

NOTE CRITICHE SUI RAPPORTI TRA I DIVIETI DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

1. ABSTRACT. 2. IL DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA. 3. *ITER* PARLAMENTARE DELL'ART.9 ED INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEL DIVIETO. 4. I RAPPORTI TRA ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE. 5. PECULIARITÀ DEL MODELLO ITALIANO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA. 6. CONCLUSIONI.

1. ABSTRACT.

Il presente studio analizza la figura dell'abuso di dipendenza economica attraverso i lavori parlamentari che hanno condotto alla sua formulazione, nonché attraverso il suo raffronto con la figura dell'abuso di posizione dominante. Lo scopo è quello di accertare le finalità del divieto di abuso di dipendenza economica, onde ricondurlo nell'ambito del diritto *antitrust* o in quello, strettamente civilistico, della disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti.

The aim of this paper is to analyse the so called "abuse of economic dependence". In order to achieve this task, the author accurately examines the legislative drafts which led to its implementation into the Italian legal system and makes a skilful comparison between this type of abuse and the "abuse of dominant position", 'borrowed' from Antitrust Law. The aim of the paper is to ascertain which purposes, the legal prohibition of the above mentioned abuse, tries to pursue and, thus, to understand whether it must be interpreted according to antitrust law or contract law.

2. IL DIVIETO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA.

L'art.9 della legge 18 giugno 1998 n.192 – in materia di “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”¹ - sancisce il divieto di abusare “da parte di una o più imprese dello stato di

¹ Fra i numerosi commenti alla legge 18 giugno 1998 n.192 si veda AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1999; AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, Napoli, 1998; AA.VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, a cura di SPOSATO e COCCIA, Torino, 1999; BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999; AA.VV., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di LIPARI, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.1-II, 2000; CASO e PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv.dir.priv.*, 712; FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n.192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 188; DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv.dir.priv.*, 451; NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, 121 ss.; PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, 5; LECCESE, voce *Subfornitura*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1998, 241; PRATI - CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999; MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 115; IUDICA, *La disciplina della*

dependenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa *cliente o fornitrice*". Lo stato di dipendenza economica viene definito come "situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi", ai cui fini deve essere presa in considerazione "la reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti".

La norma ha introdotto nuovi, e prima d'allora sconosciuti, limiti all'attività imprenditoriale, ponendo, al contempo, un interrogativo di fondo circa l'ambito della sua applicabilità. Il problema risiede nella sua formulazione "a vocazione allargata"², vocazione scaturente dall'uso di termini quali "cliente e fornitrice", che dischiudono l'intenzione, almeno apparente, di estenderne la portata ben oltre l'ambito della subfornitura. Tale incertezza, peraltro, non è solo terminologica, ma addirittura frutto di un *iter* parlamentare macchinoso ed a tratti particolarmente oscuro. Particolare rilievo, infatti, ha avuto il tentativo - fallito a causa del recepimento di un parere contrario reso dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato - di introdurre una modifica alla legge nazionale antitrust. Come spesso accade, il compromesso che ne è derivato ha dato vita ad una norma ibrida e di difficile interpretazione, quale può essere una disposizione nata come novella della legge antitrust e poi letteralmente trasfusa in un canone di condotta a prima vista generale e tuttavia collocato all'interno di una disciplina di settore.

È facile immaginare come, fin dai primi commenti, sia sorto un non facile problema interpretativo circa i confini di applicazione del divieto, problema che è alla base del presente studio: nell'opinione di chi scrive, infatti, occorre interrogarsi sull'opportunità di circoscrivere "chirurgicamente" l'ambito di applicazione dell'articolo in commento, onde evitare un rischio di contaminazioni tra la disciplina della concorrenza e la tutela civilistica offerta alla parte debole del rapporto, anche qualora essa abbia riguardo alla giustizia ed all'equità dei rapporti commerciali tra imprenditori. Il tentativo è dunque quello di "riconduire a ragionevolezza" il dettato dell'art.9, mediante uno sforzo ermeneutico che, nonostante le originarie intenzioni del legislatore e la conseguente oscura formulazione del divieto, riporti l'art.9 entro i confini della disciplina civilistica.

3. ITER PARLAMENTARE DELL'ART.9 ED INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DEL DIVIETO.

subfornitura nelle attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192), in *Contratti*, 1998, 409; GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998 n. 192)*, in *Corriere giur.*, 1998, 880; PUDDU, *Le lavorazioni per conto di terzi nel nuovo regime della subfornitura nelle attività produttive*, in *Impresa*, 1998, 1499.

² Così BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, cit., 297.

Si è detto che a caratterizzare il divieto di abuso di dipendenza economica è senz'altro l'ambiguità del suo tenore letterale: "la lettera della norma non autorizza l'interprete a trascurare la circostanza che il riferimento del legislatore, sotto il profilo dell'ambito applicativo della regola, non oltrepassa i limiti del generico, non vago, riferimento all'impresa ed ai rapporti commerciali di un'impresa con un'altra impresa"³. Ad evocare la più ampia categoria dei rapporti commerciale tra imprenditori è senz'altro il primo comma dell'articolo 9, il quale, nell'indicare i destinatari del divieto, si riferisce a "*clienti e fornitori*" piuttosto che a "committenti e subfornitori". La medesima indeterminatezza, peraltro, caratterizza la nozione di dipendenza economica, la quale è definita come situazione "in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi", senza la benché minima connotazione del soggetto attivo o passivo dell'abuso.

È dunque legittimo interrogarsi sull'inspiegabile assenza di alcun riferimento al contratto di subfornitura ed altrettanto lo è inferirne la volontà di introdurre un principio di portata generale: del tutto peculiare, tuttavia, sarebbe l'introduzione di una clausola generale di comportamento all'interno di una disciplina di settore, per il resto assolutamente omogenea, ideata quale "intervento protettivo della categoria, supposta omogenea, dei subfornitori"⁴. *Nulla questio* dunque sull'esigenza di mettere luce sui confini di applicazione del nuovo ed oscuro divieto e di capire se tale nuova leva di riequilibrio del potere contrattuale abbracci l'intera categoria del diritto dei rapporti commerciali tra imprese.

Particolare attenzione è stata rivolta ai lavori parlamentari, nel tentativo di reperire qualche traccia della *voluntas legis* sottesa all'approvazione dell'articolo contenente il divieto in questione.

L'originaria intenzione del legislatore di modificare l'art.3 della legge n.287/90⁵ – e dunque di estendere la portata del divieto ben oltre i confini della subfornitura – si coglie nei due progetti di legge⁶, poi unificati, oggetto di esame da parte della X Commissione del Senato (Industria, commercio, turismo). Entrambi condividevano la volontà di introdurre "la figura dell'abuso di dipendenza economica a fianco di quella di abuso di posizione dominante già prevista nell'ambito della legge n.287 del 1990"⁷ mediante l'inserimento di un nuovo art.3-*bis* che vietasse "l'abuso, da

³ Così BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., 298.

⁴ CASO-PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv.dir.priv.*, 1998, 713.

⁵ Fra i numerosi commenti alla legge n.287/90 v. MARCHETTI e UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997; PATRONI GRIFFI - DI SABATO, *La legge antitrust, materiali*; Napoli, 1992; G. NAPOLITANO, *Diritto della Concorrenza*, Roma, 1996; DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema giuridico italiano*, Milano, 1990; BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991; SARTI, *Pubblico e privato nella disciplina antitrust*, in *Dir. econ.*, 1996, II, 1029; FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI e UBERTAZZI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993.

⁶ Progetti di legge S. 637 Wilde ed altri e S. 644 Tapparo e altri, disponibili presso il sito www.senato.it.

⁷ Intervento del relatore, Sen. Micele, nel corso della seduta della X Commissione (Industria) del Senato del 10.7.1996, in *Resoconti delle Commissioni parlamentari*, 10.7.1996.

parte di un'impresa, della posizione di dipendenza economica in cui si trova, nei suoi riguardi, un'impresa fornitrice". Tale prima formulazione qualificava la dipendenza economica come la situazione in cui "il fornitore, nell'ambito di un mercato determinato in relazione alle caratteristiche del prodotto e alle dimensioni dell'impresa, non sia in grado di rivolgersi ad altre imprese" e forniva alcune esemplificazioni dell'abuso che poteva esse consistere "a) nella sistematica imposizione di clausole contrattuali o di prezzi negli ordinativi tali da assicurare all'impresa più forte ingiustificati vantaggi e, con particolare riferimento ai contratti di subfornitura, tali da addossare al subfornitore ogni ordinario onere di stoccaggio, ovvero tali da determinare a suo danno gravi e non prevedibili difficoltà organizzative; b) nella vendita a condizioni discriminatorie o nella arbitraria interruzione delle relazioni commerciali in atto"⁸.

Alcune modifiche sono state tuttavia introdotte con l'adozione di un testo unificato allo scopo di offrire "una più precisa definizione di abuso di dipendenza economica, nozione per la quale non esiste una giurisprudenza comunitaria di riferimento"⁹. Nel testo così approvato, diveniva dipendenza economica la situazione in cui "il committente, tenuto conto delle alternative disponibili per il fornitore nell'ambito di un mercato determinato in relazione alle caratteristiche del prodotto e alle dimensioni geografiche rilevanti, disponga nei confronti di quest'ultimo di una posizione dominante dal lato della domanda"¹⁰. Nell'opinione espressa dal relatore del provvedimento, si precisava che detta novella avrebbe avuto lo scopo di allineare la normativa nazionale al "paragrafo 26, comma 2, secondo periodo della legge contro le limitazioni della concorrenza (GWB) della legge antimonopolistica tedesca, ripresa dal legislatore francese che nell'art.8 lettera b), dell'ordinanza 1 dicembre 1986, n.1243, ha affiancato alla figura tradizionale dell'abuso di posizione egemone quella di abuso di dipendenza economica"¹¹. Nel corso dell'esame al Senato tale formulazione subiva ulteriori e definitive modifiche ed il divieto assumeva una veste pressoché definitiva, fermo all'interno della legge antitrust¹².

⁸ Art.10 dei progetti di legge S. 637 Wilde ed altri e S. 644 Tapparo e altri, disponibili presso il sito www.senato.it.

