

STORIA DI UNA DIPENDENZA ABUSATA.**Il lungo cammino della dipendenza economica.**

A più di cinque anni dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, l'abuso di dipendenza economica continua ad essere vittima di un destino avverso. Partorita nel contesto della disciplina della subfornitura, le ambiguità emerse relativamente al corretto inquadramento della disciplina continuano tutt'ora ad accompagnare e scandire la sorte dell'istituto.

E' noto come originariamente i disegni di legge presentati nel corso della XII e XIII legislatura proponessero di inserire il nuovo istituto nell'ambito della normativa a tutela della concorrenza di cui alla legge n. 287/90, attraverso l'estensione del campo di applicazione della figura dell'abuso di posizione dominante: il temporaneo approdo civilistico si deve alla veemente reazione dell'Autorità Garante (AGCM), la quale ha ostinatamente inquadrato la tematica nell'ambito della contrapposizione netta fra norme a tutela della concorrenza e norme a tutela dei soggetti più deboli fra i partecipanti al mercato, segnalando il diverso profilo teleologico tra le norme antitrust, dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato, e la regola della dipendenza economica, inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti e, quindi, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali¹.

Ne è scaturita una diatriba poco avvincente, il cui unico risultato è stato quello di soffocare alla nascita il nuovo istituto, relegandolo in un articolo della legge sulla subfornitura e prestando così il fianco ad interpretazioni ancor più restrittive. Per quanto, infatti, quasi unanimemente si sia ritenuto che la portata del precetto vada ben oltre la specifica tipologia del contratto di subfornitura², non sono mancate voci fuori

¹ Segnalazioni AS046 del 20 giugno 1995, in *Boll.* n. 23/1995, e AS121 dell'11 febbraio 1998, in *Boll.* n. 5/98.

² La letteratura in materia è davvero sterminata: C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2003, 231-296; C. BERTI – B. GRAZZINI, *La disciplina sulla subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; F.L. GAMBARO – A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e impr. – Europa*, 2003, 512; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giur.*

dal coro, le quali, come vedremo, hanno trovato terreno fertile in alcune pronunce giurisprudenziali³.

Il risultato del tortuoso *iter* legislativo non può, quindi, sorprendere: l'art. 9 della legge n. 192/98 è rimasto sostanzialmente inattuato: tanto da costringere il legislatore a ritornare sui suoi passi aggiungendo, con l'art. 11 della legge n. 57/01, un comma che assegna all'AGCM una specifica competenza in materia. A confermare la vocazione

civ., 2002, 230; B. TASSONE, "Unconscionability" e abuso di dipendenza economica, in *Riv. dir. priv.* 2001, 3, 527; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, 417 ss.; G. CERIDONO, art. 9, in *Commento alla l. n. 192 del 1998, Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2000, 429; A. GEMMA, *Abuse of economic dependence between competition and contract law*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 2, 357; A. FRIGNANI, *La subfornitura internazionale. Profili di diritto della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 683; T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.* 2000, 3, 345; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.* 2000, 389; A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta "pie in the sky"?*, in *Riv. dir. impresa*, 2000, 2, 243; A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.* 1999, 4, 1181; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni e internazionali*, Padova, 1999, 140; M. GRANIERI, *Subfornitura industriale: l'esordio (mancato) di una disciplina*, in *Foro it.*, 1999, I, 2077; A. MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, in *I contratti*, 1999, 95; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 639; S.M. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.* 1999, 4, 191; C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1999, 1, 9; F. TORIELLO, art.9, in AA.VV., *La subfornitura* (a cura di G. Alpa e A. Clarizia), Milano, 1999, 261; A. MAZZIOTTI DI CELSO, art. 9, *ibid.*, 237; R. CASO – R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712; R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 268; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica*, in AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1998, 77; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: "correzione" della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 1998, 406; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.* 1998, I, 836; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive* (a cura di V. Cuffaro), Napoli 1998, 297; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 451.

