spiragli che la legislazione vigente mostra – potrebbero consentire di coprire quell'esigenza regolativa che, come si è detto, tanto il diritto dei contratti quanto quello della crisi dell'impresa non soddisfano pienamente.

Nell'ambito di un discorso che – soprattutto ove collocato sul piano *de iure condendo* – appare in sé non delimitabile *ex ante* a uno specifico ambito di intervento, si è deciso di concentrare in questa sede l'attenzione sulla verifica della praticabilità di soluzioni *istituzionali* (e non già meramente precettive) atte a gestire gli squilibri economici generatisi all'interno della filiera, che siano in linea con il descritto obiettivo di una mutualizzazione efficiente del costo pandemico.

Più precisamente, la complessità dell'attuazione di tale obiettivo, sia sotto il profilo dell'enucleazione delle concrete regole di condotta, sia sotto quello del loro *enforcement* – complessità che discende, anzitutto, dalla necessità di contemperare numerose istanze confliggenti –, richiede, a nostro avviso, che il discorso si orienti non già verso formule di mero *rule-making* (che si esauriscano, cioè, nella sola enucleazione di prescrizioni indirizzate ai privati), bensì in favore della ricerca di *strumenti incentivanti*²⁹ affinché gli attori del mercato, coinvolti nella crisi generata

²⁹ Va peraltro richiamata qui l'interessante prospettiva, diversa da quella che viene presentata nelle pagine che seguono in quanto orientata a soluzioni istituzionali incardinate in strutture per così dire autoritative – segnatamente, il ricorso a soluzioni assimilabili agli strumenti di *bail-in* ora propri della gestione delle crisi bancarie, se del caso coadiuvato da apporti esterni di finanza pubblica – è quella coltivata da K. VAN ZWIETEN, H. EIDENMUELLER e O. SUSSMAN, *Bail-outs and Bail-ins are better than Bankruptcy: A Comparative Assessment of Public Policy Responses to COVID-19 Distress*, in *ECGI Working Paper Series in Law*, Working Paper N° 535/2020 November 2020, reperibile su <https://ssrn.com/abstract=3669541>. In effetti, l'unicità dell'autorità incaricata della risoluzione di tutti gli enti, insieme con l'attenzione che la normativa attribuisce al

dallo *shock* pandemico, giungano a soluzioni consensuali e condivise, almeno sul piano dei paradigmi generali di riferimento, realizzando una gestione *globale e coordinata* delle dinamiche della filiera³⁰ in una ottica di solidarietà, qui concretamente intesa sulla linea del mantenimento della resilienza della filiera.

Senonché, prima di avviare tale esplorazione resta solo da segnalare che, in tema di incentivi alle imprese, un importante vettore propulsivo di prassi improntate a logiche di rafforzamento della resilienza delle filiere è costituito – e ragionevolmente sempre di più lo sarà, nel futuro prossimo – dal processo di progressiva inclusione, nelle preferenze degli investitori sul mercato dei capitali³¹, nelle tassonomie e nelle metriche di valutazione diffuse sul mercato³², nonché nei contenuti e nelle forme della regolamentazione e Vigilanza da parte delle autorità del settore finanziario³³, dei temi della sostenibilità (cc.dd. fattori ESG).

rischio sistemico e quindi all'interconnessione tra i soggetti, costituiscono due profili fortemente significativi nella prospettiva qui considerata [al netto della circostanza per cui il *bail-in* presuppone l'attualità di una situazione in insolvenza (*failing or likely to fail*) dell'ente].

³⁰ Per l'idea di una cooperazione promossa dai membri del mercato, qualificata in termini di *responsive* (o *reflexive*) *regulation*, di cui al contributo di H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, 1999, pp. 67 ss. Un'evoluzione di tale concetto si rinviene ora – con applicazioni salienti nell'ambito della regolamentazione finanziaria – nella nozione di “metaregolazione”, intesa come una strategia normativa che “stimulates modes of self-organisation within financial institutions so as to achieve certain public goals ... This means that rather than regulating prescriptively (by telling the regulated entities precisely what measures to take), public regulation provides an explicit framework for systems, procedures or controls that must be introduced within financial institutions”: così O.O. CHEREDNYCHENKO, *Public and private financial regulation in the EU: opposites or complements?*, in *Controlling Capital: Public and Private Regulation of Financial Markets*, a cura di N. Dorn, Londra, 2016, p. 147.

³¹ Cfr., per tutti, lo “Statement on the Purpose of a Corporation” a cura di Business Roundtable; nonché la lettera ai CEOs del presidente di Blackrock Larry Fink <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>.

³² Con riferimento ai temi ambientali e climatici, che costituiscono solo un momento di emersione dell'esigenza di un riorientamento delle attività economiche nella prospettiva della sostenibilità, cfr. il Regolamento (UE) 2020/852 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, che rientra nel più ampio “Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile” della Commissione Europea, dell'8 marzo 2018.

³³ Cfr. in particolare l'attenzione data alle fonti e alle dinamiche di interconnessione dei soggetti affidati dalle banche con le proprie controparti industriali o commer-

Dove appare evidente il rapporto di coincidenza che, nel caso di specie, corre tra resilienza della filiera e *sua* sostenibilità³⁴.

5. Salvaguardare le relazioni contrattuali delle imprese della filiera tra efficienza e solidarietà

5.1. A rendere preferibile una soluzione istituzionale, intesa a superare ogni dicotomia tra “pubblico” e “privato”³⁵, nella prospettiva della predisposizione di strumenti efficaci rispetto al raggiungimento dell’obiettivo di *policy* delineato *supra*, vi è anche la consapevolezza che, se è vero che la solidarietà in ambito contrattuale non può spingersi al punto di far partecipare una parte ai rischi d’impresa dell’altra senza snaturare la logica del contratto di scambio e lo stesso principio di buona fede³⁶, ciò non esclude che la solidarietà nell’esercizio *dell’attività* di impresa, se ispirata al buon funzionamento del mercato, possa condurre ad individuare nuove modalità di gestione coordinata delle dinamiche di filiera che conformino poi, di riflesso, anche i contratti al principio di solidarietà.

Questo spostamento di piano, che comporta il duplice passaggio (a) dall’atto all’attività di impresa e (b) dall’attività di impresa al mercato, ri-

ciali con i quali vi siano rapporti di “dipendenza economica”, e dei relativi rischi di “contagio”, o “effetto domino”, dagli Orientamenti EBA sui clienti connessi (EBA/GL/2017/15 23/02/2018).

³⁴ Ciò a cui è strumentale, tra l’altro, che non vi sia una sistematica traslazione del valore dal “nodo” della filiera (l’impresa o le imprese) dove esso è prodotto, in favore di soggetti della medesima filiera dotati di maggior potere di mercato.

³⁵ Letteratura molto vasta. Si richiama qui, tra gli altri, A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 515 ss. secondo il quale “diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (più) in un rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro “reciprocamente interscambiabili”, che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse”.