⁹ Gli emendamenti all'art.10 vengono discussi nel corso della seduta del 29.10.1996 della X Commissione (Industria) del Senato, in *Resoconti delle Commissioni parlamentari*, 29.10.1996.

¹⁰ Testo risultante dall'esame svolto dalla X Commissione (Industria) del Senato, (AS 637-A).

¹¹ Relazione introduttiva del relatore, Sen. Micele, nel corso della discussione in Assemblea, in *Resoconti del Senato*, 19.3.1997.

¹² Il testo dell'art.9, così come approvato dal Senato è il seguente "Alla legge 10 ottobre 1990, n. 287, sono apportate le seguenti modifiche:a) dopo l'articolo 3 è inserito il seguente: Art.3-bis. 1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un significativo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica sarà valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo".

L'iter parlamentare e la *mens legis* divengono ben più oscuri nel corso dell'esame della X Commissione (Attività produttive, commercio e turismo) della Camera. Determinante, anzitutto, è l'intervento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'art.22 della legge n.287/90, ha manifestato il proprio dissenso sulla proposta integrazione dell'istituto dell'abuso di posizione dominante mediante l'inserimento della fattispecie di abuso di dipendenza economica¹³. Coerentemente, la VI Commissione (Finanze), competente in sede consultiva sul progetto di legge, sottolineava l'opportunità di valutare se “la fattispecie di abuso di dipendenza economica introdotta all'art.9 fosse coerente con l'impianto complessivo della legge n.287/90”¹⁴. Alla stregua di tali osservazioni, in sede di esame degli articoli il relatore ha presentato un emendamento – successivamente approvato dalla Commissione in sede legislativa – diretto a “recep[re] le indicazioni contenute nel parere dell'Autorità antitrust”¹⁵: eliminata la novella alla legge antitrust, il salvataggio della norma avviene mediante una traslazione della lettera del divieto¹⁶ nella disciplina settoriale della “subfornitura nelle attività produttive”, da cui inevitabilmente discende la creazione di una fattispecie nuova ed autonoma¹⁷.

Le ragioni di tale inversione di rotta risiedono, eminentemente, nel parere contrario reso dall'Autorità Garante e fatto proprio dal citato emendamento: l'incontestato adeguamento a tale indirizzo – ancor più evidente per essere diametralmente opposto a quello *ab initio* sotteso all'art.9 – gli conferisce piena cittadinanza all'interno dell'iter parlamentare e lo rende parte integrante dell'intenzione oggettiva del legislatore. A torto o a ragione, nell'opinione del legislatore era corretta l'osservazione che il divieto in parola inerisse ai soli rapporti contrattuali tra le parti e che le finalità potessero “*prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali*”¹⁸: esso riguardava l'“equilibrio contrattuale e più precisamente la valutazione del rapporto negoziale tra le parti” e, pertanto, le eventuali patologie devono trovare rimedio nell'invalidità di clausole vessatorie ed in garanzie stabilite a favore della parte più debole. In breve,

¹³ Parere sulla proposta di legge AC 3509 recante disciplina della subfornitura industriale (art.9), 10 febbraio 1998, in *Bollettino* 5/98, 15.

¹⁴ Parere reso dalla VI Commissione Camera (Finanze), in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari* del 12 marzo 1998, 129.

¹⁵ X Commissione Camera, seduta del 4 giugno 1997, intervento del relatore, On.le Rossi, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari* del 25 febbraio 1998, 69.

¹⁶ Fatta eccezione per la modifica del termine “significativo” con il termine “eccessivo” all'interno dell'espressione che qualifica il sintomo di dipendenza economica come “eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi”, così per recepire l'osservazione espressa dalla I Commissione (Affari Costituzionali) che ha ritenuto il nuovo termine “giuridicamente più corretto allude alla nozione tecnica di eccessiva onerosità”. Per il parere della I Commissione v. *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari* del 12 marzo 1998, 128.

¹⁷ X Commissione Camera, seduta del 12 marzo 1998, emendamento 9.1 riformulato dal relatore, On.le Rossi, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari* del 12 marzo 1998, 129.

¹⁸ Parere sulla proposta di legge AC 3509 recante disciplina della subfornitura industriale (art.9), 10 febbraio 1998, in *Bollettino* 5/98, 15.

il divieto di abuso di dipendenza economica va esclusivamente “inquadrate nell'ambito delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti”¹⁹.

Un simile chiarimento, tuttavia, se precisa l'esistenza di differenze con la disciplina antitrust, ancora lascia aperta la questione relativa all'ambito di applicazione del divieto, il quale, seppur formalmente sottratto dal diritto della concorrenza, ha mantenuto la stessa formulazione e, secondo la maggioranza dei commentatori²⁰, il medesimo ambito di applicazione generalizzata.

Due sono state le direttrici su cui fondare le interpretazioni estensive dell'articolo in commento. La prima, più volte richiamata, di carattere strettamente letterale. È stato infatti autorevolmente rilevato che, anche una volta espunto “il riferimento alla legge antitrust ... la norma continua ad avere un ambito di applicazione che si estende, oltre la subfornitura, a tutti i contratti tra imprese”²¹. L'estensione oltre il campo di applicazione delineato all'art.1 della legge sarebbe dovuta all'ampiezza delle categorie di destinatari del divieto, ossia l'impresa “cliente e fornitrice”, tratteggiate con espressioni “in grado di ricomprendere entità imprenditoriali che vanno dai *franchisee* agli stessi produttori finali dipendenti dalle c.d. centrali d'acquisto”. L'art.9 costituirebbe in tal modo una vera e propria “clausola generale di abuso di potere contrattuale nelle relazioni negoziali tra imprese”²² ed a rafforzare tale dato starebbe lo stesso riferimento comparatistico – effettuato nella relazione al disegno di legge - all'art.26, II comma, della legge antitrust tedesca ed all'art.8 dell'ordinanza francese del 1 dicembre 1986, ossia “a norme la cui applicazione non è limitata alla subfornitura”²³

Altra dottrina, ha ritenuto di poter enucleare la “natura generale della norma”²⁴ facendo leva sull'iter normativo. La circostanza che l'Autorità Garante si fosse dichiarata contraria ad una modifica della l. n. 287/90 avrebbe infatti inciso sulla sola collocazione del divieto e non sulla

¹⁹ Parere sulla proposta di legge AC 3509 recante disciplina della subfornitura industriale (art.9), 10 febbraio 1998, in *Bollettino* 5/98, 15.

²⁰ A sostenere l'interpretazione estensiva del divieto sono CERIDONO, *Commento all'art.9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Commento della “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”* a cura di LIPARI, in *Le nuove leggi civili commentate*, I-II, 2000, 429; CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. Dir. Priv.*, 712; DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv.dir.priv.*, 451; BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, 1999, Padova, 143; DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur.comm.*, 1999, 834; MAZZIOTTI DI CELSO, *Art.9 – Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1999, 240; SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. Ind.*, 1999, 195; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, I, aprile 1999, 1. *Contra*, v. RINALDI – TURITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di SPOSATO – COCCIA, Torino 1999, 125.

²¹ CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. Dir. Priv.*, 733.

²² CASO - PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, cit., 733.

²³ BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, 1999, Padova, 143.

volontà di disciplinare una “pluralità di fattispecie contrattuali”: la differenza nell’“allocazione delle competenze” e nell’ambito degli interessi protetti, non sarebbe comunque risultata in “una delimitazione delle ipotesi interessate dalla fattispecie”²⁵.

L’indubbia autorevolezza ed esaustività dei commenti che ad oggi si sono susseguiti non possono tuttavia esimersi dalla ricerca di ulteriori indizi all’interno dell’*iter* parlamentare della l. n.192/98, che possano far luce sulle effettive intenzioni del legislatore all’atto della approvazione dell’art.9 nella sua attuale formulazione e collocazione. Costituisce, invero, canone fondamentale di ermeneutica legislativa, sancito dall’art.12 delle preleggi, che alla norma giuridica venga attribuito anzitutto il “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”²⁶ e che, qualora tale criterio risulti infruttuoso, ci si rivolga all’intenzione oggettiva del legislatore, ossia allo “scopo al quale la legge risulta obiettivamente funzionalizzata”²⁷. Nel caso di specie, non vi può esser dubbio sull’utilità di superare l’empasse del dato testuale - la cui ambiguità deriva soprattutto dalla presenza di criteri di interpretazione contrastanti, quali, da un lato, l’inserimento in una disciplina di settore, il cui titolo potrebbe addirittura assurgere ad elemento interpretativo²⁸, e, dall’altro, il testo a vocazione dell’art.9 – e di ricercare la volontà emergente dai lavori preparatori²⁹.

Una prima fondamentale indicazione è senz’altro fornita dall’intervento del relatore alla X Commissione del Senato che, nel presentare le modifiche apportate dalla Camera al disegno di legge originariamente approvato - ed in particolare il nuovo testo dell’art.9 –, ha sottolineato il mancato inserimento del divieto nel testo della l. n. 287/90, desumendone che “...tale diversa collocazione comporta, probabilmente, che l’abuso di dipendenza economica non possa più essere considerato alla stregua di un istituto generale applicabile quindi anche al di fuori dei rapporti di

²⁴ In questi termini CERIDONO, *Commento all’art.9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Commento della “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”* a cura di LIPARI, in *Le nuove leggi civili commentate*, I-II, 2000, 429.

²⁵ CERIDONO, *Commento all’art.9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Commento della “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”*, cit., 429

²⁶ Cass. n. 5901/79, in *Mass.* 1979.

²⁷ Così BIANCA, *Diritto civile – La norma giuridica*, Milano, 1978, 99.

²⁸ Sul valore interpretativo del titolo della legge v. Cons. Stato, 7.3.1972, in *Cons. Stato*, 1972, I, 386; Cons. Stato, 21.2.1975, in *Cons. Stato*, 1975, I, 1309; in particolare, Cass. 12.10.1982, in *Giust.pen.*, 1983, II, 633, afferma che le partizioni sistematiche di una legge, pur non integrando il testo legislativo e dunque non essendo vincolanti per l’interprete, sono assimilabili ai lavori preparatori, nella parte in cui hanno “un mero valore interpretativo di per sé non limitativo del significato del testo”. Sul valore del titolo della legge quale canone ermeneutico v. in dottrina RINALDI – TURITTO, *L’abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di SPOSATO – COCCIA, Torino 1999, 125.