³ Il riferimento è a R. RINALDI – F.R. TURITTO, in AA.VV., *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998* (a cura di P. Sposato e M. Coccia), Torino, 1999, 121. Recentemente tale posizione è stata condivisa da A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, 466-549, secondo il quale l'orientamento che vede nella norma una clausola generale applicabile a tutti i contratti tra imprese "ormai tralatiziamente consolidatosi più sulla scorta di <<impressioni>> che di approfondite indagini ermeneutiche- non può essere tuttavia condiviso: è indubbio, infatti, che la primitiva finalità di questo istituto fosse orientata senz'altro verso siffatta direzione, mediante il suo inserimento nella più generale legislazione *antitrust*, ma sembra pure indubbio che il suo definitivo mantenimento all'interno della legge speciale sulla subfornitura nelle attività produttive –privo di alcun aggancio ad un riferimento più ampio- imponga una conclusione assai più restrittiva rispetto all'interpretazione dominante, la quale si è probabilmente adagiata su di un'interpretazione estensiva della norma in commento secondo la lettura della sua *ratio* originaria". La ricostruzione appare sinceramente curiosa, non foss'altro perché l'intervento legislativo del 2001 ha riaffermato la vocazione originaria della norma sancendo la competenza anche dell'autorità antitrust: dinanzi alla modifica intervenuta, l'opinione espressa dall'Autore, oltre ad essere ampiamente criticabile per il suo essere basata sulla sola collocazione formale della norma, risulta quindi evidentemente sconfessata.

antitrust della fattispecie, peraltro, è inaspettatamente giunto in soccorso il recente Regolamento n. 1/03 sulla modernizzazione del diritto comunitario antitrust, il quale lascia intravedere come le ragioni per il riconoscimento della dipendenza economica abbiano fatto breccia persino a Bruxelles: nel considerando n. 8 si può, infatti, scorgere l'alba di un nuovo corso, laddove si afferma che “non dovrebbe essere fatto ostacolo, ai sensi del presente regolamento, all'adozione e all'applicazione da parte degli Stati membri, nei rispettivi territori, di leggi nazionali sulla concorrenza più severe che vietano o sanzionano un comportamento unilaterale delle imprese. Tali leggi nazionali più severe possono prevedere disposizioni che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti”⁴.

Non vi è dubbio che la dipendenza economica estenda lo spettro del potere economico sottoposto alla lente antitrust e che, per questa via, le regole di concorrenza si trasformino in strumenti incidenti direttamente sull'autonomia contrattuale delle parti ed operanti nello spazio dell'equilibrio economico e giuridico dei rapporti contrattuali⁵. Tuttavia il solco concettuale tra potere di mercato e potere contrattuale è meno profondo di quanto si possa pensare⁶. Il mercato non è altro che un insieme di relazioni contrattuali e la disparità nel potere contrattuale è frutto delle imperfezioni del mercato: l'approfittamento dello squilibrio contrattuale è, in questo senso, la conseguenza dell'incapacità del mercato di fornire ai soggetti deboli alternative adeguate per sottrarsi alla situazione di dipendenza⁷.

⁴ Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, in G.U.C.E. 2003, L 1/1.

⁵ C. OSTI – R. PARDOLESI, *Il problema della dipendenza economica*, in Atti del convegno ITA, 7 ottobre 1998: o si considera la fattispecie della dipendenza economica introdotta dall'art. 9 della legge 192/98 come “un contributo atto a scardinare l'intero nostro sistema di diritto civile, restio all'idea di entrare nella puntuale regolazione dei rapporti economici tra singoli”, oppure “si vede nella norma in questione un caso di abuso di posizione dominante relativa”.

⁶ La posizione che si esprime a favore dell'estraneità della fattispecie della dipendenza economica alla disciplina della concorrenza è permeata da una venatura ideologica, basata sull'assunto che il diritto antitrust debba occuparsi soltanto del potere di mercato in senso classico: come rileva C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica, cit.*, 39, tuttavia, se tutte le imprese hanno in ogni caso un certo potere di mercato, in termini di possibilità di aumentare il prezzo dei propri prodotti, “ciò che deve rilevare, tuttavia, per diritto antitrust è che tale aumento del prezzo non può produrre effetti sul mercato, non può, cioè, condurre ad un aumento generalizzato dei prezzi, cosa che, per definizione, solo un monopolista può fare. Il potere di mercato individuale dell'impresa le deriva da quel tanto di differenziazione del prodotto, quel tanto di imperfezione informativa, che sono di norma sempre presenti”.

⁷ R. CASO – R. PARDOLESI, *cit.*, 733: “è vero che l'economia incisa è quella della parte contrattualmente debole; ma non è men vero che l'abuso di dipendenza economica tende a stravolgere le condizioni che rendono possibile una concorrenza effettiva”.