³⁶ Cfr. R. NATOLI, *L’impatto di Covid-19 sui contratti di locazione commerciale*, cit., p. 2: “non si tratta, dunque, di accreditare una condivisione di rischi e profitti tra due contraenti imprenditori, incompatibile con la logica del contratto di scambio sia pur conformato da un uso incisivo della buona fede, che, come è noto, implica sì l’obbligo di salvaguardare l’interesse della controparte, ma finché ciò non si traduca in un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio”.

chiede tuttavia la predisposizione di condizioni e presupposti che consentano anche sul piano dell'*enforcement* di fare ricorso ad una combinazione di strumenti privatistici e pubblicistici. Si è in tal senso osservato in dottrina che “come è necessario orientare la capacità redistributiva della disciplina contrattuale verso obiettivi non di pura efficienza, ma di inclusione nel mercato; così è altresì necessario che diritto pubblico e diritto privato operino non solo in parallelo, ma in modo coordinato e razionale, dovendo il diritto pubblico intervenire proprio là dove il diritto privato non può giungere, se non snaturando la propria identità e le proprie funzioni”³⁷.

Alla luce di queste considerazioni, si tratta ora di cercare di tracciare un percorso che induca le parti a rinegoziare gli accordi potendo però fare affidamento sul supporto dato dalla presenza di soggetti istituzionali che possano coordinare le rinegoziazioni in atto³⁸ in un’ottica di salvaguardia dell’equilibrio nei rapporti tra le imprese del distretto.

La prospettiva, dunque, è quella relazionale, in cui lo scambio acquista valore solo all’interno di un contesto specifico entro cui è attuato e in considerazione dei rapporti che intercorrono tra coloro che vi operano.

Tra gli enti che sono deputati a svolgere funzioni di tutela degli interessi di imprese che operano in uno stesso territorio vi sono le Camere di Commercio che, nella logica del discorso che si va conducendo, meritano dunque particolare attenzione. Esse, infatti, sono il naturale terminale di informazioni rilevanti per valutare i rapporti di forza all’interno delle filiere e detengono dati aggregati che consentono analisi puntuali dell’economia reale nei territori; possono selezionare le migliori pratiche create dalle imprese del territorio utili a salvaguardare le relazioni tra le imprese nella filiera; possono essere attive nel definire un sistema di ADR mirato a gestire i conflitti legati alle sopravvenienze da Covid-19.

Le Camere di commercio sono infatti tenute per legge alla “costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle

³⁷ E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. III, p. 93.

³⁸ L’idea di attivare una cooperazione da parte dei membri del mercato nel rispetto delle regole può ricondursi alla concezione della *responsitive* (o *reflexive*) *regulation*, di cui al contributo di H. COLLINS, *op. ult. cit.*, pp. 67 ss.

controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti” (legge 29 dicembre 1993, n. 580 come modificata dal d.lgs. 15 febbraio 2010, n. 23) e hanno predisposto da tempo un procedimento di mediazione per agevolare la conciliazione, in conformità agli *standard* elaborati da Unioncamere³⁹.

Un ruolo da co-protagonista potrebbe essere affidato anche all’AGCM, le cui trasversali competenze orientate alla tutela della concorrenza e dei consumatori concorrono in vario modo, anche per il tramite degli istituti procedurali come l’interpello o gli impegni⁴⁰, a definire buone pratiche di mercato⁴¹.

Inoltre, l’Autorità antitrust ha una competenza intersettoriale, che le permette di prescindere, in applicazione delle distinte competenze che detiene, dalla natura del soggetto che conclude il contratto.

Da questo angolo visuale, l’AGCM potrebbe, ad esempio, nell’ambito di indagini conoscitive, valutare in astratto tutti i contratti che si collocano su una filiera o un mercato, al fine di analizzarne le distor-

³⁹ Può osservarsi come alcune Camere di Commercio, al fine di favorire tali procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie in occasione dell’emergenza Covid-19, abbiano azzerato i relativi costi (in particolare, Camera di Commercio di Firenze).

⁴⁰ Una forma di cooperazione (c.d. dialettica tra *private* and *public enforcement*) tra AGCM e singole imprese può essere ravvista già nel c.d. Decreto Bersani (attuativo del Reg. 1/2003), con cui è stato introdotto l’art. 14-ter, a tenore del quale, nelle istruttorie per intese restrittive o abusi di posizione dominante, l’AGCM può adottare decisioni d’accettazione degli impegni proposti dalle parti per risolvere i problemi concorrenziali sollevati dalla pratica contestata, chiudendo il procedimento senza accertare l’esistenza di un’infrazione; si parla, a tal proposito, di conclusione negoziata dei procedimenti *antitrust*. Sul punto, M. LIBERTINI, *Le decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 1288; M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni, in 20 anni di antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, pp. 385 ss.; G. BRUZZONE e A. SAIJA, *Misure cautelari e decisioni con impegni nell’applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, *Contr. impr./Eur.*, 2007, p. 268.

⁴¹ Si pensi, al riguardo, alle competenze dell’AGCM in materia di “*Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*”, di cui all’art. 62 del decreto “Cresci Italia”. Il plesso normativo difatti ricomprende espressamente nella definizione di “condotta commerciale sleale” anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell’ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (*High level Forum for a better functioning of the food supply chain*, approvate in data 29 novembre 2011).

sioni concorrenziali⁴²; oppure può svolgere un controllo di tipo amministrativo sulle clausole, per conformare il contenuto dei contratti alla tutela più efficiente del mercato⁴³. Peraltro, già in corso di Pandemia, sebbene con finalità diversa, l'AGCM è intervenuta per disciplinare, in ottica derogatoria, la gestione delle criticità concorrenziali connesse all'adozione di accordi tra imprese necessari e proporzionati all'agevolazione della produzione di beni o servizi, indispensabili a fronteggiare la crisi pandemica⁴⁴.

Individuati in questi soggetti coloro che possono essere chiamati a svolgere un'azione di indirizzo per il mercato, si possono definire due ambiti di intervento.

Un primo ambito riguarda la possibilità di adottare un sistema di ADR o di ODR dedicato alle sopravvenienze da Covid-19, nella prospettiva sopra indicata⁴⁵.

⁴² Un tale esercizio non rappresenterebbe, con i dovuti distinguo, una novità per l'AGCM. Si pensi al Provvedimento n. 25899 del 02 marzo 2016 di chiusura dell'indagine conoscitiva IC51-Indagine Conoscitiva sul settore lattiero-caseario. L'obiettivo dell'indagine risiedeva nella necessità di valutare la rilevanza, sia ai sensi della normativa *antitrust* sia ai sensi della normativa a tutela della parte contrattuale debole (art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) di alcune specifiche problematiche di funzionamento della filiera del latte idonee ad incidere sui meccanismi di trasmissione dei prezzi lungo la filiera, alla luce della grave crisi economica che stava attraversando il settore negli anni scorsi.

⁴³ È proprio l'effetto conformativo indotto da qualsivoglia pronuncia o intervento delle Autorità a costituire espressione del potere normativo delle autorità indipendenti. In questo senso si veda G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, pp. 60 ss. Ha portata sostanzialmente normativa l'attività che si esplica attraverso istruzioni, suggerimenti, pareri, linee guida.

⁴⁴ AGCM, Com., 22 aprile 2020, la quale, se da un lato ha incoraggiato i progetti di cooperazione pro-competitiva, dall'altro ha ribadito la necessità che i prodotti considerati essenziali per la protezione della salute e per fronteggiare l'emergenza restino disponibili a prezzi concorrenziali. Per un commento, v. I. PICCIANO, *Profili concorrenziali negli accordi di cooperazione tra le imprese legati all'emergenza Covid-19: la comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Corriere giur.*, 2020, pp. 429 ss.