²⁹ Dai ripetuti interventi giurisprudenziali circa il valore ermeneutico dei lavori preparatori - v., fra le altre, Cass. 27.2.1995, n.2230, in *Giur.it.*, 1996, I, 1, 532; Cass. 21.5.1988, n.3550, in *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc.5; Cass. 8.6.1979, n.3276, in *Giust.civ. Mass.* 1979, fasc.6 - si evince la “sussidiarietà” da attribuire alla *voluntas legislatoris* da essi desumibile, che non è sovrapponibile a quella obiettivamente espressa dalla legge, intesa come la volontà “obiettiva” della norma (la *voluntas legis*) emergente dal suo dato letterale e logico. Ne consegue che, pur non essendo determinante il peso dei lavori preparatori, laddove il dettato normativo lasci adito a dubbi – come nel caso dell’art.9 della legge in esame – la *voluntas legislatoris* offre uno strumento di ricerca della ratio della norma; v. Cass. 7.4.19983, n.2454, in *Mass. Giur. it.*, 1983, 639; Cass. 7.1.1981, n.96, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 26; Cons. di Stato, Sez. IV, 11.12.1981, n.1062, in *Cons. Stato*, 1981, I, 1403.

subfornitura...”³⁰. Orbene, l’intervenuta approvazione del nuovo testo, nonostante la prospettata riduzione della portata del divieto, lascia emergere l’obiettivo primario del legislatore, il quale, messo di fronte all’impossibilità di modificare la legge antitrust, potrebbe aver deciso di tutelare “almeno” le piccole e medie imprese subfornitrici, “salvando” il divieto all’interno della “più sicura” disciplina della subfornitura. Una simile scelta sarebbe assolutamente coerente con l’originaria percezione dell’abuso di dipendenza economica, il quale era considerato un fenomeno connaturato ai rapporti di subfornitura ed in grado di determinare “*un evidente distorsione del mercato che incide sulla concorrenza e sulle potenzialità di sviluppo del settore [della subfornitura]*”³¹.

Non irrilevante, del resto, è la circostanza che la proposta di modifica della legge antitrust fosse stata originariamente ideata all’interno di una disciplina di settore: tale peculiare collocazione trovava, invero, una giustificazione nel fatto che il divieto, seppur di carattere generale, era stato fin dall’inizio percepito nel contesto del settore produttivo³², all’interno del quale, oltre a riequilibrare le posizioni contrattuali, avrebbe consentito una più efficiente allocazione delle risorse. La repressione dei fenomeni di abuso di dipendenza economica avrebbe dunque dovuto costituire un tassello del più ampio disegno di tutela delle piccole e medie imprese subfornitrici, con il quale presentava un collegamento funzionale. Ed è dall’esame di tale collegamento funzionale con la disciplina legislativa della subfornitura, che si può affermare l’assoluta coerenza dell’interpretazione restrittiva, non trattandosi di mera compatibilità ma addirittura di complementarità con il resto del sistema, così come ideato dal legislatore, di tutela delle piccole e medie imprese subfornitrici.

Tale collegamento è, invero, senz’altro testimoniato dalla discussione del progetto di legge alla Camera, nel corso della quale è stato affermato come il divieto di abuso di dipendenza economica sia “*la conseguenza spesso proprio del non rispetto dei termini di pagamento*”, pur avendo una portata più ampia ed estesa sia alla stesura dei contratti, sia all’esecuzione degli stessi”³³.

In tal senso depone, inoltre, quanto emerso dalla risoluzione del Senato del 7 giugno 2000, deliberata in sede di verifica dello stato di attuazione e dell’efficacia delle disposizioni della l. n. 192/98. Senz’altro rilevante è infatti la constatazione che, a due anni dall’approvazione della l. n.192/98, sia fallito l’obiettivo di un immediato rafforzamento della tutela delle piccole e medie

³⁰ Intervento del Senatore Micele, relatore, nel corso della seduta n.137 del 31.3.1998, sottolineato da anche da BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., 143.

³¹ Senatore Micele, seduta n.137 del 31.3.1998, cit..

³² Anche il relatore alla Camera, Edo Rossi, nell’introdurre alla X Commissione il testo approvato dal Senato ha avuto modo di specificare che “l’art.9 sancisce una norma di estrema importanza, a tutela della concorrenza e del mercato nelle attività produttive”, X Commissione Camera, seduta del 4 giugno 1997, intervento del relatore, On.le Rossi, in AC, 4 giugno 1997, 91.

imprese subfornitrici, ma ancor di più lo sono le ragioni di tale fallimento, almeno secondo le informazioni raccolte presso le associazioni di categoria. Questo, invero, sarebbe da attribuire alle persistenti difficoltà di far rispettare la nuova normativa nell'ambito di un contratto "tra soggetti di diverso peso economico", in cui la parte più debole del rapporto "non vuole correre il rischio di vedere interrotti i rapporti economici in essere"³⁴.

Ebbene, nell'opinione del legislatore, tale nodo avrebbe dovuto essere sciolto proprio mediante la previsione del divieto di abuso di dipendenza economica, la cui funzione, nell'economia dell'intera disciplina, era quella di riequilibrare i rapporti fra subfornitori e committenti e di "garantire" la costante applicazione della legge. In altri termini, nell'impedire la "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto", il divieto in parola avrebbe dovuto arginare l'inerzia dei subfornitori dall'agire a tutela delle proprie ragioni a causa del timore di ritorsioni da parte dei committenti, ed in particolare del rischio "di essere esclusi dal mercato".

Senonchè, l'effetto spiegato dall'art.9 non è stato quello auspicato dal legislatore, e la X Commissione del Senato, nel prenderne atto, ha sottolineato l'esigenza di incrementarne il grado di operatività della norma anche attraverso il coinvolgimento dell'Autorità Garante, coinvolgimento, a parere di chi scrive, del tutto strumentale al fondamentale obiettivo di tutela delle piccole e medie imprese subfornitrici. Una simile inversione di rotta si è dapprima materializzata in un articolo introdotto dal Senato nel progetto di legge recante "Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati", disciplinante le "rispettive competenze del Giudice Ordinario e dell'Autorità Antitrust in materia di abuso di dipendenza economica *nei rapporti di subfornitura*"³⁵, e di recente diventato l'art.11 della legge 5 marzo 2001 n.57³⁶. Con tale modifica è stato introdotto un comma aggiuntivo all'art.9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, il 3-bis, che riconosce all'Autorità Garante il potere - oltre all'ipotesi in cui l'abuso di dipendenza economica configuri altresì un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art.3 della l. n. 287/90 - di intervenire qualora ravvisi che l'abuso di dipendenza economica sia comunque rilevante ai fini della tutela della concorrenza.

³³ Camera dei Deputati, seduta del 12 giugno 1998, intervento dell'On.le Rasi, in *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari* del 25 febbraio 1998, 69.

³⁴ X Commissione del Senato, relazione del Senatore Micele nel corso della seduta del 7 giugno 2000, avente ad oggetto la "verifica dell'efficacia delle disposizioni della legge n.192 del 1998, recante disciplina della subfornitura", disponibile presso il sito www.senato.it.

³⁵ In questi termini il Dossier Provvedimento redatto dalla Camera dei Deputati per il progetto di legge n. A.C. 7115.

³⁶ Progetto di legge n. A.C. 7115, ora legge 5 marzo 2001, n.57, recante "*Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*", pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n.66 del 20 marzo 2001, il cui art.11, rubricato "*Abuso di dipendenza economica e concorrenza*", recita "*Dopo il comma 3 dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, è aggiunto il seguente:*"3-bis. *Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso*".

L'analisi completa dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge n.192/98, e delle sue successive evoluzioni, può fornire alcune chiarificazioni circa gli obiettivi del legislatore ed i conseguenti criteri di interpretazione del divieto, ma è ben lontana dal porre fine al dibattito circa la natura del nuovo divieto. L'unica via percorribile è dunque quella di tracciare lo scenario dei possibili effetti dell'applicazione generalizzata della norma, così come attualmente formulata, e valutare se i risultati ottenibili siano conferenti con l'obiettivo prefissato dal legislatore.

4. I RAPPORTI TRA ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

Occorre anzitutto analizzare i rapporti tra la disciplina della concorrenza ed il divieto di abuso di dipendenza economica. A deporre per l'applicazione generale dell'art.9, invero, non è stato il solo tenore letterale, ma ancor più il fatto che il divieto, nella sua attuale formulazione, dovesse originariamente completare – in un nuovo art.3-*bis* della l. n.287/90 - il divieto di abuso di posizione dominante. Tale originaria complementarità dei due istituti si è poi trasformata nel veicolo che traghettasse il divieto di abuso di dipendenza economica dalla specialità della subfornitura alla generalità dei rapporti tra imprenditori.

Valga al riguardo considerare che proprio alcune interpretazioni che propendono per l'applicazione generalizzata dell'art.9, hanno ritenuto di poter qualificare il divieto di abuso di dipendenza economica quale norma “tra contatto e mercato”³⁷. La nozione di dipendenza economica assumerebbe “*concretizzazione laddove implichi una valutazione del singolo scambio all'interno del contesto del mercato in cui si svolge, riflettendone eventuali incertezze nelle dinamiche di funzionamento*”. Più in particolare, una simile prospettiva darebbe rilievo al “*rapporto tra condizioni di mercato in cui la singola operazione economica si svolge ed equilibrio contrattuale realizzatosi nella stessa, nonché delle ripercussioni delle imperfezioni del primosu quest'ultimo*”: mentre un elevato grado di concorrenza sul mercato garantirebbe che il prezzo e le condizioni siano le migliori ottenibili al momento della stipulazione del contratto, un “eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi” sarebbe sintomo di una vera e propria “anomalia del meccanismo concorrenziale” che impedisce al singolo operatore economico di rivolgere la propria domanda a chi applichi il regolamento contrattuale più favorevole ed il prezzo più basso.