In definitiva, è innegabile che la dipendenza economica si collochi a mezza via tra il diritto dei contratti e quello della concorrenza, presentando una doppia anima -quella tipica dell'antitrust combinata con uno dei principi cardine del diritto dei contratti, espresso dalla clausola generale di buona fede, costantemente evocata in tema di equilibrio contrattuale-, e che, quindi, "entrambe le traiettorie, assunte singolarmente, si rivelano inadeguate a fornire una chiave interpretativa completa": è altresì vero che la corsa verso il magma della buona fede è obbligata solo "per chi non intenda puntare dritto al cuore del nodo economico della vicenda e cimentarsi così in una ricostruzione nei termini stringenti del modello analitico di *law & economics*"⁸. E' proprio l'analisi economica delle relazioni contrattuali tra imprese -l'economia dei costi di transazione, in particolare- ad essere progressivamente riuscita a dimostrare che i confini tra di potere di mercato e potere contrattuale non sono così nitidi come vorrebbero le partizioni giuridiche; pertanto, è alla luce di un'analisi giuseconomica che è opportuno valutare fin dove può spingersi un intervento di repressione dell'abuso di potere contrattuale, e se è più corretto intervenire dal versante antitrust, da quello del diritto dei contratti o, come si delinea nel nostro ordinamento, in modo congiunto.

Le caratteristiche salienti della dipendenza economica sono sommariamente da rintracciarsi nella specificità del bene (*asset specificity*), nelle carenze informative e nell'incompletezza del contratto, in quanto abbiano l'effetto di imprigionare uno dei contraenti nell'accordo negoziale esponendolo così al rischio di comportamenti opportunistici della controparte. Essa si colloca, cioè, nell'alveo del tipico problema di *hold-up*, sviluppandosi in quelle ipotesi in cui, a causa della difficoltà di reperire sul mercato alternative soddisfacenti, l'elasticità della domanda o dell'offerta di una parte accusa una decisa contrazione a seguito della stipulazione del contratto e per effetto della condizione di specificità del rapporto economico instauratosi tra le parti: il soggetto inchiodato alla sua scelta contrattuale per la carenza di sostituti è evidentemente esposto al rischio di estorsione da parte dell'altro contraente che, tramite la minaccia di porre fine al rapporto, ha l'opportunità di ottenere una modificazione dei termini dell'accordo originario a proprio favore. Il *lock-in* si verifica quando, a seguito della stipulazione del contratto e degli investimenti specifici (*relational-specific*

⁸ Le citazioni sono tutte di F. MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata nella subfornitura*, in AA.VV., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, 156, 161.

investments) sostenuti nell’ottica della sua esecuzione, una delle parti finisce per essere vincolata al rapporto commerciale nel senso che la prematura interruzione del contratto comporterebbe per essa la perdita di gran parte degli investimenti effettuati⁹.

Assumono, quindi, rilevanza i costi di commutazione (*switching costs*) che un’impresa è chiamata a sopportare in caso di interruzione del rapporto contrattuale, ossia “i costi aggiuntivi che dovrebbe sostenere o i benefici ai quali dovrebbe rinunciare se si spostasse su un altro fornitore, al netto dei vantaggi risultanti dallo scambio” e che, pertanto, equivalgono “al massimo importo al quale il fornitore potrebbe aumentare il prezzo senza perdere la controparte”¹⁰.

I primi segnali giurisprudenziali.

Ci sono voluti quattro anni per assistere al battesimo giurisprudenziale della disciplina¹¹. Non che di ‘esordi mancati’ si sia avvertita l’assenza¹²: basti pensare al decreto del Tribunale di Taranto, che aveva dichiarato inapplicabile la legge 192/98 ai contratti conclusi prima della sua entrata in vigore¹³; alle ordinanze dei Tribunali di Torino e Taranto circa i presupposti per poter beneficiare della tutela monitoria di cui all’art. 3¹⁴; nonché, infine, al provvedimento del Tribunale di Udine in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall’art. 10¹⁵. La pronuncia *Milly Boutique c. Marina Babini* è valsa a far tirare un respiro di sollievo a quanti –noi compresi– temevano che questo “figlio negletto” fosse stato messo anzitempo nel dimenticatoio¹⁶: stante la ‘latitanza’ dell’AGCM, ne è scaturito un tentativo apprezzabile già per il fatto di per essersi addentrato in un terreno inesplorato, anche se non può essere sottaciuta

⁹ Diffusamente sul punto C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., 243-261.