⁴⁵ L'art. 3. co. 6-ter, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. in legge 5 marzo 2020, n. 13, ha disposto che nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali che sorgono da inadempimenti contrattuali legati agli effetti patologici del Covid-19 costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale il preventivo esperimento del tentativo di mediazione. In altri termini, la legge ha imposto in questa materia il meccanismo della mediazione obbligatoria. Peraltro, la preferibilità, nella gestione dei conflitti com-

Un secondo ambito, al limite concorrente con la promozione di veri e propri accordi-quadro di filiera, può essere quello di definire Linee Guida o buone pratiche che orientino le imprese, consegnando loro principi utili a dare luogo a una rinegoziazione solidale e sostenibile anche nell'ottica dell'interesse della filiera. Quest'ultimo obiettivo presuppone una forma di co-regolazione⁴⁶ tra mercato e autorità indipendente, che si sostanzia, in qualche misura, nel caso concreto, in una sorta di co-determinazione del regolamento contrattuale nell'interesse comune alle imprese della filiera.

La co-regolazione è, infatti, un modello che prevede la convivenza del regolatore privato e pubblico nei meccanismi di determinazione di standard o di fissazione di clausole contrattuali, nel rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità.

5.2. Prendiamo, in primo luogo, in esame la possibilità di costituire *ex lege* un organismo *ad hoc* che aiuti le imprese a rinegoziare i contratti ed evitare il contenzioso e che, nel caso in cui non le parti non riescano a trovare un accordo modificativo (ispirato allo standard della mutua-

merciali, degli strumenti di ADR e, più in generale, del *settlement* rispetto alla *litigation*, è stata sostenuta già nel 1999 ad opera di H. COLLINS, *Regulating Contracts*, cit., pp. 349 ss. Si ricorda infine che, nel Rapporto *Doing Business* a cura della *World Bank*, l'efficienza di un sistema giudiziario, in termini di sviluppo dei metodi ADR, è stata valutata come indicatore della capacità di un paese di favorire lo sviluppo imprenditoriale

⁴⁶ Il termine "co-regolazione" è per sua natura ambiguo. L'espressione è spesso usata come termine generico per fare riferimento a forme di cooperazione tra mercato e autorità che sono strumentali al perseguimento di obiettivi di regolazione. Per co-regolamentazione si intende generalmente una forma di regolamentazione delle parti interessate (*stakeholder*) che è promossa, orientata, guidata o controllata da una terza parte (sia essa un organismo ufficiale o un'autorità di regolamentazione indipendente) di norma dotata di poteri di esame, di controllo e, in alcuni casi, sanzionatori. Per approfondimenti sul tema, v. E. DEL PRATO, *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 411; F. CAFAGGI, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, in *Contr. impr.*, 2008, pp. 104 ss.; ID., *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 205 ss. Nel diritto dell'Unione Europea si fa spesso riferimento a questo concetto per definire ciò che anche nel testo si vuole evidenziare: gli operatori del mercato individuano le pratiche condivise e l'Autorità pubblica le fa proprie rendendole vincolanti anche per quei soggetti che non sono stati direttamente coinvolti nel processo di formazione della regola, nel momento in cui le adottano.

lizzazione efficiente del costo della crisi), definisca la controversia. La decisione assunta dall'Organismo non avrebbe di per sé carattere vincolante, ma potrebbe tuttavia vincolare le parti se accettata e se ad essa si accompagnassero meccanismi incentivanti⁴⁷.

Questo organismo potrebbe dunque in parte ispirarsi alle esperienze dell'Arbitro Bancario Finanziario e dell'Arbitro Consob, oltre che di organismi speciali come il Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR) o di organismi di composizione assistita della crisi (OCRI).

Le prime due esperienze, in particolare, hanno già alle spalle una storia di successo che merita di essere guardata con attenzione anche in queste circostanze eccezionali⁴⁸.

Si è da più parti sottolineato che il successo che accompagna queste forme di ADR si lega a diversi fattori concorrenti tra cui, non ultimo, oltre all'effetto decisorio o comunque quantomeno prognostico⁴⁹, anche la funzione di "educazione" del mercato che consente di creare una casistica specializzata; di dare così soluzioni che vanno al di là della soluzione del caso concreto e di indirizzare, di conseguenza, anche pro-futuro gli intermediari e la clientela.

Tutt'altra logica sottende il Fondo Indennizzo Risparmiatori, istituito con la legge 30 dicembre 2018, n. 145, non riconducibile a una forma di ADR quanto piuttosto a un procedimento amministrato, avendo il Governo costituito un Fondo di 1,5 miliardi di euro per andare incontro alle istanze di giustizia dei risparmiatori che siano stati "tradi-

⁴⁷ Per una prima idea, M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea "grezza"*, in *www.dirittobancario.it*, 23 aprile 2020; ID., *L'organismo di negoziazione e risoluzione delle controversie post pandemia. Una proposta*, in *L'Italia ai tempi del Covid-19*, t. 1, a cura di M. Paoloni, M. Tutino, Torino, 2020, pp. 301 ss. L'obiettivo ultimo sarebbe quello di far crescere e maturare gli attori sulla scena del conflitto commerciale e non di inabilitare e sostituire la loro volontà definendone anche i contenuti; v. P. LUCARELLI e L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata*, Torino, 2017, pp. 163 ss.

⁴⁸ La letteratura sul tema è davvero ampia. Per un inquadramento recente del ruolo dell'ABF e dell'ACF si vedano, tra gli altri, R. CARLEO, *L'Arbitro bancario finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Riv. arb.*, 2017, pp. 21-37; P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Oss. dir. civ.*, 2017, pp. 3-18; R. DI RAIMO, *L'Arbitro per le controversie finanziarie: primi orientamenti*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, XV, *Le controversie bancarie finanziarie*, dir. da D. Mantucci, Napoli, 2020, pp. 407 ss.

⁴⁹ C. CONSOLO e M. STELLA, *L'"arbitro bancario e finanziario" e la sua "giurisprudenza precognitrice"*, in *Società*, 2013, pp. 186 ss.

ti” dal comportamento scorretto di alcune Banche poi assoggettate a liquidazione coatta amministrativa⁵⁰. Qui si prevede un procedimento semplificato, gestito da una Commissione tecnica indipendente, volto a rimborsare coloro che si trovino in possesso dei requisiti previsti dalla legge speciale di istituzione del FIR, fino a esaurimento del fondo.

Di questo modello ciò che andrebbe recuperata è l’idea del “sostegno” pubblico, per vedere se possa essere previsto un aiuto economico per i soggetti che scelgano di negoziare i contratti o di gestire i conflitti all’interno di un meccanismo guidato di gestione e composizione della lite.

Va inoltre considerato il modello degli OCRI, previsto dal nuovo Codice della Crisi, che ha la finalità di assistere l’imprenditore nella composizione assistita della crisi attraverso Collegi istituiti presso le Camere di Commercio.

L’auspicio da più parti autorevolmente espresso è che questo strumento, reso indipendente dagli indici di allerta, possa entrare a breve in funzione, magari con alcune semplificazioni. Dal nostro angolo di visuale, questo istituto può essere rilevante per consentire al contraente-impresa che abbia stipulato contratti di durata rimasti inadempiti di presentare all’Organismo piani di rinegoziazione utili soprattutto per garantire, oltre alla conservazione dei contratti, la continuità nei rapporti negoziali all’interno della “filiera”. Inoltre, questo modello dimostra il ruolo attivo e potenzialmente in crescita che possono assumere le Camere di Commercio nella partita della rinegoziazione dei contratti.