Proseguendo tale percorso interpretativo, si è così giunti ad affermare l'esistenza di un'analogia con il caso in cui un'impresa detenga una posizione di dominio sul mercato e dunque con il monopolio. Come il monopolista è in grado di imporre le proprie condizioni in ragione di un

“vizio strutturale del mercato”, nel caso della dipendenza economica, l’impresa in posizione di dominio relativo, al riparo da spinte concorrenziali, potrebbe imporre al proprio “partner obbligato” condizioni peggiorative rispetto a quelle di mercato in ragione di un “vizio congiunturale”. L’esigenza di evitare l’abuso di una posizione di monopolio sarebbe dunque “non solo alla base della legge antitrust, ma anche uno dei presupposti del divieto di abuso di dipendenza economica”³⁸.

Nelle interpretazioni richiamate, l’art.9 assurgerebbe a strumento – in qualche modo complementare alla l. n.287/90 – per la repressione di tutte le posizioni, inter-soggettive, di forza prive dei requisiti strutturali della posizione dominante³⁹. In altri termini, tutte le volte in cui un’impresa tragga beneficio dalla propria posizione di vantaggio relazionale – anche, e soprattutto attraverso una riduzione dell’autonomia imprenditoriale di un proprio partner – ma non possa essere tacciata di anticoncorrenzialità, poiché il suo vantaggio relazionale non riflette le condizioni del mercato rilevante, verrebbe in soccorso il divieto di abuso di dipendenza economica quale clausola in grado di fornire all’imprenditore “debole” una tutela a 360 gradi. Va da sé che, adottando un simile criterio interpretativo, gli effetti del divieto di abuso di dipendenza economica si riverserebbero su ogni ipotesi di “rapporto commerciale tra imprese di tipo verticale”⁴⁰, nel cui ambito, la disparità delle posizioni contrattuali è connaturale all’appartenenza delle parti a diversi stadi del ciclo di commercializzazione di un prodotto.

Ma una simile conclusione potrebbe avere effetti, a dir poco, inaspettati sulla disciplina dei rapporti di integrazione verticale, proprio a causa della collocazione sistematica del divieto. Ed infatti, l’aver espunto l’abuso di dipendenza economica dalla legge *antitrust* significa aver privato di rilevanza giuridica la valutazione dell’impatto anticoncorrenziale della condotta vietata: il divieto, che non può aver riguardo all’assetto concorrenziale del mercato, affonda così le proprie radici in assologie sconosciute alla legge antitrust - quali il valore dell’indipendenza imprenditoriale e della libertà di azione delle imprese verticalmente integrate – e, apparentemente, sembra in grado di rimettere in discussione la legittimità di numerose clausole dei contratti della distribuzione commerciale.

Ad oggi, infatti, almeno sotto il profilo della disciplina della concorrenza, si è generalmente riconosciuta la liceità delle intese fra soggetti operanti ad un diverso livello economico, le quali, in

³⁷ CERIDONO, *Commento all’art.9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Commento della “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”*, cit., 431.

³⁸ DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur.comm.*, 1999, I, 838.

³⁹ Cfr. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto Antitrust Italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi, Ubertazzi, Bologna, 1993, 244.

⁴⁰ CERIDONO, *Commento all’art.9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Commento della “Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”* a cura di LIPARI, cit., 430.

linea di massima, obbediscono ad apprezzabili ragioni di efficienza⁴¹. Secondo tale impostazione, le operazioni di integrazione verticale esaurirebbero i propri effetti “sulla competizione economica esistente fra i diversi distributori della medesima marca”⁴² (concorrenza *intra-brand*), senza alterare il livello della concorrenza, la quale si trasferisce al livello superiore dei diversi sistemi di distribuzione presenti sul mercato⁴³ (la c.d. concorrenza *inter-brand*). Ben note sono invero le conclusioni della Scuola di Chicago in proposito, la quale è giunta a sostenere che “*most vertical restraints are benign, if not beneficial, for consumers...vertical restraints of any sort give consumers more product-mixes from which to choose in the interbrand market*”⁴⁴: l’attenzione è concentrata sulla *economic efficiency* dei sistemi distributivi e sull’accantonamento di *non-economic concerns* quali “autonomia e lealtà”⁴⁵. Nell’opinione della dottrina statunitense, l’impostazione della Scuola di Chicago avrebbe contribuito a mutare l’atteggiamento della giurisprudenza, troppo legata a concetti come “*trader freedom*” (libertà del dettagliante) o “*fairness*” (lealtà), spingendola a bilanciare i reali interessi in gioco. Secondo tale interpretazione, ogni valutazione dei *vertical restraint* avrebbe dovuto fondarsi su una sola domanda: tale comportamento limita effettivamente la concorrenza? Qualora non abbia alcun effetto, non c’è ragione di vietarlo dal momento che sarà la stessa concorrenza ad agire come controllo sul produttore, il quale, perseguendo i propri interessi, allo stesso tempo proteggerà i consumatori⁴⁶.

In senso diametralmente opposto, con l’interpretazione estensiva del divieto di abuso di dipendenza economica, il nostro ordinamento registra un allontanamento dalla logica di “efficiente allocazione delle risorse” e di “utilità economica”, logica che - come vedremo - anche a livello comunitario ha tenuto al riparo le intese verticali dall’applicazione della disciplina antitrust. L’art.9, invero, nella sua attuale collocazione e formulazione potrebbe diventare lo strumento per disallineare gli equilibri ad oggi raggiunti tra *inter-brand* e *intra-brand competition*, reinserendo i suddetti *non-economic concerns*.

⁴¹ PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto Antitrust Italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi, Ubertazzi, cit., 244.

⁴² MANSANI, *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza tracciata dall’art.2 della l. 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 55.

⁴³ AA.VV., *Competition Policy and vertical restraints: franchising agreements*, a cura di Organisation for economic co-operation and development, New York, 1994, 5

⁴⁴ W.PAGE, *The Chicago School and the evolution of the antitrust*, in *Virginia Law Review*, 1989, 1221, in cui l’Autore affronta diffusamente la questione di come i *vertical restraint* possano avere un effetto positivo sul pubblico dei consumatori ed in particolare offrono più scelta sul mercato.

⁴⁵ Tale linea interpretativa è del resto condivisa dalla *Antitrust Division* statunitense, la quale già nel 1985 aveva elaborato delle *Vertical restraints guidelines* miranti a riproporre la valutazione secondo la *rule of reason* di ogni comportamento qualificabile come *vertical restraint*. Cfr. In proposito BROWN, *The “Vertical restraints Guidelines” of the Antitrust Division*, in *Franchise Law Journal*, volume 5, number 2, fall 1985, 17.

⁴⁶ Cfr. sul punto WEGMAN BURNS, *Vertical restraints, efficiency and the real world*, in *Fordham Law Review*, 1993, 599; WEGMAN BURNS, *Rethinking the “Agreement” element in vertical antitrust restraints*, in *51 Ohio St. Law Journal*, 1990, 27; v. anche PIRAINO, *A reformed antitrust approach to distributor terminations*, *68 Notre Dame Law Review*, 1992, 271.

Simili risultati, tuttavia, non erano stati previsti neppure nell'originaria proposta di modifica della legge n.287/90, essendo sconosciuti agli stessi ordinamenti cui il legislatore intendeva allinearsi. Ed infatti, il riferimento comparatistico più vicino all'abuso di dipendenza economica è senz'altro l'art. 8, secondo comma, dell'ordinanza francese del 1 dicembre 1986 n.1234, che recita “*est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises [...] de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente*”. Con ogni evidenza, il divieto nazionale di abuso di dipendenza economica è una traduzione pressoché letterale di tale previsione, evidentemente strumentale ad un allineamento della legislazione nazionale all'esperienza transalpina.

Tale auspicato allineamento, tuttavia, non è stato raggiunto. Nonostante la coincidenza terminologica delle due norme, il modello francese si differenzia dalla norma italiana per ragioni di collocazione sistematica: l'art. 8, secondo comma, dell'ordinanza francese è stato introdotto all'interno della legislazione vigente in materia di concorrenza, con la conseguenza che la repressione delle condotte vietate ha sempre avuto come presupposto l'esistenza di un impatto anticoncorrenziale sul mercato. In questi termini, l'abuso di “*vertical dominance*”⁴⁷ “alla francese” condivide la *ratio legis* del divieto di abuso di posizione dominante (di cui all'art.82 del Trattato istitutivo dell'UE ed all'omologo art.3 della 287/90): anzi, ne diviene un'estensione diretta a reprimere lo sfruttamento illecito del vantaggio relazionale.

Questo è quanto emerge dalla stessa esperienza comunitaria in punto di “posizione dominante relativa” – quale “legame di dipendenza esistente tra due parti di cui una si presenta come il partner obbligato dell'altra”⁴⁸ – figura complementare ed inizialmente utilizzata per ovviare alle difficoltà di applicazione del criterio strutturale dell'abuso di posizione dominante e di definizione del mercato rilevante. Esempio in tal senso è la decisione della Commissione nel caso *Magill TV Guide* del 21 dicembre 1988⁴⁹, una vera e propria *landmark decision* in materia. Il caso coinvolgeva la televisione pubblica irlandese, la RTE, e due televisioni britanniche, la ITP e la BBC, ed in particolare il diritto d'autore ad esse spettanti sulla pubblicazione della programmazione televisiva settimanale. Nessuna delle tre emittenti aveva infatti concesso in licenza a terzi il diritto di riprodurre l'elenco della programmazione televisiva settimanale (obbligando i consumatori ad acquistare le tre diverse pubblicazioni dei tre organismi televisivi) e quando la Magill intraprese la

⁴⁷ Per un'analisi delle diverse manifestazioni di *vertical dominance* cfr. l'intervento di NACKE, in *Symposium on Competition policy in a Global Economy*, Taipei, 19 aprile 1995, disponibile presso il sito della Comunità Europea, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1995_025_en.html.

⁴⁸ FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto Antitrust Italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi, Ubetazzi, Bologna, 1993, 346.