¹⁰ M.W. KLASS – R.T. RAPP, *Litigating the key economic issues under Kodak*, (Spring) *Antitrust* 14, 17 (1993).

¹¹ Trib. Bari, ordinanza 6 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2183 con note di A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, e di C. OSTI, *Primo affondo dell’abuso di dipendenza economica*; in *Corr. giur.*, 2002, 8, 1066 con commento di S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*; in *Danno e resp.*, 2002, 7, 768 con commento di B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*; e, infine, in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, 326, con nota di P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*.

¹² L’espressione è di M. GRANIERI, *Subfornitura industriale: l’esordio (mancato) di una disciplina*, cit..

¹³ Trib. Taranto, 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, II, 2077, con nota di M. GRANIERI.

¹⁴ Trib. Torino, 19 marzo 1999, e Trib. Taranto, 28 settembre e 13 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 624, con note di A. PALMIERI e M. GRANIERI.

¹⁵ Trib. Udine, 27 aprile 2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2677, con osservazioni di A. PALMIERI.

¹⁶ R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, relazione al convegno “Il contratto e le Autorità indipendenti”, tenutosi presso l’Università degli studi di Brescia, 22-23 novembre 2002.

l'esigenza che l'abuso di dipendenza economica venga identificato in base a criteri più rigorosi¹⁷.

Il giudice Agostinacchio, nel giustificare l'applicazione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura ad una semplice ipotesi di contratto di compravendita, sgombra subito il campo da possibili dubbi: l'abuso di dipendenza economica, “come è agevole rilevare dalla semplice lettura del testo, ha un ambito di applicazione che si estende a tutti i contratti tra imprese ... in particolare, per quanto riguarda i soggetti destinatari del divieto di abuso di dipendenza economica, la norma ha un campo di applicazione notevolmente più ampio rispetto a quello delimitato dall'art. 1, comprendendo ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con altra impresa (cliente o fornitrice)”.

Meno di sessanta giorni dopo, l'ordinanza viene appellata ed annullata con la motivazione che l'abuso di dipendenza economica si applica soltanto ai contratti di subfornitura¹⁸. Come se non bastasse, a stretto giro di posta, in altrettante ipotesi di interruzione del rapporto contrattuale il tribunale di Roma ha per ben tre volte respinto l'applicazione dell'abuso di dipendenza economica: prima ne ha negato l'esistenza perché non era stato previamente esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, con ciò confermando implicitamente che la fattispecie della dipendenza economica vive soltanto nell'ambito dei rapporti di subfornitura¹⁹; poi ne ha bocciato l'invocazione, in ragione sia della labilità del *fumus bonis iuris* sia dell'irrelevanza del *periculum in mora*, laddove la chiusura dell'attività dell'impresa sia ascrivibile alla condotta della medesima che, con il proprio reiterato inadempimento, abbia indotto il committente alla

¹⁷ C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., 290: “l'ordinanza in esame, che non valuta in modo molto approfondito, lo si è detto più volte, l'esistenza di quegli elementi che necessariamente contraddistinguono la dipendenza economica, si esaurisce in sostanza nella imposizione di un obbligo di fornitura, di un divieto di ‘rottura arbitraria di rapporti commerciali’, che è perfettamente concepibile, ma lo è, a rigore, indipendentemente dall'abuso di dipendenza economica. In altri termini, si ha la sensazione che in questa pronuncia il giudice si avvolga nel mantello (della buona fede e, in particolare) dell'abuso di dipendenza economica, per creare una regola cui non è finora stato riconosciuto asilo nel nostro ordinamento e che, a rigore, con l'abuso di dipendenza economica non ha molto a che fare”.

¹⁸ Trib. Bari, ord. 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3209, con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: 'dal caso limite' alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*. In sede di reclamo, più precisamente, si è sostenuto che “è assolutamente contrario ai principi di ermeneutica giuridica ritenere che una norma, inserita in una legge di settore che disciplina la subfornitura nelle attività produttive, abbia un effetto così dirompente da stravolgere tutti i principi in materia contrattuale, introducendo un potere così penetrante in capo al giudice, il quale può riequilibrare l'assetto del contratto e può addirittura, com'è avvenuto nella specie, costituire un rapporto obbligatorio che una delle parti non ha voluto, a seguito della mancata accettazione di una proposta contrattuale proveniente dalla controparte”.