La combinazione di questi tre diversi modelli potrebbe generare un meccanismo nuovo che, sia pure in termini di suggestione, si proverà ora a descrivere per valutarne i vantaggi e gli svantaggi.

L’Organismo, in via preliminare, avrebbe una funzione di scrematura, eliminando le situazioni estranee a COVID-19. Al momento di iniziare la controversia le parti dovrebbero dichiarare se chiedono: di essere assistiti in un percorso di rinegoziazione assistita che si concluda

⁵⁰ La legge del 30 dicembre 2018 n. 145, come novellata dalla legge 28 giugno 2019, n. 58 ed integrata dalla Legge di bilancio 2020 – legge 27 dicembre 2019, n. 160 – e dal Decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18, ha istituito presso il Ministero dell’economia e delle finanze il Fondo Indennizzo Risparmiatori (FIR), chiamato ad indennizzare i risparmiatori che hanno subito un pregiudizio ingiusto da parte di banche e controllate con sede legale in Italia, poste in liquidazione coatta amministrativa dopo il 16 novembre 2015 e prima del 1° gennaio 2018.

eventualmente con una decisione della controversia; oppure, se vogliono solo una decisione che comporti la risoluzione, non sussistendo più l'interesse alla conservazione del contratto. Nel primo caso la domanda sarebbe di negoziazione assistita ed eventuale ADR; nel secondo di ADR puro con decisione.

La decisione potrebbe non avere valore vincolante – come è peraltro previsto per le decisioni dell'ABF e dell'ACF – e la controversia sarebbe definita, perciò, con effetto di giudicato solo se adempiuta da entrambe le parti senza contestazioni; altrimenti avrebbe funzione di giudizio prognostico, secondo quanto da taluni sostenuto con riguardo al modello ABF e ACF⁵¹.

L'Organismo potrebbe anche valutare, come si diceva, la congruità dell'eventuale piano di rinegoziazione presentato dal contraente di un contratto di durata che, se equo, potrebbe essere approvato e vincolare le parti che abbiano trovato così un nuovo assetto di distribuzione dei rischi. Questa strada sarebbe utile, ad esempio, in materia di credito immobiliare; credito al consumo; contratti di somministrazione; locazioni.

Nella prospettiva di favorire un coordinamento tra gli attori delle varie filiere produttive, funzionale alla conservazione della loro capacità di creazione di valore nel breve e nel medio periodo, l'attività sopra descritta dovrebbe poi potersi giovare di meccanismi di *governance* diretti a coordinare l'attività dell'organismo avendo riguardo a fattispecie oggettivamente correlate tra loro: ad esempio, per appartenenza a un medesimo distretto o in ragione del ciclo produttivo.

Si potrebbe considerare poi l'opportunità di prevedere tecniche di gestione delle singole procedure di arbitrato/ADR ispirate a tali esigenze di coordinamento e/o delineare criteri e procedimenti di nomina dei membri degli organi tali da realizzare l'adeguato coinvolgimento dei portatori di interessi rilevanti. È questo certamente uno dei profili più delicati del meccanismo: occorre individuare soggetti che abbiano competenze professionali giuridiche e aziendali adeguate alla complessità del procedimento, e che rispettino anche il requisito dell'indipendenza.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento, i procedimenti potrebbero anche essere almeno parzialmente condotti *online* (utilizzo di

⁵¹ C. CONSOLO e M. STELLA, *op. ult. cit.*, pp. 185 ss.

piattaforme), con aggiunta di snellimento della produzione documentale. Il procedimento, in caso di *Online Dispute Resolution* (ODR) potrebbe cioè, in ipotesi di vicende negoziali “seriali” legate dall’appartenenza alla medesima filiera, essere anche basato su *format* predisposti in anticipo dal Collegio, in modo da guidare le parti verso sbocchi il più possibile standardizzati⁵².

Il profilo decisivo e connotante questo ipotetico nuovo modello di gestione delle crisi contrattuali pandemiche è, come si diceva, quello di prevedere un sistema di incentivi che premi chi conclude con successo la rinegoziazione.

L’idea è cioè che, se le imprese rinegoziano con successo il contratto coadiuvate dall’organismo, intervenga, ad esempio, un Fondo pubblico per indennizzare in parte il costo dell’operazione, in termini di percentuale di mancato guadagno e/o copertura delle spese di procedimento. Questo incentivo renderebbe possibile trovare un nuovo equilibrio alle parti con intervento diretto dello Stato nell’economia che, a certe condizioni, non è configurabile come aiuto di stato.

Più in generale, e al di là dell’esempio proposto, la concessione di vantaggi economici e benefici fiscali alle imprese, come incentivo per contrastare tendenze individualistiche, è essenziale per spingere le stesse ad assumere comportamenti responsabili sia nella rinegoziazione degli accordi sia nella risoluzione delle controversie.

Un’integrazione flessibile tra pubblico e privato potrebbe poi por-

⁵² Il ricorso a strumenti di ADR consentirebbe peraltro di respingere le critiche avanzate da coloro che ritengono inopportuna un’attività eterointegrativa dei contratti commerciali da parte di un terzo, sulla scorta delle considerazioni per cui si tratta di contratti relazionali, fondati sul principio di leale collaborazione che, in quanto tali, non ammettono l’ingerenza di un soggetto estraneo alle logiche del mercato. (Di questo avviso, da ultimo, l’Associazione Civilisti Italiani, secondo cui, segnatamente, nonostante sia “congrua l’idea di tradurre l’obbligo di rinegoziare secondo buona fede nel potere-dovere delle parti di formulare proposte e controproposte di adeguamento fondate su ragioni giustificate”, “non sembra invece opportuno affidare al giudice il potere di determinare le nuove condizioni contrattuali”). Nell’ipotesi prospettata, invece, le questioni sarebbero rimesse a soggetti specializzati, in grado di valutare le scelte gestionali, finanziarie, strutturali, strategiche e valoriali che connotano abitualmente l’esercizio dell’attività d’impresa; in aggiunta, il ricorso a tali procedure ben si attaglierebbe al principio generale di leale collaborazione tra le parti, permettendo alle stesse di vagliare adeguatamente le esigenze di entrambe e le varie alternative disponibili, senza dover incorrere nella passiva accettazione di un provvedimento giudiziale.

tare ad immaginare anche incentivi o agevolazioni *tailor made*, tagliati cioè in modo mirato alle esigenze della filiera coinvolta, in una logica coerente con il principio di sussidiarietà e con quello di sostenibilità economica del distretto produttivo.

6. Evitare i tribunali: un'ADR *ad hoc* presso l'AGCM?

Per rendere operativo un Organismo di questo genere occorre tuttavia valutare – ed è certamente un profilo complesso – chi possa essere il soggetto di riferimento in grado di organizzare ed amministrare le procedure di composizione gestite dal collegio degli esperti.

Per assicurare all'Organismo l'*enforcement* pubblicistico si potrebbe ipotizzare di individuare l'AGCM come l'Autorità di riferimento, in quanto *Authority* a cui è attribuita, come si diceva, *ex lege* la competenza in materia di clausole vessatorie nei contratti, di abuso di dipendenza economica tra imprese, specie se sussiste un rapporto di subfornitura, e di relazioni scorrette nella filiera agroalimentare.