⁴⁹ Decisione della Commissione *Magill TV Guide/ITP-BBC-RTE*, in G.U.C.E., 1989, L 78/43.

pubblicazione di una guida televisiva completa, le tre emittenti ne ottennero l'inibizione, per violazione del diritto d'autore. La Magill denunciò quindi alla Commissione Europea l'abuso di posizione dominante da parte dell'emittenti, le quali ingiustificatamente rifiutavano di concedere in licenza i propri diritti di esclusiva; con la decisione del 21.12.1988, la Commissione riconobbe l'esistenza di una posizione dominante delle tre emittenti, sul mercato delle pubblicazioni recanti la programmazione televisiva settimanale, a causa della "dipendenza economica" in cui versavano le imprese desiderose di entrare nel mercato, ma alle quali tale ingresso era sistematicamente precluso.

La decisione è stata confermata sia dal Tribunale di Primo Grado nel 1991 che dalla Corte Europea di Giustizia nel 1995⁵⁰. Quest'ultima, peraltro, ha riconosciuto che il rifiuto ingiustificato delle tre emittenti televisive – concretantesi in un abuso dello stato di dipendenza economica in cui versava la Magill – aveva un effettivo impatto anticoncorrenziale, consistente nella preclusione dell'offerta di un nuovo prodotto sul mercato (una guida televisiva completa), per la quale era dimostrata l'esistenza di un'effettiva domanda dei consumatori. In tal modo, i tre organismi televisivi si erano riservati il mercato secondario delle guide televisive, precludendo qualsiasi forma di concorrenza al suo interno. Il concetto di dipendenza economica viene così utilizzato come correttivo dell'art.82 del Trattato: serve, invero, a reprimere un comportamento senz'altro monopolistico, ma tenuto da parte di una pluralità di soggetti economici (i tre organismi televisivi) che non si trova in una posizione *strictu sensu* dominante sul mercato rilevante (non avendo essi ancora offerto quale particolare prodotto sul mercato), ma pur sempre in grado di influenzare negativamente il libero gioco della concorrenza precludendo l'ingresso di nuovi operatori⁵¹.

Ma, nell'esperienza comunitaria, la condotta di chi si avvale abusivamente della propria posizione di vantaggio relazionale – quale "strumento di pressione negativo o positivo" (la c.d. *coercion*) per indurre i terzi ad attenersi a condotte anticoncorrenziali – ha avuto rilievo anche ai fini dell'applicazione dell'art.81 del Trattato. Particolarmente interessante è in proposito la recente decisione della Commissione relativa al caso WV-Audi⁵², in cui viene presa in considerazione l'esercizio di un determinato grado di *coercion*, per fini anticompetitivi, nei confronti di soggetti

⁵⁰ Sentenza 6.4.1995, procedimenti riuniti C-241/P e C-242/91 P, *RTE and IPC v. Commission*; per un'approfondita analisi della sentenza v. SUBIOTTO, *The right to deal with whom one pleases under EEC Competition law: a small contribution to a necessary debate*, *European Community Law Review*, 1992, 234.

⁵¹ La Commissione ha fatto ricorso, anche in altre occasioni, alla nozione di dipendenza. Nella decisione *General Motors*, del 19 dicembre 1974, in *G.U.C.E.*, n. L 29, 3.2.1975, la Commissione ha ritenuto che la General Motors detenesse, in Belgio, una posizione dominante, per essere l'unica impresa in grado di rilasciare il certificato di conformità - indispensabile per l'immatricolazione e la circolazione di tutte le vetture General Motors – di talché ogni importatore parallelo era da essa "dipendente". Analogamente, nella decisione *ABG/Imprese petrolifere olandesi*, del 19 aprile 1977, in *G.U.C.E.*, n. L 117, 9.5.1977, la Commissione ha rilevato che, a causa della penuria derivante dalla crisi petrolifera del 1973, i distributori indipendenti dei Paesi Bassi non erano più in grado di approvvigionarsi da società diverse dalle Imprese petrolifere olandesi, divenendo economicamente dipendenti da esse.

⁵² Decisione della Commissione del 28 gennaio 1998, *Case IV/35.733 VW/Audi*, in *G.U.C.E.*, L 124/60, 25.4.1998; la Commissione aveva adottato una motivazione analoga nella Decisione 82/367/EEC, *Hasselblad*, *G.U.C.E.*, L 161, 12.6.1982.

“economicamente dipendenti”. Il caso aveva ad oggetto un tentativo di ripartizione ed isolamento dei mercati nazionali all’interno dell’Unione Europea, e, più in particolare, l’esclusione di importazioni parallele di autovetture VW/Audi dal mercato italiano verso la Germania, al fine di mantenere, artificialmente, diversi livelli di prezzo. Osservava la Commissione che la Autogerma (importatrice esclusiva in Italia), sotto la direzione di Volkswagen e Audi, si era avvalsa del timore dei concessionari italiani che i contratti di concessione in essere potessero essere risolti (e dunque del loro stato di dipendenza economica), quale strumento di pressione per obbligarli a rispettare il divieto di esportazione sul mercato tedesco. Considerato infatti che i contratti di concessione potevano essere risolti senza dover fornire alcuna giustificazione, a condizione che fosse dato un preavviso di durata annuale, Auto-germa aveva *“in fact terminated the contracts of dealers who sold vehicles for export; internally it was emphasised that `to the outside world these terminations of course took place on other grounds”*. La Commissione ha quindi condannato, quale violazione dell’art.81 del Trattato istitutivo UE, *“the use by a manufacturer or importer of selective dealership contracts to reduce the contractual freedom and economic independence of dealers”*.

I rischi di una simile disparità contrattuale tra le parti di un contratto di concessione automobilistica, sono stati a lungo nel mirino della Commissione Europea, proprio per il fatto che *“the balance between the interests of the various parties concerned leaned clearly to the manufacturers’ side. Dealers suffered from an extreme economic dependence on the latter”* e che, per tale ragione, *“[...] the consumers’ rights to buy their vehicles and to have them maintained across the European Union where they could find the best offer as regards price and quality, have to a large extent remained a dead letter”*⁵³. Ne è conseguito che all’interno del Regolamento di esenzione n.1474/95, del 29 giugno 1995, relativo alla distribuzione di autoveicoli nell’ambito UE⁵⁴, fossero introdotte delle contromisure volte ad arginare le possibilità di abuso. In particolare, al considerando n.17 che recita: *“l’art.5, paragrafo 2, subordina l’esenzione ad altre condizioni minime intese ad impedire che il distributore venga a trovarsi in una situazione di eccessiva dipendenza economica nei riguardi del fornitore e rinunci a priori ad azioni concorrenziali, che di per sé potrebbe intraprendere, poiché sarebbero contrarie agli interessi del costruttore o di altre imprese della rete distributiva”*. Il focus del summenzionato art.5 è dunque sulla durata dell’accordo, stabilita in un minimo di cinque anni, e sulle modalità di risoluzione del contratto, la quale deve essere preceduta da un preavviso almeno biennale. Nel porre tali specifiche condizioni

⁵³ Nelle considerazioni di ERIC VAN GINDERACHTER, in *“How does european competition policy contributes to the creation of a single market for car distribution which will benefit consumers”*, intervento in occasione del dibattito avente ad oggetto “Car distribution”, Lisbona 9 giugno 2000, disponibile presso il sito dell’unione europea, www.europa.eu.int,

⁵⁴ Regolamento (CE) n.1475/95, in *GUCE* L 145 del 29 giugno 1995. Per un ampio commento sul Regolamento n.1475/95 v. VEZZOSO, *Il nuovo Regolamento comunitario di esenzione per categoria in materia di distribuzione di autoveicoli*, *Giur. Comm.*, 1996, I, 327.

per l'esenzione dall'applicazione dell'art.81, il legislatore comunitario ha posto l'accento sui rischi dell'effettuazione di investimenti idiosincratici da parte del distributore – causa principale dello stato di dipendenza economica ed esemplificati all'art.4 paragrafo 1 (attrezzature ed impianti tecnici, per il servizio di assistenza, formazione specializzata e tecnica del personale, scorta di prodotti contrattuali, veicoli di dimostrazione della gamma contrattuale) – prevedendo un ragionevole periodo di tempo per consentirne l'ammortamento. Una simile previsione mira dunque ad arginare la minaccia di risoluzioni contrattuali anticipate, come avvenuto nel caso WV/Audi, strumentali al raggiungimento di finalità anticompetitive.

È dunque sempre la presenza di effetti anticompetitivi il fondamentale presupposto delle decisioni in cui gli Organi comunitari hanno affrontato la questione della “vertical dominance” - sia in riferimento ad ipotesi di abuso di posizione dominante, che di intese restrittive della concorrenza - dando cittadinanza, pur con grande prudenza, al concetto di abuso dello stato di dipendenza economica. In nessun caso, tuttavia, le finalità di salvaguardia dell'indipendenza delle imprese e della permanenza sul mercato hanno guidato tali decisioni.

Analoga è la situazione dell'ordinamento francese. Avendo previsto che l'abuso di dipendenza economica dovesse essere uno strumento di regolazione del mercato, la sola giustificazione dell'irrogazione di una sanzione poteva essere l'esistenza di un effetto anticoncorrenziale. Peraltro, già lo stesso art 8 dell'ordinanza, rinviando al precedente art.7, non lascia sorgere dubbi sulla circostanza che gli abusi di dipendenza economica non cadano nell'ambito del divieto, se non nel caso in cui abbiano per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il libero gioco della concorrenza nel mercato⁵⁵.