¹⁹ Trib. Roma, ord. 20 maggio 2002, in *Foro it.*, ult. cit..

disdetta dei contratti in corso di esecuzione²⁰; infine ha rifiutato di rinnovare il contratto, sostenendo che attraverso la tutela cautelare atipica non si può alterare la struttura dei rapporti sostanziali discendenti dal contratto e che non vi era corrispondenza fra quanto ottenibile e quanto richiesto in sede di provvedimento d'urgenza²¹.

E' questo il quadro poco incoraggiante in cui si inserisce la pronuncia del tribunale di Taranto²². Il tribunale è chiamato da un affiliato ad intervenire in via d'urgenza per sospendere l'efficacia della disdetta del contratto di *franchising* intimata da controparte: il *franchisor* avrebbe violato la tutela dell'affidamento riposto nella prosecuzione del rapporto contrattuale.

Ai fini della riflessione sul tema della dipendenza economica, il caso è alquanto interessante, dal momento che l'immagine di un contraente privo di alternative soddisfacenti e, per questo, esposto all'abuso di controparte si profila in modo paradigmatico nel *franchising*, dove il *franchisee*, a fronte dei capitali investiti (senza possibilità di riconversione) per poter esercitare l'attività commerciale, verte in una situazione di endemica debolezza che presenta tutte le caratteristiche della dipendenza economica²³. Il *franchising* s'inserisce nella strategia di crescita a rete di un'impresa, rappresentando uno strumento atto a realizzare una forma di decentramento dell'organizzazione aziendale attraverso un reticolato di rapporti associativi legati dal valore simbolico del marchio: tramite la concessione in licenza dei segni distintivi, il *franchisor* trasferisce sostanzialmente ai *franchisees* la sua immagine al fine di costituire una rete commerciale che presenti un'uniforme immagine commerciale agli occhi del pubblico.

Qualsiasi rapporto di *franchising* è permeato da un conflitto d'interessi (*principal-agent dilemma*) potenzialmente anticompetitivo. I *franchisors* sono chiamati ad affrontare un problema di *free-riding*: i *franchisees* tenderanno, in certe circostanze, a risparmiare su qualità dei beni e servizi offerti ai consumatori, al fine di contenere i costi –ed accrescere i margini di profitto- senza dover sopportare le conseguenze

²⁰ Trib. Roma, ord. 16 agosto 2002, *ivi*.

²¹ Trib. Roma, ord. 12 settembre 2002, *ivi*.

²² Trib. Taranto, 17 settembre 2003, *Avis Autonoleggio S.p.A. c. Paperoga S.r.l.*

²³ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, 323: “per comune ammissione, l'idea di un contraente inchiodato alla sua scelta dalla carenza di sostituti e perciò esposto all'altrui *leverage* monopolistico trova riscontro paradigmatico proprio nel *franchisee* che abbia impegnato capitali senza possibilità di riconversione: la necessità di ammortizzare gli investimenti lo renderà più che mai reattivo allo spettro del recesso unilaterale (o mancato rinnovo) del produttore”.

negative legate alla perdita di valore del marchio²⁴; Il controllo esercitato dal *franchisor* sulle scelte commerciali, tuttavia, se per un verso può essere giustificato dall'interesse di salvaguardare la reputazione dell'intera rete, per un altro può determinare una distorsione della concorrenza, danneggiando i *franchisees* e i consumatori.

La teoria economica ha dimostrato come l'utilizzo combinato di diverse restrizioni verticali sia, al riguardo, strumentale alla composizione del conflitto tra l'introduzione di incentivi affinché i distributori forniscano determinati servizi e la parziale appropriazione da parte del produttore dei profitti a loro connessi²⁵: in questo senso, la previsione, da un lato, di esclusive territoriali e di approvvigionamento nonché di *tie-in* e prezzi minimi di rivendita, dall'altro di *fee* e prezzi massimi, è il segno del tentativo di controbilanciare le opposte spinte, di internalizzare le esternalità verticali ed orizzontali²⁶. Il ricorso a restrizioni contrattuali da parte del *franchisor* potrà, quindi, risultare funzionale alla necessità di preservare la reputazione del prodotto e l'immagine del marchio, introducendo meccanismi di sanzione a carico dei *franchisees* al fine di scoraggiare la tentazione di *free-riding*.