Affidare, dunque, all'AGCM il compito di istituire presso di sé – come già è accaduto rispettivamente per Banca d'Italia e Consob quando sono stati introdotti l'ABF e l'ACF – un Organismo per gestire queste controversie, per condurre una rinegoziazione in forma assistita e, se necessario, per la risoluzione delle controversie, potrebbe presentare il vantaggio di evitare la “frammentazione” della domanda di rinegoziazione o di giustizia tra figure diverse.

Occorre peraltro considerare, a conferma di quanto detto, che l'ipotesi di rimettere, ad esempio, all'ABF il potere di indirizzare la rinegoziazione o di risolvere la controversia insorta tra un intermediario e un'impresa in conseguenza di inadempimenti determinati dall'impatto del Covid-19, oltre a chiedere un ulteriore sforzo organizzativo a tale organismo, avrebbe il limite di considerare il rapporto contrattuale su cui si controverte in maniera *atomistica*, senza considerare né l'eventuale operazione negoziale complessiva in cui quel contratto si inserisce né, ove l'impresa appartenga a un distretto produttivo, quella catena di dipendenze contrattuali in cui si sostanzia in genere la filiera⁵³.

⁵³ Per dare efficienza al meccanismo risulterebbe, dunque, anche quantomeno necessaria la creazione di nuovi e specifici protocolli in modo da delineare con chiarezza le linee di azione di ciascuna ADR: occorrerebbe cioè coordinare l'attività svolta da

Infine, l'AGCM potrebbe, in linea teorica, destinare una parte delle entrate che derivano dalle sanzioni per pratiche commerciali scorrette e creare così il fondo per dare gli incentivi alla negoziazione.

A fronte di questi vantaggi, gli svantaggi tuttavia appaiono molti. La complessità dell'intervento regolatorio è evidente, dal momento che l'attribuzione normativa all'AGCM di una competenza di questo tipo presuppone un *iter legislativo* complesso che passi per una legge delega e richiede poi, come avvenuto per ABF e ACF, l'adozione di regole specifiche che ne garantiscano l'efficiente funzionamento, potendo tale processo di attribuzione di competenze anche incontrare non poche resistenze in considerazione dei poteri che sono oggi riconosciuti all'Autorità (e ancor più, di quelli che non ha)⁵⁴.

Queste considerazioni inducono, nel complesso, a ritenere poco praticabile in concreto e nell'immediato questa via.

Diversamente, essa potrebbe però essere presa in considerazione in una prospettiva di medio termine per definire un processo di *governance* delle sopravvenienze contrattuali che, anche indipendentemente dal Covid, pongano problemi di allocazione dei costi all'interno delle filiere a causa di fatti che determinano *Business Interruption* e che sono in grado di riverberarsi su altre imprese, specie quelle meno forti. Se, infatti, è vero che nessuna catena è più forte del suo anello più debole⁵⁵,

questo Organismo, di carattere orizzontale ed istituito presso l'AGCM, con quelle che già operano sulla disciplina verticale (come ABF e ACF).

⁵⁴ È facile prevedere peraltro che vi sarebbe una forte resistenza dell'AGCM nel vedersi attribuire *ex lege* questo ruolo, come peraltro è già accaduto in passato con riguardo alla vigilanza sui rapporti di subfornitura in generale (su cui v. M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 4) e più di recente in occasione dell'individuazione dell'organismo competente, a livello nazionale, dell'*enforcement* della Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera alimentare, su cui vedi F. ARENA, *Audizione dell'AGCM presso la Commissione Agricoltura e agroalimentare del Senato*, 22 novembre 2018. Per un esame ulteriore della disciplina v. A. IANNARELLI, *La direttiva sulle pratiche commerciali business to business nella filiera alimentare: considerazioni introduttive*, in *Liber Amicorum Guido Alpa*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2019, pp. 449 ss.

⁵⁵ Osserva R. DI RAIMO, *Quando il bicchiere è completamente vuoto (durante e dopo la pandemia, tra rischi grandi e grandi opportunità)*, in *L'Italia ai tempi del Covid-19*, cit., p. 227, secondo il quale: "In presenza di una perdita tanto ingente quanto diffusa non è profilabile l'adozione di tecniche modificative della funzione retributiva dei contratti a carico di una parte soltanto. Se l'obiettivo è la solidità di un'intera rete di rapporti economici, è necessario assicurare la tenuta di tutti i nodi dai quali essa è costituita".

adottare processi e strumenti per salvaguardare gli equilibri nella filiera è una scelta di *economia solidale necessaria* che deve essere presa in considerazione a prescindere dal verificarsi di crisi come quelle determinate da *shock* esogeni.

7. (*Segue*) Un organismo specializzato presso le Camere di Commercio?

Una diversa soluzione di più rapida percorribilità vede, invece, protagoniste le Camere di commercio che, avendo il contatto costante con le imprese e i consumatori, godono della fiducia del mercato e hanno già, strutturalmente, le camere di mediazione e arbitrato.

Il vantaggio di praticare questa strada rispetto alla prima è che non vi sarebbe bisogno di “creare” nulla, ma solo di specializzare l’attività promossa dalle Camere di Commercio anche in questa materia. Soprattutto, questa soluzione non ha bisogno di alcun intervento normativo e ciò la rende più adatta a gestire l’*emergenza*. Come è stato osservato, le Camere di Commercio svolgono infatti un ruolo di promozione e di impulso che si attua non tanto attraverso un’opera di controllo, ma piuttosto attraverso un’opera di mediazione volta a far sì che le parti possano realizzare in maniera corretta ed efficace il potere di autoregolazione degli interessi⁵⁶.

Sin d’ora le Camere di Commercio potrebbero infatti promuovere, autonomamente, un organismo *ad hoc* deputato ad assistere le imprese nella ricerca di soluzioni stragiudiziali alle controversie insorte in conseguenza della pandemia. Andrebbero cioè costituiti collegi di mediatori specializzati e fortemente competenti, nominati secondo criteri di rappresentatività tra professionisti esperti e indipendenti, dovendosi assicurare la specificità della rinegoziazione *post* Covid-19 anche rispetto alle altre ipotesi di mediazione e conciliazione.

La promozione di una camera di mediazione straordinaria cui deferire la soluzione delle controversie originanti dalla fase di emergenza e impedire la loro degenerazione in contenzioso, potrebbe essere facilmente avviata e, soprattutto, potrebbe garantire una migliore gestione

⁵⁶ L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 497.

delle sopravvenienze contrattuali anche ragionando nell'ottica di guardare i distretti produttivi e rilasciare, all'esito della procedura "certificazioni" dell'equità dell'accordo raggiunto, che possano poi essere spese dalle imprese per accrescere la propria reputazione sul mercato.

Un aspetto di grande interesse è quello di poter costituire *data-set* aggregati utili sia a individuare misure e interventi mirati legati alle caratteristiche della filiera, sia per consentire in un prossimo futuro di utilizzare tecnologie quali *smart contracts* su *blockchain* per rendere più efficienti alcuni contratti⁵⁷. Infine, si potrebbe ipotizzare anche di stipulare un protocollo con gli intermediari per facilitare l'accesso al credito mettendo, ad esempio, le certificazioni rilasciate dalle camere di commercio tra i criteri utilizzati per la valutazione del merito creditizio.