Come per tutte le pratiche anticoncorrenziali, e in particolare per l'abuso di posizione dominante, deve pertanto essere preliminarmente individuato il mercato rilevante. Sia il Conseil de la Concurrence che l'Autorità Giudiziaria sono quindi tenute a delineare il mercato del o dei prodotti interessati dall'abuso ed a delimitarlo geograficamente. Tale indagine, oltre ad essere strumentale all'accertamento degli effetti anticoncorrenziali dell'abuso, deve avere ad oggetto la quota di mercato del fornitore che si assume abbia abusato dello stato di dipendenza economica e le

⁵⁵ Pertanto, fin dalle prime decisioni rese in materia di dipendenza economica, sia dal Conseil de la Concurrence che dalla Corte d'Appello di Parigi, è stato affermato con chiarezza che, come per l'abuso di posizione dominante, le condotte di un'impresa “*tenant une autre sous sa domination*” non possono essere vietate se non restringono il gioco della concorrenza. Così nella causa “*Nice matin*”, Cons. Conc. Décis. n.89-D-05, *Pratiques mises en oeuvre par le journal Nice-Matin, Rapport* 1989, pag.25; CA. Paris, Sect. Conc., 28.9.1989, BOCCRF, n.20/89; Cass. Com., 15.7.1992, BOCCRF, n.15/92. Analogamente, nel caso *Trivial Pursuit*, Cons. Conc. Décis. n.89-D-39, *Pratiques de la société Kenner Parker Tonka France, Rapport* 1989, pag.136; nel caso *Cora*, Cons. Conc. Décis. n.93-D-21, *Pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la société Européenne des supermarchés par la société de Grands Magasins B du Groupe Cora*.

eventuali possibilità di accesso, da parte del suo distributore, a prodotti o servizi analoghi⁵⁶. Nell'opinione di parte della dottrina francese, tuttavia, tale rigido parametro di valutazione avrebbe potuto costituire “*un obstacle important sinon déterminant à la prohibition des discriminations que l'on souhaite faire cesser*”⁵⁷ e tale da far suggerire, da parte di alcuni commentatori⁵⁸, che la valutazione dell'abuso di dipendenza economica avvenisse sulla sola base delle relazioni bilaterali di due partner commerciali. Non si sarebbe dovuto tenere in alcuna considerazione - come poi avverrebbe nel nostro ordinamento a voler accettare la tesi di applicazione generale dell'art.9 - nè il mercato rilevante nè l'esistenza di effetti anticoncorrenziali⁵⁹. Ma tali teorie, che tendevano a fare della dipendenza una nozione giuridica e non economica, e dunque quasi un principio generale del diritto, non hanno avuto alcuna eco nella giurisprudenza della Corte di Cassazione francese⁶⁰: in assenza di una restrizione della libera concorrenza sul mercato, il concetto di dipendenza economica non è operante, poiché “*juger différemment serait mettre en péril la sécurité juridique en tirant des conséquences de droit inconsidérées de l'élément constitutif d'une infraction économique, hors ses conditions et son champ d'application*”⁶¹.

5. PECULIARITÀ DEL MODELLO ITALIANO DI ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA.

Torniamo al modello italiano di abuso di dipendenza economica, il quale, come detto, non presenta alcuna affinità con il divieto di abuso di posizione dominante, né può essergli riconosciuta una “collocazione ibrida tra il diritto della concorrenza ed il diritto delle obbligazioni”⁶².

Valga in proposito ribadire che il legislatore italiano ha adottato “una clausola generale di abuso del potere contrattuale” che non ha riguardo al mercato e non presuppone un'alterazione del meccanismo concorrenziale. Può avere come unico fondamento i principi di lealtà nei rapporti tra imprenditori (la c.d. *business ethics*) ed in particolare la salvaguardia dell'indipendenza delle imprese e della permanenza sul mercato: ipotesi da tenere ben distinte dalla disciplina antimonopolistica, onde evitare la creazione di una forma di “tutela ibrida”, che sintetizzi assiologie incompatibili fra loro⁶³. Come correttamente affermato “la *workable competition* ... accetta l'empirica inesistenza del potere polipolistico, muove dal dato economico rappresentato dalla

⁵⁶ Così nel caso *Trivial Pursuit*, Cons. Conc. Décis. n.89-D-39, *Pratiques de la société Kenner Parker Tonka France*, cit., 136.

⁵⁷ BOUTARD LABARD – CAVINET, *Droit Français de la Concurrence*, Paris, 1994, 100.

⁵⁸ GAVALDA ET LUCAS DELEYSSAC, *Commentaires de l'Ordonnance du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence*, ALD, p.47, n.38.

⁵⁹ THRE'ARD – BOURGEON, *Dependance économique et droit de la concurrence*, Cah. Dr. Entr., 1987, 2, 20.

⁶⁰ BOUTARD LABARD – CAVINET, *Droit Français de la Concurrence*, cit., 100.

⁶¹ BOUTARD LABARD – CAVINET, *Droit Français de la Concurrence*, cit., 102.

⁶² OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, I, aprile 1999, 1.

tendenza all'oligopolio e cerca, nel giuridico, di correggere l'andamento di tale tendenza nel senso dell'allargamento. Tuttavia, all'*Ausfsaugen* corrisponde lo *Ausscheidenmussen*, corrisponde cioè la tendenza, del tutto immanente al sistema della concorrenza, ad eliminare dal mercato le imprese meno efficienti... il principio di selezione è funzionale all'intensificazione dell'efficienza economica”⁶⁴.

Non vi può essere dunque spazio per i valori di giustizia distributiva - quali il salvataggio della permanenza dell'impresa sul mercato - all'interno della disciplina antitrust e non può essere condivisa l'affermazione secondo cui, con l'introduzione dell'art.9, “riconoscendo l'esistenza di una posizione dominante relativa (appunto la posizione di dominio economico) non si fa altro che ampliare il numero dei casi nei quali un simile intervento è possibile”, intendendo tale intervento quale “puntuale regolazione dei rapporti negoziali tra le parti, imponendo anche modifiche all'assetto contrattuale per tutelare la libertà di concorrenza”⁶⁵. Non si pone neppure un problema di “principi ai quali l'interprete deve attenersi nell'applicazione dell'art.9”, vale a dire quale specificazione dell'abuso di posizione dominante o quale regola autonoma di diritto civile.

Il modello italiano di abuso di dipendenza economica non presenta, pertanto, alcun punto di contatto con la disciplina antitrust.

Sia la prospettata coincidenza di condotta tra l'art.3 della 287/90 e l'art.9 della 192/98, sia la prospettata coincidenza del presupposto (il monopolio) sono solo apparenti. Seppur corretta l'osservazione⁶⁶ secondo cui i comportamenti in cui si concretano gli abusi di posizione dominante e di dipendenza economica possono coincidere, ciò non implica che il fenomeno oggetto di repressione sia il medesimo. In un caso, infatti, si tenta di impedire che un operatore economico agisca per ridurre - o prevenire - la concorrenza esistente sul mercato, determinando un danno alla pluralità di consumatori; nell'altro caso si vuole impedire che un soggetto economico agisca in danno di un altro, avvalendosi della propria posizione di vantaggio relazionale, al fine di imporre unilateralmente condizioni contrattuali particolarmente gravose.

Anche il presupposto del monopolio, pur nella suggestiva analogia tra monopolio relativo e monopolio assoluto, non è un elemento comune: il divieto di abuso di posizione dominante è una forma di tutela del mercato (dall'abuso di posizioni monopolistiche), tanto è vero che “non si può parlare di posizione dominante, se non si è prima definito il mercato sul quale accertarla”⁶⁷. Il

⁶³ In questi termini BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., 308

⁶⁴ BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., 312

⁶⁵ MAZZIOTTI DI CELSO, *Art.9 – Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1999, 240.

⁶⁶ SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. Ind.*, 1999, 203.

⁶⁷ FRIGNANI, *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto Antitrust Italiano*, a cura di Frignani, Pardolesi, Patroni Griffi, Ubertazzi, Bologna, 1993, 318.

divieto di abuso di dipendenza economica “alla francese” è anch’essa una forma di tutela del mercato, quando adempie alla funzione di completamento della fattispecie di abuso di posizione dominante, per i casi in cui sia individuabile una forma di monopolio, ma non sia agevole applicare il criterio strutturale, né individuare il mercato di riferimento.

Diversamente, quello che è stato definito “*monopolio relazionale*” e considerato quale *presupposto* del divieto dell’abuso di dipendenza economica “all’italiana”, non coincide con il concetto economico di monopolio, tant’è che nel modello italiano non è necessaria la preliminare individuazione di un mercato rilevante sul quale sarebbero spiegati gli effetti anticoncorenziali.

Ed infatti, il monopolio - nella sua accezione economica, e dunque nell’accezione alla base della l. n. 287/90 - è una forma di mercato; più precisamente, presuppone un mercato entro il quale “il monopolista è l’unico produttore di un bene o servizio per cui non esistono stretti sostituti”⁶⁸ e per cui ogni operatore economico che domandi quel determinato bene dovrà necessariamente contrarre con il monopolista. Il monopolio relazionale, invece, non è una forma di mercato, ma una semplice definizione di una relazione intersoggettiva tra imprenditori, nell’ambito della quale, l’uno deve - per la propria posizione soggettiva e non perché l’altro sia l’unico produttore di un determinato bene - contrarre con il proprio partner obbligato.

Ove si accettasse la coincidenza del monopolio relazionale con il monopolio, si dovrebbe quindi ammettere che il semplice incontro fra due operatori economici rappresenti un *micro-mercato* e più precisamente il micro-mercato rilevante sul quale è perpetrato l’abuso di dipendenza economica da parte di un *micro-monopolista*.

Non vi è tuttavia ragione per ipotizzare una simile atomizzazione in *n* *micro-mercati*. Ed infatti, ferma la nozione di mercato quale luogo in cui “*many differentiated, uncoordinated agents engage in voluntary exchange of reproducible products or productive services at openly advertised prices*”⁶⁹ il predetto micro-mercato difetterebbe, anzitutto, della pluralità di operatori economici e, peraltro, rappresenterebbe una costruzione del tutto artificiale, perché priva di alcuna giustificazione economica, di carattere tecnologico o geografico. L’unico fondamento di tale segregazione del micro-mercato dal mercato principale sarebbe paradossalmente la sola esistenza dello stato di dipendenza economica previsto dall’art.9 in cui versi uno dei due imprenditori.

Un simile tentativo di creare artificialmente un mercato, fondato su una nozione giuridica piuttosto che economica, non sembra condivisibile e non trova precedenti neppure nell’esperienza di altri ordinamenti. Valga l’esempio della sentenza *Eastman Kodak Co. v. Image Technical*

⁶⁸ GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, 27.

⁶⁹ Così definisce il mercato SHIPMAN, *The market revolution and its limits*, London – New York, 1994, 13.