Il proverbiale rovescio della medaglia riporta, tuttavia, alla mente il *dark side* del *franchising* e mette in guardia dalla tentazione di riabilitare a cuor leggero colui che spesso veste i panni del cattivo²⁷. A fronte degli interessi del *franchisor*, non si può tralasciare il *caveat* dal quale siamo partiti, ossia che, quante volte il soddisfacimento dei bisogni dell'attività commissionata postuli –come nel caso dei *franchisees*- investimenti 'idiosincratici' perché non suscettibili di rapida ed indolore riconversione a

²⁴ Si tratta di esternalità definite anche come *superhighway problem* perché solite concretizzarsi laddove i punti di vendita sono collocati in posti nei quali è raro che lo stesso cliente torni una seconda volta, come i punti di ristoro autostradali: B. KLEIN - L.S. SAFT, *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, 28 *J. L. & Econ.* 345 (1985), nonché B. KLEIN - K.V. MURPHY, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 *J. L. & Econ.* 265 (1988). Per un'analisi degli incentivi per i *franchisees* a non investire risorse adeguate nella promozione del *brand name*, J.A. BRICKLEY, *Incentive Conflicts and Contractual Restraints: Evidence From Franchising*, 42 *J. L. & Econ.* 745 (1999).

²⁵ Sul punto si rinvia all'ampia rassegna contenuta in A.C. CHEN – K.N. HYLTON, *Procompetitive Theories of Vertical Control*, 50 *Hastings L. J.* 573 (1999). Si veda, tuttavia, anche E.M. IACOBUCCI, *Tying as Quality Control: A Legal and Economic Analysis*, 32 *J. Legal Stud.* 435 (2003).

²⁶ Si veda R.D. BLAIR – D.L. KASERMAN, *Optimal Franchising*, 48 *S. Econ. J.* 494 (1982). Sul tema specifico del *franchise tying*, si segnala, anche per la bibliografia in esso contenuta, F. DE GENNARO, *I profili concorrenziali del franchise tying: gli orientamenti emersi nell'ordinamento statunitense e nell'ordinamento comunitario*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 235.

²⁷ Rileva W.S. GRIMES, *When do Franchisors Have Market Power? Antitrust Remedies for Franchisor Opportunism*, 65 *Antitrust L. J.* 105 (1996): "much of the economics literature has been hostile to franchise regulation, raising concerns that such regulation tends to suppress an efficient organizational form. These theorists tend to discount the darker side of franchising, arguing that abuses are held in check by a franchisee's freedom of contract and a franchisor's need to maintain its business reputation".

modalità di sfruttamento alternative, si profila all'orizzonte un rischio di soggiogazione rappresentato dalla semplice minaccia dell'improvvisa interruzione del rapporto, la quale produrrebbe l'effetto di trasformare automaticamente gli investimenti in *sunk costs*, costi irrecuperabili²⁸: la necessità di ammortizzare gli investimenti espone chiaramente il *franchisee* all'altrui *leverage* rendendolo ultrareattivo allo spettro del recesso unilaterale del *franchisor*. Non si può, in altre parole, trascurare il fatto che il contratto di *franchising* vive sulla spinta di opposti interessi ma è, allo stesso tempo, il frutto di un mutuo scambio: è, cioè, uno degli esempi più calzanti di *relational contract*, tanto che qualcuno, non a caso, lo ha suggestivamente descritto come un matrimonio²⁹. In poche parole, quello di *franchising* – vuoi per gli elevati costi transattivi, vuoi per le esigenze commerciali – è un contratto intrinsecamente incompleto, dalla cui lettera si desume semplicemente che il *franchisor* gode di un potere discrezionale quasi assoluto, a fronte dei numerosi obblighi assunti dal *franchisee*³⁰. Al di là delle approssimazioni connesse ad ogni tentativo di schematizzazione, la fotografia del contratto segnala un deciso sbilanciamento del *bargaining power*: il rischio che si intravede all'orizzonte è allora quello di un *franchisor* che cerca di appropriarsi delle *quasi-rents* del *franchisee* sia attraverso lo strumento estremo del recesso *ad nutum*, sia tramite il semplice mancato rinnovo del contratto e la previsione di alcune clausole contrattuali, come quella di non concorrenza per un periodo particolarmente lungo o quella di riacquisto delle apparecchiature a prezzi incredibilmente bassi.