A conferma di questa impostazione che vede protagoniste le Camere di Commercio e della direzione che va assumendo il mercato, vale la pena di richiamare l'esperienza recentemente avviata dall'Unioncamere dell'Emilia-Romagna, che ha promosso un progetto "i.re.ne", il

⁵⁷ Gli *smart contracts* si sostanziano in programmi informatici in grado di prevedere una serie innumerevole di variabili secondo l'algoritmo dell'*if-then* che, in quanto tali, ben si presterebbero ad essere utilizzati per modellare l'esecuzione dei contratti in base alle diverse esigenze sopravvenute. Il vantaggio connesso all'utilizzazione degli *smart contracts* sarebbe quindi rappresentato, anzitutto, dall'innumerevole quantità di variabili che un programma informatico può includere e, in secondo luogo, dalla capacità dell'automatismo proprio del meccanismo informatico dell'*if-then* di ridurre il contenzioso, tenuto conto dell'inevitabilità dell'effetto al verificarsi di una data condizione e dell'incontestabilità, da parte dei contraenti, del verificarsi della condizione stessa (posto che, solo in presenza di questa, il programma informatico riceve l'impulso da cui deriva l'effetto). Nell'ottica del principio di certezza del diritto, quindi, il ricorso agli *smart contracts* consentirebbe di circoscrivere inequivocabilmente le variabili rilevanti ai fini della rimodulazione del contenuto programmatico del contratto; d'altra parte, tuttavia, l'efficacia di tale strumento risulta inevitabilmente collegata alla c.d. razionalità limitata in cui versano le parti di un contratto commerciale che, di conseguenza, rende difficile (per non dire impossibile) prevedere quali elementi dell'operazione economica possano subire modificazioni influenzando in tal modo la convenienza dell'affare. Sul punto, D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, II, pp. 378 ss.; S. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, pp. 370 ss. In quest'ottica, dunque, i *data-set* consentirebbero di individuare sia le diverse circostanze che, per effetto della Pandemia, hanno determinato un significativo squilibrio del sinallagma (c.d. *if*), sia gli "esiti" della rinegoziazione da considerarsi equi alla luce delle "certificazioni" rilasciate dalla Camera di Commercio (c.d. *then*).

cui acronimo vuol dire Istituto per la Relazione e il Negoziato, con l'obiettivo di ripristinare, con una procedura a basso costo e veloce, le basi per una continuità nella relazione negoziale quando le parti di un rapporto contrattuale siano investite da criticità che non sono, in definitiva, imputabili a nessuna delle due parti. Ad assistere le parti nella rinegoziazione sono professionalità esterne alle Camere di Commercio di varia provenienza nazionale e di comprovata esperienza nel diritto contrattuale commerciale e finanziario, che aiutano le parti a ricalibrare i reciproci rapporti evitando di lasciarli degradare o interrompere traumaticamente, con il rischio di costosi, lunghi e incerti contenziosi.

Nel progetto i.re.ne, che è in fase di sperimentazione, tuttavia, si tratta di rinegoziazione tra due parti e non viene in rilievo, se non indirettamente, l'interesse alla sostenibilità della filiera; ma questo tentativo costituisce un interessante primo passo nella direzione da noi prospettata.

In prospettiva, un esame coordinato delle criticità del sistema produttivo del territorio volta all'individuazione degli strumenti e dei percorsi di ristrutturazione riconoscibili come meritevoli, consente anche di avere un quadro tendenzialmente omogeneo e, grazie a ciò, di raggiungere un traguardo importante sia sotto il profilo della prevedibilità delle decisioni giudiziarie⁵⁸, sia per quanto riguarda la possibilità di elaborare principi di correttezza e ragionevolezza, anche attraverso comportamenti e azioni preordinate al comune interesse delle parti.

8. Per un ruolo proattivo dell'AGCM nella creazione di “buone pratiche” per una filiera sostenibile

L'idea di promuovere presso le Camere di Commercio un sistema dedicato a gestire le sopravvenienze generate dall'impatto della Pandemia sui rapporti commerciali, favorendo per quanto possibile la via della rinegoziazione nella prospettiva più volte indicata di preservare l'interesse di tutta la filiera, presuppone un'architettura della regolazione dei mercati che spinga le imprese ad avvalersi di questa possibilità ritenendone di trarne beneficio.

⁵⁸ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, a cura di A. Carleo, Bologna, 2017, p. 22, afferma che la fiducia nella legge è attesa di rigorosa applicazione, di stabilità nel tempo, di continuità interpretativa; per una ricostruzione sistematica v. ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

In altri termini, da un lato, la rinegoziazione di per sé non è necessariamente indice di correttezza nei rapporti contrattuali, dal momento essa non prescinde dai rapporti di forza tra imprese e non elimina la possibilità di condotte opportunistiche da parte del contraente più forte nei confronti di chi si trovi, ad esempio, in situazioni di dipendenza economica⁵⁹ o di squilibrio di altro genere⁶⁰; dall'altro lato, anche senza scomodare la correttezza nei rapporti contrattuali, non vi sono ragioni per sostenere che due imprese che intendano rinegoziare l'accordo debbano spingersi a valutare e considerare valori o interessi diversi dai propri nell'operare le scelte negoziali, se non ritenendo di trarre, dal passaggio di una logica di razionalità individuale a una razionalità collettiva, una qualche utilità.

Tuttavia, come si è detto, le crisi finanziarie che hanno colpito il Paese prima e la crisi dell'economia reale di oggi inducono a ritenere essenziale conformare il principio di correttezza a quello di solidarietà economica. Se la pandemia ha reso concreti i rischi di esclusione dal mercato di imprese, specie PMI, può essere lo stesso mercato, se ben orientato, ad essere inclusivo.

Viene così in rilievo il secondo ambito cui si è fatto cenno, che considera l'ipotesi di definire buone pratiche che favoriscano la rinegoziazione anche nell'interesse della filiera. Questo obiettivo rende

⁵⁹ L'impresa che subisce è nella quasi totalità dei casi perfettamente consapevole dell'abuso si produce ai suoi danni, ma non è in grado di opporsi adeguatamente, perché non ne ha la possibilità o, comunque, non ne ha la volontà, al fine di non pregiudicare un rapporto commerciale che potrebbe rivelarsi fondamentale per la sua sopravvivenza sul mercato. Peraltro, a differenza dei contratti asimmetrici B2C, che, che si inseriscono nella fase finale del rapporto economico, dando luogo ad un rapporto istantaneo, i contratti asimmetrici "b2b" possono presentare abusi in qualsiasi fase intermedia del processo distributivo-produttivo. A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, pp. 112 ss.

⁶⁰ Nell'insegnamento di O.E. WILLIAMSON, *Integrazione verticale della produzione: considerazioni sul fallimento del mercato*, in O.E. WILLIAMSON, *L'organizzazione economica. Imprese, mercati e controllo politico*, Bologna, 1991, p. 122, il costo transattivo delle scelte degli operatori economici dipende dal grado di specificità degli investimenti, se l'investimento non è convertibile rimane prigioniero del rapporto commerciale instaurato. Secondo Williamson, le caratteristiche connotative dei contratti commerciali, quali *long terms contracts*, andrebbero identificate, sinteticamente, nel rischio connaturato all'esercizio dell'attività d'impresa, nella c.d. razionalità limitata e, come anticipato, nella specificità degli investimenti (c.d. Teoria dei costi di transazione). Su questi temi, v. J. HEARN, *Markets and Market Failure Teacher Resource Pack*, Philip Allan Updates, 2000.

realmente opportuno un coinvolgimento dell'AGCM, quale Autorità amministrativa indipendente in grado di conformare il mercato, orientandone l'agire⁶¹.