*Services Inc.*⁷⁰ (I.S.O.) – una delle prime decisioni ad aver portato sotto la luce dei riflettori il concetto di “dipendenza” – in cui la valutazione della condotta della Kodak (resa possibile proprio dallo stato di “dipendenza” dei consumatori, il c.d. *lock-in effect*) è avvenuta previa individuazione di un mercato economicamente esistente, quale l’*aftermarket* dei ricambi e dell’assistenza, destinatario degli effetti anticompetitivi.

La Kodak - originariamente impegnata esclusivamente nella produzione di macchine fotocopiatrici e di apparecchiature micrografiche – aveva tentato, in un secondo momento, di estendere la propria attività alla prestazione del servizio di assistenza per i propri prodotti: attraverso l’adozione di nuove politiche commerciali. Specificamente, essa mirava a rendere più onerosa la concorrenza delle imprese che operavano autonomamente sul mercato (le I.S.O.), mettendo a disposizione i necessari pezzi di ricambio solo a clienti che utilizzavano il proprio servizio di assistenza.

La valutazione dell’*economic power*⁷¹ esercitabile dalla *Kodak* sul mercato secondario dei ricambi e dell’assistenza ha dato adito a numerosi dubbi. Da un lato vi era l’eccezione sollevata dalla *Kodak*, riguardante l’impossibilità di configurare una forma di *economic power* in un sotto-mercato (potere *intra-brand*) in assenza di *economic power* sul mercato principale (poter *inter-brand*): la presenza di numerosi concorrenti e la percezione unitaria di apparecchiature e ricambi da parte dei consumatori, avrebbe fatto sì che un aumento dei prezzi dei ricambi, determinasse una contestuale riduzione della domanda sul mercato delle apparecchiature.

Dall’altro, le I.S.O. tentavano di dimostrare come la *Kodak* godesse di una posizione, sul mercato dei prodotti di ricambio, tale da imporre ai consumatori l’accettazione del non desiderato servizio di assistenza, a prezzi più elevati, e da escludere la concorrenza. La presunta connessione fra i prezzi dei servizi di assistenza e ricambi e le vendite delle apparecchiature appariva in concreto meno reattiva di quanto prospettato. In particolare, appariva insostenibile una simile presunzione di completezza informativa dei consumatori, i quali, in realtà, sono gravati da elevati costi di informazione e di cambiamento⁷². Ma oltre a tale asimmetria informativa, le I.S.O. sollevarono la questione, decisiva, dello “stato di dipendenza” dei consumatori: gli elevati costi cui sarebbero stati esposti i consumatori che avessero deciso di sostituire le apparecchiature acquistate

⁷⁰ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Anche in *Foro it.*, 1992, parte quarta, col. 83ss, con nota di A.CUCINOTTA, *Il caso “Kodak”: l’antitrust del dopo-Chicago?*, e nota di R.PARDOLERSI, *Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega*. Cfr. inoltre J.McDAVID, *Kodak decision revitalizes tying claims*, in *Franchise Law Journal*, Summer 1992, pag. 3 ss; M.LOCKERBY, *Kodak hits the franchise*, in *National Law Journal*, March 1997, pag. C01.

⁷¹ Premettendo che per *economic power* dovesse intendersi “*power to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market*”, così *Jefferson Parish Hospital Dist. No.2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 14 (1984).

⁷² I potenziali acquirenti, infatti, incontrano notevoli difficoltà nel formulare una accurata previsione del costo complessivo del prodotto - intendendosi con tale termine il costo dell’intero ciclo di utilizzazione di una apparecchiatura

(il c.d. effetto di *lock-in*), avrebbe fatto tollerare un eventuale incremento dei prezzi. Del resto, lo stesso venditore, conscio della propria posizione di forza, avrebbe avuto la di discriminare i prezzi tra consumatori "bloccati" e nuovi acquirenti. Ebbene, se nella decisione della Corte Suprema è stata accolta la prospettazione di tale *lock-in effect* in danno ai consumatori⁷³, è stato necessario prima configurare un mercato di riferimento economicamente esistente, è cioè l'*aftermarket* dei ricambi e servizi di assistenza: "[b]ecause service and parts for kodak equipment are not interchangeable with other manufacturers' services and parts, the relevant market from the Kodak-equipment owners' perspective is composed of only those companies that service Kodak machines [...] Kodak contends that, as a matter of law, a single brand of a product or service can never be a relevant market under the Sherman Act. We disagree"⁷⁴.

Nell'esperienza statunitense, dunque, l'introduzione della variabile di dominio relazionale - che ha consentito alla Kodak di comportarsi in modo indipendente dai propri concorrenti, anche in assenza di una posizione di dominio sul mercato primario⁷⁵ - non è passata attraverso la creazione *in vitro* di un mercato di riferimento, come invece dovrebbe avvenire accettando l'esistenza di un micro-mercato sul quale è esercitabile il monopolio relazionale.

Caduto così il presupposto dell'analogia tra monopolio e monopolio relazionale, occorre tornare sul rapporto esistente tra l'assetto del mercato principale/rilevante - nel cui ambito si deve valutare la "possibilità di reperire alternative soddisfacenti" - e l'equilibrio contrattuale (ossia

- considerato come una simile operazione richieda informazioni difficilmente reperibili sul mercato e soprattutto suscettibili di variazione da consumatore a consumatore.

⁷³ Una corrente all'interno della Corte riteneva comunque l'assenza di *market dominance* nel mercato delle apparecchiature preclusiva di qualsiasi azione antitrust, "*because the sort of [market power] condemned by the Court today is possessed by every manufacturer of durable goods with distinctive parts; the Court's opinion threatens to release a torrent of litigation and a flood of commercial intimidation*". Opinione espressa dal Giudice Scalia, in 60 U.S.L.W. at 4477, il quale osservava inoltre "*the per se rule may now be applied to single brand ties effected by most insignificant players in fully competitive interbrand markets*".

⁷⁴ La sentenza emessa dalla Corte Suprema affermava quindi : (a) *Respondents' evidence that Kodak controls nearly 100% of the parts market and 80% to 95% of the service market, with no readily available substitutes, is sufficient to survive summary judgment on the first element of the monopoly offense, the possession of monopoly power. Kodak's contention that, as a matter of law, a single brand of a product or service can never be a relevant market contravenes cases of this Court indicating that one brand of a product can constitute a separate market in some instances. The proper market definition in this case can be determined only after a factual inquiry into the commercial realities faced by Kodak equipment owners[...]* (b) *As to the second element of a § 2 claim, the willful use of monopoly power, respondents have presented evidence that Kodak took exclusionary action to maintain its parts monopoly and used its control over parts to strengthen its monopoly share of the service market. Thus, liability turns on whether valid business reasons can explain Kodak's actions. However, none of its asserted business justifications--a commitment to quality service, a need to control inventory costs, and a desire to prevent ISOs from free riding on its capital investment--are sufficient to prove that it is entitled to a judgment as a matter of law", Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc., cit., 468.*

⁷⁵ Anche in ambito comunitario il medesimo principio è stato affermato dalla Commissione, Hugin-Lipton, Commissione CEE, 8 dicembre 1977, in G.A.D.A., 1978, 1177, nell'affrontare la questione del "mercato secondario" o "aftermarket". In particolare, la Commissione, pur rilevata l'esistenza di un mercato "primario" del prodotto principale - nell'ambito del quale sussisteva un'elevata concorrenza tra le diverse imprese produttrici - ha riconosciuto, a valle di tale mercato, la sussistenza di un mercato "secondario" relativo agli accessori ed ai ricambi originali, unici componenti compatibili con il prodotto principale. In base a tale circostanza, l'impresa produttrice degli accessori e dei ricambi originali aveva assunto una posizione dominante sul mercato secondario, che le consentiva di influenzarlo negativamente.

l'equilibrio raggiunto sul micro-mercato). In altri termini, è necessario interrogarsi sull'esistenza di una correlazione tra le imperfezioni del primo (in termini di un'alterazione del meccanismo concorrenziale e dunque di "assenza di alternative soddisfacenti") ed i "significativi squilibri di diritti ed obblighi" che danno vita allo stato di dipendenza economica.

L'esistenza di una simile correlazione, infatti, potrebbe lasciar pensare che il divieto di abuso di dipendenza economica, nonostante la sua attuale collocazione al di fuori della disciplina antitrust ed il riferimento ad assologie ad essa estranee, possa agire non solo quale clausola comportamentale dei rapporti fra imprenditori - volta all'eliminazione dei vantaggi che l'imprenditore relativamente dominante può trarre dalla sua posizione di supremazia - ma comunque quale strumento esterno di riduzione delle inefficienze del mercato principale.

Presupposto di tale correlazione, tuttavia, è che ad ogni stato di dipendenza economica corrisponda un'alterazione della concorrenza e dunque un'inefficienza del mercato principale. Ma, se in teoria è evidente che un elevato livello concorrenza, e dunque di "alternative soddisfacenti" sul mercato principale consente di creare un micro-mercato efficiente (in cui la domanda viene rivolta al regolamento contrattuale più vantaggioso, anche attraverso la negoziazione), in pratica è possibile che l'elevato grado di concorrenza sul mercato principale non garantisca l'efficienza del micro-mercato.

In breve, nonostante esistano "alternative soddisfacenti" sul mercato principale, cui l'imprenditore potrebbe astrattamente rivolgersi, uno stato di dipendenza economica può determinarsi indipendentemente da un'alterazione del meccanismo concorrenziale. E ciò è possibile quando lo stato di dipendenza economica derivi da inefficienze proprie dell'impresa che si assume "debole", ovvero sia un effetto naturale di alcuni contratti caratterizzati dalla sproporzione del potere contrattuale delle parti.

La prima ipotesi può essere il caso dell'impresa sub-fornitrice che ha stipulato un contratto con un determinato committente e che, per la durata del contratto, non ha ritenuto di dover investire in tecnologia o nella differenziazione dei propri prodotti, diversamente da quanto hanno fatto i propri concorrenti. Pertanto, qualora venga prospettata l'interruzione delle "relazioni commerciali" con il committente, l'impresa sub-fornitrice non è in grado di reperire alternative sul mercato a causa delle proprie inefficienze e sarà dunque costretta ad accettare le condizioni unilateralmente imposte dall'imprenditore a quel punto divenuto "partner obbligato".