Eppure il ventaglio delle situazioni ipotizzabili all'interno di un contratto di *franchising* è troppo ampio per potersi affidare alla strutturale disparità di potere contrattuale quale criterio guida di una *policy* interpretativa³¹: è fin troppo evidente che

²⁸ Secondo L. DELLI PRISCOLI, *Patto di esclusiva e rapporti tra franchisees*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 581, l'inserimento di un nuovo *franchisee* nella zona di competenza di un altro affiliato potrebbe, in questo senso, configurare un'ipotesi di abuso di dipendenza economica.

²⁹ Come rilevò l'allora presidente della Kentucky Fried Chicken: "franchising has been described many different ways, but actually what it is, is a wedding. Lots of music, lots of flowers, money exchanging hands and lots of kisses. The couple is from the best of two worlds; one of the partners is experienced, with plenty of good know-how, with a proven system; and the other partner is a virgin, who hopefully has never been in business before. The vows they exchange are almost the same as you exchanged when you married your wife. The virgin bride must have a burning desire to be "his" own boss and to run "his" own business".

³⁰ Fondamentale, in proposito, il contributo di G.K. HADFIELD, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, 42 *Stan. L. Rev.* 927 (1990).

³¹ Come rileva R. PARDOLESI, *ult. cit.*, 310: "la circostanza che, di là e di qua dall'oceano, lo sviluppo del fenomeno sia stato associato alle scelte strategiche di potentati oligopolistici non esclude la possibilità d'impiego da parte di un'impresa produttrice minore, protesa verso una rapida espansione della propria

ciò che risulta condivisibile laddove si alluda alla sfera decisionale di una casalinga, riesce men che persuasivo nel caso di coloro che si accingono a stipulare un contratto di distribuzione e, perciò, ad assumere decisioni concernenti capitali ingenti, a meno di voler considerare l'insieme dei *franchisee* al pari di incapaci³². “A conti fatti, il tentativo di dimostrare la strutturale <<soggiogazione>> del distributore all'atto della conclusione del contratto poggia su fondamenta troppo incerte per candidarsi come credibile direttiva di politica del diritto”³³. Il che non equivale a negare il problema ma, semmai, invita a privilegiare un'ottica che dia conto del perenne conflitto d'interessi.

Le sirene del populismo.

Peccato che nessuna di queste considerazioni abbia attraversato la mente dell'estensore del provvedimento in esame.

Come in parte anticipato, nella decisione del tribunale di Taranto il *franchisee* chiede la sospensione dell'efficacia del recesso unilaterale di controparte dal contratto di affiliazione, ritenendo che la condotta di quest'ultimo sia contraria ai principi di tutela dell'affidamento, di buona fede e di correttezza precontrattuale: la disdetta del contratto vanificherebbe gli investimenti sostenuti in qualità di *franchisee* –ai quali si aggiunge il pagamento di un *entrance fee*–, determinando a suo carico un danno irreparabile in ragione sia dell'inutilizzabilità delle attrezzature acquistate, sia della clausola di non concorrenza che gli vieta di associarsi, per un periodo di due anni, a qualsiasi sistema di autonoleggio diverso da quello del *franchisor*.

Il tribunale chiarisce subito che la cautela invocata va correlata a quella prevista per i casi di dipendenza economica e che la fattispecie in esame rientra nell'alveo della norma in quanto –udite, udite– “non può, anzitutto, dubitarsi che si versi nell'ipotesi di contratto di subfornitura”: ennesima dimostrazione della perdurante inclinazione di certa giurisprudenza a limitare drasticamente l'ambito di applicazione dell'istituto, a

rete commerciale ma aliena dal farsi carico dei gravosi oneri di un *wholly owned system*. Del resto, non può neppure darsi per scontato che il distributore sia invariabilmente ‘piccolo’. Quel che più conta, in ogni caso, è che la differenza dimensionale dei contraenti non basta, di per sé, a far presumere distorsioni nel processo negoziale”.

³² R. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione*, cit., 10.