L'AGCM ha peraltro, già nel sistema normativo vigente, strumenti di *enforcement* pubblicistico con cui può intervenire, negli ambiti in cui la legge le attribuisce competenze come, ad esempio, accade ai sensi dell'art. 62, comma 8, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27⁶², che disciplina le relazioni commerciali in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari.

Anche l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura, che sancisce il divieto di abuso di dipendenza economica⁶³, individua nell'AGCM l'*Authority* che tutela la concorrenza anche in caso di interruzione arbitraria di relazioni commerciali o di imposizioni di condizioni eccessivamente gravose nelle situazioni di dominio verticale, al fine di cercare di garantire il livello più efficiente di protezione dell'impresa dipendente⁶⁴. Peraltro, la giurisprudenza più recente ha affermato che il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce peculiare applicazione di un principio generale che si vorrebbe caratterizzasse l'intero sistema dei rapporti di mercato; quantomeno in un ambito più ampio

⁶¹ A. CATRICALÀ, *L'Antitrust tra regolazione e mercato*, in *20 anni di Antitrust*, Torino, 2010, t. 1, p. 28, afferma che: "L'obiettivo primario dell'Antitrust deve essere la modifica effettiva e rapida in senso virtuoso degli assetti del mercato e dei comportamenti delle imprese". Val la pena di richiamare anche il pensiero di M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di Antitrust*, cit., p. 117, secondo il quale: "L'azione delle autorità antitrust diviene (...) una politica di "risultati", piuttosto che una politica repressiva di comportamenti devianti".

⁶² Ai sensi della citata disposizione, "l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è incaricata della vigilanza sull'applicazione delle presenti disposizioni e all'irrogazione delle sanzioni ivi previste, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689 {...}. Le attività di cui al presente comma sono svolte con le risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente".

⁶³ Art. 9, co 3-*bis*, "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso {...}". Si rinvia in generale a M. MAUGERI, *Subfornitura*, (*diritto civile*), in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, pp. 775-795.

⁶⁴ M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 3.

di quello formato dalle parti del singolo contratto, per estendersi al rapporto commerciale più complesso in cui esso si inserisca, qualora proprio tramite un tale rapporto si realizzi l'abuso⁶⁵.

Sempre in tema di filiera, si pensi ancora alle competenze attribuite all'AGCM dalla legge n. 9, del 14 gennaio 2013, in materia di qualità e trasparenza della filiera degli oli di oliva vergini⁶⁶. Superfluo è, poi, richiamare la disciplina sulle intese, di cui all'art. 2 della legge 287/90⁶⁷.

Dall'insieme di queste competenze si può trarre conferma del fatto che l'AGCM possa garantire al meglio che siano osservate regole di correttezza nei rapporti contrattuali all'interno di un mercato di riferimento in presenza di una filiera commerciale. Il tema si inserisce del resto nel dibattito più generale (e acceso) su quale debba essere, nella fase attuale dei mercati che non risponde più alle classiche logiche cicliche, il bene protetto e promosso dall'AGCM, che tutela la concorrenza sotto forme più ampie di quelle, canoniche, che originano dal diritto

⁶⁵ Cass. civ., Sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, secondo cui tale circostanza sarebbe confermata dal richiamo dell'art. 9 all'art. 3 della legge 287/1990 per i casi in cui l'abuso di dipendenza economica assuma un rilievo che "va oltre gli interessi coinvolti nel singolo rapporto contrattuale, mettendo in questione in termini più ampi le esigenze di tutela della concorrenza". Dello stesso avviso, Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 739 la quale, in particolare, definisce l'istituto *de quo* una "fattispecie di applicazione generale". Sotto un profilo più generale, va rilevato che l'abuso di dipendenza economica, secondo l'orientamento prevalente, di portata indubbiamente estensiva, opera per qualsiasi relazione commerciale che realizzi la c.d. integrazione di filiera. In generale, sul tema, tra gli altri, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il Contratto e il mercato*, Milano, 2004; Ph. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006. Per tutti, v. M. MAUGERI, *Subfornitura*, (*Diritto civile*), cit., p. 791.

⁶⁶ In particolare, la legge n. 9, del 14 gennaio 2013 prevede uno specifico intervento dell'Autorità con finalità di monitoraggio delle dinamiche dei prezzi alla produzione ed al consumo degli oli di oliva vergini non che di repressione di illeciti (abuso di posizione dominante o intese) incompatibili con un funzionamento concorrenziale del mercato. Al fine di garantire agli operatori idonee condizioni competitive e correggere le distorsioni che possono essere prodotte è prerogativa dell'Autorità il coordinamento degli indirizzi di regolazione degli scambi sulla base delle informazioni rese disponibili dall'Agenzia delle dogane riguardo alle anomalie del valore di transazione dichiarato al momento delle importazioni.

⁶⁷ Tra i tanti, L. MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall'art. 2 della L. 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, pp. 55 ss.; R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L.C. Ubetazzi, Bologna, 1993, pp. 145 ss.

dell'Unione⁶⁸. Ancora una volta, la soluzione migliore sembrerebbe essere quella di estendere in via normativa le competenze dell'Autorità in materia di rinegoziazione e filiere; ma le difficoltà che si sono sopra evidenziate inducono a preferire, anche in questo caso, una soluzione diversa, che sia in grado di raggiungere l'obiettivo senza richiedere l'intervento del legislatore, anche in considerazione della tempistica stretta che le circostanze economiche attuali impongono.

La soluzione alternativa, allora, potrebbe essere quella di prevedere, come si è detto, una forma di *co-regolazione*⁶⁹, in cui le regole sono stabilite dal mercato e condivise dall'autorità, seguendo lo schema del "circolo regolatorio"⁷⁰. Si tratta cioè di un meccanismo *bottom up* che parte dalla spinta regolatoria del mercato e introduce nel sistema regole – o quantomeno Linee di Indirizzo immediatamente operative – che possono poi, eventualmente, se necessario, essere prese in considerazione dal legislatore e tradotte in precetti normativi.

Passando dal piano teorico a quello pratico, l'idea è che, in attuazione del principio di sussidiarietà⁷¹, sia il mercato a selezionare, con l'aiuto delle Camere di Commercio e delle Associazioni di Categoria, al suo interno *le migliori pratiche* – clausole negoziali conformi al principio di correttezza, buone prassi o pratiche commerciali leali – per condividerle con l'AGCM, che le trasforma poi in *benchmark*, mediante l'avvio e la pubblicazione di indagini conoscitive, ovvero tramite l'adozione di *Vademecum* o Linee Guida.

Le Linee Guida, così come i *Vademecum* e le indagini di mercato, sono peraltro già tra gli strumenti di cui si avvale l'AGCM nella sua attività e s'inseriscono nella scala classica che dalla *Soft Law* conduce

⁶⁸ Occorre cioè tutelare il mercato che versa in condizioni ormai stabili di crisi che richiedono forme propulsive di intervento. L'AGCM, anche rispetto ad altre autorità antitrust europee, ha strumenti ulteriori che le consentono di essere ancora più proattiva.

⁶⁹ Vedi *supra* nt. 48.

⁷⁰ F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Soveria Mannelli, 2019, p. 197.