La seconda ipotesi - anch'essa non ancorata al livello di concorrenza che caratterizza il mercato principale - può essere rappresentata proprio dall'instaurazione di rapporti contrattuali di integrazione verticale.

Ora, la possibilità di esercitare un “controllo contrattuale” è riconosciuta come legittima nel nostro ordinamento dall’art.2359 n.3 c.c., il quale, in ambito societario, considera soggette a controllo “*le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa*”. Come autorevolmente affermato⁷⁶, i vincoli che assicurano tale “controllo esterno” sono proprio i contratti “che comportano una posizione di dipendenza economica” di una società nei confronti di un’altra e “tali sono normalmente i vincoli conseguenti a contratti di agenzia o di fornitura di merci in esclusiva, a contratti di franchising, di licenza di brevetto e di know-how ed in genere a rapporti contrattuali le cui prestazioni siano essenziali per l’attività di una delle due società”. Caratteristica fondamentale delle suddette ipotesi è lo stato di “soggezione economica” in cui versa la società controllata (agente, franchisee o licenziataria) la cui “stessa esistenza e la vita [...] dipendono dalla società controllante”⁷⁷.

Valga a scopo esemplificativo l’esperienza del *franchising*⁷⁸. Con la stipulazione del contratto, il *franchisee* acquista il diritto di intraprendere un’attività imprenditoriale di vendita di beni o di prestazione di servizi, avvalendosi di un sistema interamente definito dal *franchisor*. L’impresa affiliata è sostanzialmente associata al marchio e, più in generale, all’immagine commerciale del *franchisor*, attraverso la quale si presenta ai consumatori come mero “satellite di rete di distribuzione”. L’elemento essenziale del contratto è dunque la trasmissione delle facoltà giuridiche di usare determinati beni immateriali e di tenere determinati comportamenti, facoltà da cui dipende l’operatività e la sopravvivenza dell’impresa affiliata sul mercato. Come è stato precisamente delineato, gli sforzi del franchisee “si concentrano su un prodotto o una linea di prodotti di marca; la sua politica commerciale è eterodiretta; la sua identità è spesso spuntata e confusa nell’uniformità di un’immagine collettiva ... è chiaro che la prospettiva di vedere espropriati, d’un tratto, i frutti della propria applicazione svuota il simulacro dell’indipendenza economico finanziaria del distributore e ne sanziona il definitivo asservimento”⁷⁹ Considerazioni analoghe valgono, come abbiamo visto, per il distributore di autoveicoli, ma anche per il concessionario di vendita o il licenziatario di beni immateriali, imprenditori tutti la cui sopravvivenza sul mercato è legata alla permanenza del vincolo contrattuale.

⁷⁶ COLOMBO - PORTALE, *Trattato delle Società per azioni*, Torino 1994, vol.II, pt.2, pag..

⁷⁷ GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 183

⁷⁸ Per un’analisi del contratto di *franchising* v. AMOROSO, BONANI, COLOMBO, FRIGNANI, *Il franchising*, Roma, 1989; BUSSANI - CENDON, *I Contratti Nuovi: Leasing, factoring, franchising*, Milano, 1990; BARBUTO, *Il punto sul franchising*, in *Impresa c.i.*, 1990, 924; COSHNEAR, *Il contratto di franchising*, Milano, 1988; G.FAUCEGLIA, *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988; A.FRIGNANI, *Il franchising*, Torino, 1990; A.FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capitale, leveraged buy-out, hardship clause, counter trade, cash and carry, merchandising*, Torino, 1991; GALIMBERTI G., *Il franchising*, Milano, 1991; R. POZZANA L.PILOTTI, *I contratti di franchising - organizzazione e controllo di rete*, Milano, 1990; E.ZANELLI, *Il franchising*, in Trattato di diritto privato diretto da P.Rescigno, volume 11, Torino, 1991; E.ZANELLI, voce “*Franchising*”, *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1982; CAGNASSO, in *Il contratto di franchising*, in *Trattato*, diretto da F.GALGANO, Padova, 1992.

⁷⁹ PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 305.

Ebbene, a tale comune stato di dipendenza economica non corrisponde un'ingiustificata alterazione del meccanismo concorrenziale sul mercato principale o comunque un'inefficienza cui potrebbe e dovrebbe porre rimedio l'art.9 della l. n.192/98.

Valgano a scopo esemplificativo le esenzioni concesse a livello comunitario. Il caso del *franchising*, il cui Regolamento comunitario di esenzione n. 4087/88, prende le mosse da una valutazione fondamentale positiva di tali contratti, che, nell'opinione della Commissione "migliorano la distribuzione di merci e/o la prestazione di servizi, in quanto danno ai concedenti la possibilità di porre in essere una rete uniforme avente investimenti modesti [...]" ed al contempo "garantiscono la costante qualità di prodotti e servizi"⁸⁰. In modo analogo, il Regolamento di esenzione n.1475/95 in materia di distribuzione di autoveicoli, seppur, come già ricordato, ha preso in considerazione il rischio dell'abuso di dipendenza economica, ha ribadito "la valutazione giuridica positiva a favore degli accordi di distribuzione selettiva quantitativa di automobili espressa nella precedente regolamentazione"⁸¹.

In via più generale, la Commissione Europea, nell'introdurre il Regolamento n.2790/99 riguardante "l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate"⁸², ha addirittura affermato che gli accordi verticali "possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti"⁸³ e che possono contribuire "a ridurre i costi delle transazioni commerciali ed i costi di distribuzione delle parti" e consentire "un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite". Più precisamente, i suddetti "incrementi di efficienza" controbilanciano i possibili effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali, qualora il potere di mercato delle imprese interessate non superi il 30%: in tal caso gli accordi verticali sono in genere "atti a determinare un miglioramento nella produzione e nella distribuzione e a riservare agli utenti una congrua parte dell'utile che ne deriva".

6. CONCLUSIONI.

Alla luce delle suesposte considerazioni, sembra ragionevole affermare che l'esistenza di uno stato di dipendenza economica non presupponga sempre un'inefficienza o un'alterazione del

⁸⁰ Regolamento (CEE) n. 4087/88 della Commissione del 30 novembre 1988, Applicazione dell'art.85, par.3 del Trattato CEE a categorie di accordi di franchising, in G.U.C.E. n. L 359 del 28.12.1988, 46.

⁸¹ Così VEZZOSO, *Il nuovo Regolamento comunitario di esenzione per categoria in materia di distribuzione di autoveicoli*, *Giur. Comm.*, 1996, I, 327.

⁸² Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, *G.U.C.E.*, L 336 del 29/12/1999, 21.

⁸³ Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, *cit.*

meccanismo concorrenziale, il cui assetto competitivo (e dunque l'eventuale presenza di alternative anche astrattamente soddisfacenti) può comunque non essere in grado di riequilibrare la disparità del potere contrattuale delle parti, spesso connaturale al tipo contrattuale.

In tal caso, un intervento sulla singola relazione imprenditoriale non spiega alcun effetto positivo o procompetitivo sull'assetto del mercato principale. Diviene quindi comprensibile l'affermazione dell'Autorità Garante, secondo cui l'attuale art.9 della l. n.192/98 costituisce una regola inerente alla sola disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti⁸⁴ - le cui finalità ben possono prescindere da un'alterazione dei meccanismi concorrenziali – e più semplicemente una da norma da relegare nell'ambito del diritto civile.

Tale conclusione, peraltro, non sembra estranea all'esperienza del nostro ordinamento, il quale già contiene una norma che, analogamente all'art.9 della L. 192/98, è diretta a sanzionare, sotto il profilo civilistico, condotte che, in talune occasioni, possono anche avere risvolti di carattere anticoncorrenziale. Ci si riferisce, invero, al divieto di porre in essere atti di concorrenza sleale di cui all'art.2598, n.3, c.c., il quale, rappresentando “un'applicazione specifica del dovere generico di non cagionare ad altri un danno ingiusto, riferito al campo della tutela dei prodotti”⁸⁵, è applicabile a tutte le condotte idonee a danneggiare l'altrui azienda con ogni mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale. In tale ambito ricadono alcune condotte – da tempo tipizzate dalla giurisprudenza, quale ad esempio il boicottaggio - che possono contestualmente assurgere ad illecito anticoncorrenziale e ricadere nel campo di applicazione della normativa antitrust: perché tale eventualità ricorra è tuttavia sempre necessario che la condotta sanzionata sia in grado di impedire, restringere o falsare, in maniera consistente, il libero gioco della concorrenza all'interno del mercato rilevante.

Orbene, se tale eventuale ambivalenza è stata accettata senza indurre a ritenere che l'art.2598 c.c. sia una norma posta a tutela del mercato o, meglio, che essa debba in ogni caso riflettere un'inefficienza o un'alterazione del meccanismo concorrenziale, lo stesso iter logico dovrebbe far concludere che la *ratio* del divieto di abuso di dipendenza economica non deve necessariamente risiedere nella riduzione delle inefficienze del mercato principale e, tantomeno, che il divieto debba porsi in rapporto di complementarità con la legge antitrust.

⁸⁴ AGCM, Parere sulla proposta di legge AC 3509 recante disciplina della subfornitura industriale (art.9), 10 febbraio 1998, in *Bollettino* 5/98, 15.

⁸⁵ In questi termini Cass. n.4225/80, in *Giur. dir. ind.*, 1980, 81.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1999; AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di CUFFARO, Napoli, 1998; AA.VV., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n.192 del 1998*, a cura di SPOSATO e COCCIA, Torino, 1999; BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999; AA.VV., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di LIPARI, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.1-II, 2000; CASO e PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv.dir.priv.*, 712; FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n.192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 188; DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv.dir.priv.*, 451; NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999; LECCESE, voce *Subfornitura*, in *Dig. it.*, XV, Torino, 1998, 241; PRATI - CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999; MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 115; CERIDONO, *Commento all'art.9 (Abuso di dipendenza economica)*, in *Commento della "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"* a cura di LIPARI, in *Le nuove leggi civili commentate*, I-II, 2000, 429; SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. Ind.*, 1999, 195; OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato concorrenza regole*, I, aprile 1999, 1; DELLI PRISCOLI, *Abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur.comm.*, 1999, I, 838.