³³ Secondo R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., 320-321, anche l'aspetto relativo alla standardizzazione non va particolarmente enfatizzato: “ciò non toglie, s'intende, che, se la predisposizione è unilaterale, le clausole potranno risultare uniformemente oppressive. Il punto è, però, che, dati questi presupposti, il produttore non avrà altra scelta che ‘taglieggiare’ la generalità dei *partners*: cosa che faciliterà l'aggregarsi delle loro istanze e il sorgere, almeno in fatto, di un *countervailing power*, atto a temperare gli eccessi”.

dispetto del diverso avviso della dottrina pressoché unanime e della modifica legislativa del 2001. Nel caso di specie, peraltro, paradossalmente il richiamo alla disciplina sulla subfornitura avviene non per escludere dalla scena la dipendenza economica, ma per affermarne l'applicabilità, a prezzo d'imbarcarsi nella disavventura concettuale di qualificare il *franchising* come un contratto di subfornitura.

Se possibile, ancora più preoccupante è l'analisi condotta riguardo allo stato di dipendenza economica. Lungi dal valutare in concreto gli investimenti specifici sostenuti, i costi di commutazione e la disponibilità di alternative soddisfacenti, l'attenzione del giudice si appunta principalmente sulla dimensione delle imprese coinvolte, tanto da dedurre lo squilibrio di diritti ed obblighi dalla mera stima all'ingrosso delle rispettive posizioni sostanziali: "considerazioni alla portata del volgo e dell'inclito inducono a ritenere sussistente, fra le odierne parti, uno squilibrio di diritti ed obblighi talmente evidente, da consentire all'interprete di limitare l'analisi al dato oggettivo delle rispettive posizioni sostanziali (con riferimento alle quali suonerebbe offesa all'intelligenza del lettore rammentare la natura multinazionale [della società resistente] e quella, strettamente locale, della ricorrente)". Quanto dire, a un di presso, che il puro riscontro della differenza dimensionale attiva la catena di pre-giudizi, nel senso letterale del termine, che conduce al riscontro della differenza leva contrattuale e del conseguente *imbalance* nella disciplina negoziale.

Per quanto, invece, attiene alle condizioni contrattuali attraverso le quali si sarebbe materializzato lo squilibrio tra le parti, il giudice attribuisce rilievo alla loro non negoziabilità, alla previsione di una clausola di non concorrenza –la quale, peraltro, ha una durata di due anni, ben al di sotto del tetto quinquennale previsto dall'art. 2596 c.c.-, all'obbligo di pagamento di un *entrance fee*, al sostenimento di rilevanti spese per l'avviamento e il rispetto degli standard qualitativi, ovvero previsioni tipiche di un qualsiasi contratto di *franchising*.

La mancata considerazione del *principal-agent dilemma* che caratterizza i rapporti di *franchising* si rivela assolutamente decisiva, specie se si considera che, nel caso in esame, l'abuso di dipendenza economica viene riscontrato non nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, ma nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose: in particolare, la clausola che riconosce al *franchisor* la facoltà di recedere risulterebbe ingiustificata in quanto non richiede una motivazione

per il suo esercizio, nonché gravosa per via del danno scaturente dalla vanificazione degli investimenti specifici, dal deterioramento dell'immagine commerciale e dalla difficoltà di individuare un nuovo partner commerciale. Non è dato sapere, tuttavia, sulla base di quali elementi il giudice abbia valutato l'entità delle spese sostenute e la reperibilità di alternative soddisfacenti: sul punto la decisione è percorsa da affermazioni apodittiche, come quella secondo la quale le spese sostenute per l'avviamento dell'attività "verosimilmente non [sono] del tutto ammortizzate in soli quattro anni di durata del contratto", laddove, invece, l'unico riferimento alla impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti è contenuto in un paio di righe dove si sottolinea la rilevanza in proposito della clausola di non concorrenza, della dimensione locale del mercato di riferimento e della congiuntura recessiva in atto.

Piuttosto che seguire il rigoroso percorso metodologico postulato dall'analisi economica della relazione contrattuale in esame, il tribunale ha ritenuto che tarare il peso dei due contendenti basti a giustificare una manipolazione virtuosa della bilancia in favore del più debole. Che Davide possa sconfiggere Golia non è scoperta di oggi: convince assai meno l'idea di un attivismo giudiziale che, in nome di un obiettivo certamente nobile, deponga ogni serio tentativo di vagliare i presupposti del suo intervento.

GIUSEPPE COLANGELO