⁷¹ Sulla valenza del principio di sussidiarietà si rinvia a Mar. NUZZO, *Prefazione*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di Mar. Nuzzo, vol. I, 2014, XV ss., secondo cui "i profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico che caratterizzano il nostro tempo hanno determinato l'esigenza di strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolamentazione".

alla norma, nel momento in cui tali disposizioni vengano adottate dalle imprese e diventano, quindi, auto-vincolanti⁷².

Ancora, nell'ambito dei poteri di *Advocacy*, l'AGCM potrebbe poi svolgere attività di pareristica preventiva su singoli problemi sollevati dalle Camere di Commercio territoriali, oppure su specifiche clausole negoziali che le vengano sottoposte, per valutare l'impatto che esse potrebbero sulle dinamiche del mercato del distretto. Le stesse imprese potrebbero peraltro avvalersi dell'interpello e sottoporre le proprie clausole dubbie al vaglio preventivo dell'Autorità.

Questo complesso meccanismo, oltre a orientare il mercato, può determinare anche un nuovo *standard* di condotta, che può rivelarsi utile anche in caso di contenzioso davanti al giudice ordinario come parametro nel giudizio sulla responsabilità contrattuale per inadempimento.

Infine, come si diceva, la spinta alle imprese già provate dalla pandemia a preoccuparsi di altro che non sia la propria sopravvivenza anche a costo di "scaricare" i costi sulle imprese più deboli, deve trovare nell'idea dell'efficientamento del *network* un fattore incentivante.

Perché ciò inizi ad accadere, occorre immaginare anche un sistema di incentivi che inducano le imprese a adottare condotte anche sul piano negoziale che anticipino l'esigenza di sostenibilità nel lungo periodo del mercato. In una logica premiale che avvii questo processo, si potrebbe, ad esempio, attribuire un punteggio alle imprese che rinegoziano utilmente (nel senso dell'efficienza della filiera) l'accordo, secondo il meccanismo già sperimentato del *rating* di legalità, anch'esso di competenza dell'AGCM⁷³.

⁷² Per un'analisi recente del tema dei codici di condotta, si veda A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019.

⁷³ Il *rating* di legalità è un indicatore sintetico del rispetto di elevati standard di legalità da parte delle imprese che ne abbiano fatto richiesta e, più in generale, del grado di attenzione riposto nella corretta gestione del proprio *business* (in concreto, il *rating* assume la veste di un punteggio compreso tra un minimo di una stelletta e un massimo di tre stellette). Il *rating* di legalità rappresenta, quindi, un sistema premiale fondato sull'accertamento di alcuni requisiti, sul rispetto delle norme e sull'adozione di processi organizzativi che pongano l'impresa in una posizione idonea a garantire il rispetto della legalità, almeno in termini astratti. Ottenere il *rating* non è mai obbligatorio per l'impresa, ma ha funzione solo premiale. Tale procedimento, introdotto con delibera n. 27165/2018, è stato modificato di recente al fine di garantire maggior efficacia del controllo e di promuovere ulteriormente l'aspetto premiale del *rating* (delibera n. 28361/2020, in vigore dal 20 ottobre 2020).

La normativa sul *rating* di legalità collega al conseguimento del *rating* alcuni benefici, quantomeno in due diversi ambiti: (i) la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni; (ii) l'accesso al credito bancario (riduzione dei tempi/costi delle istruttorie per la concessione del credito; eventualmente, determinazione delle condizioni economiche di erogazione).

In conclusione, quel che si è fin qui detto ha l'obiettivo di portare all'attenzione il profilo, ad oggi poco considerato, dell'impatto *giuridico* del Covid-19 sui distretti produttivi e sulle dinamiche contrattuali all'interno delle filiere, per valutarne la resilienza e anche per proporre alcune idee sulle modalità di gestione delle sopravvenienze legate alla Pandemia in un'ottica, come si è più volte detto, di solidarietà e sostenibilità delle imprese nel *sistema nazionale*.

Non si è, quindi, in questa occasione, considerato l'ulteriore dato empirico rappresentato dal fatto che spesso le nostre filiere sono integrate in catene di valore europee o globali; il che può rendere opportuno, in prospettiva, anche considerare l'adattabilità al discorso che si è fin qui condotto di alcune clausole negoziali (come, ad esempio, quella di *hardship* disciplinata dall'Article 6.2.3: *effects of hardship*⁷⁴) che trovano un'applicazione uniforme nella prassi dei contratti internazionali e nella giurisprudenza arbitrale consolidata⁷⁵ e che potrebbero, anch'esse, assumere rilievo per concorrere a definire un sistema di *regole negoziali efficienti per la gestione coordinata e sostenibile dei contratti di filiera*.

Il contributo è dedicato al tema della gestione delle sopravvenienze conseguenti alla pandemia da Covid-19 in relazione ai contratti "di filiera".

L'esistenza di una catena di dipendenze, anche sul piano negoziale, tra appartenenti alla filiera rende necessario cercare soluzioni che ostacolino comportamenti opportunistici delle imprese più forti volti a trasferire su quelle meno forti le conseguenze economiche negative che derivano dalla Pandemia. Infatti, il rischio finale

⁷⁴ Sulla clausola di *hardship* si rinvia, per una sintesi, a D. SCARPA, *Ricostruzione ermenutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 951 ss.

⁷⁵ Nel 2020, la Camera di Commercio Internazionale ha aggiornato le proprie clausole di forza maggiore e di *hardship* per aiutare le imprese nella redazione dei contratti e rispondere efficacemente a eventi imprevisti come l'epidemia in corso. Per un esame, si veda E. DEL PRATO, *CoViD-19, Act of God, Force Majeure, "Hardship Clauses", Performance and Nonperformance*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. III, pp. 64 ss.

di una distribuzione asimmetrica del costo della crisi internamente alle filiere è quello di una riduzione di lungo termine della dimensione economica e della capacità produttiva del distretto. L'idea è perciò quella di definire una modalità di gestione globale e coordinata delle dinamiche della filiera, attraverso il ricorso a strumenti giuridici che garantiscano la sostenibilità economica. Nel contributo si individuano due ambiti di intervento, che vedono protagoniste le Camere di Commercio e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Il primo ambito riguarda la possibilità di adottare un sistema di ADR dedicato alle sopravvenienze da Covid-19, che agevoli la rinegoziazione degli accordi tra imprese anche nell'interesse della filiera; il secondo ambito, strettamente connesso, propone la creazione di Linee Guida o buone pratiche che orientino il mercato in un'ottica di salvaguardia della filiera.

The paper deals with the management of contingencies resulting from the Covid-19 pandemic, with specific reference to contracts stipulated within the context of supply chains.

The issues presented by such contracts are deeply interconnected, calling for aggregate solutions oriented towards a rational distribution of the pandemic cost within the whole supply chain, regardless of the single contract.

In this framework, the existing private law tools are useless – either because their value is merely programmatic (art. 2, 41 Cost, 1375 c.c.), or because they are still oriented towards an atomistic approach with regard to the settlement procedures contained in the CCII. Adopting a de iure condendo perspective, the paper proposes the adoption of measures aimed at encouraging the aggregate settlement of the crisis, involving the Chambers of Commerce or the Competition and Market Authority as institutional subjects in charge of the crisis' coordination, in order to safeguard the supply chain.

The paper also highlights how similar bodies could be instituted, combining both assisted renegotiation and of ADR functions, thereby dealing specifically with the operational problem of the regulatory and economic costs that may be incurred for such bodies' institution, suggesting several available solutions also regarding soft law instruments.