

**ESITO DI CONTRATTAZIONE E ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA: UN
ORIZZONTE PIÙ SERENO O LA CONSUETA “PIE IN THE SKY”?**

ANDREA RENDA
LUISS Guido Carli, Roma

INTRODUZIONE: IL TRADE-OFF TRA MAKE E BUY

1. Il termine *società di mercato* viene da alcuni giudicato alla stregua di un ossimoro, eppure è innegabile che il nostro sistema economico affidi al *contractus* un ruolo spesso predominante rispetto allo *status*, che pure ne costituisce il punto di partenza e il punto di arrivo¹. Al contratto è stata spesso conferita l'aura di strumento taumaturgico per un sostrato sociale altrimenti impossibilitato a prendere il largo verso l'agognata frontiera paretiana; ciò in considerazione del fatto che, partendo da una allocazione iniziale dei diritti, solo un libero processo di contrattazione può guidare la collettività verso il traguardo della *optimal allocation*².

D'altronde, la teoria economica è pressoché concorde nel ritenere che in molti casi lo strumento contrattuale non sia in grado di concretizzare quell'esito ottimale che i teorici tradizionali gli andavano profetizzando. Innanzitutto, la specializzazione del lavoro connaturata al funzionamento di un'economia di mercato porta con sé alcune inevitabili patologie, in particolare per quanto concerne l'asimmetria informativa e l'attitudine al rischio dei contraenti.³ Inoltre, la carenza informativa che caratterizza gli individui che operano sul mercato è oggi considerata a tutti gli effetti come *razionale*, il che porta ad immaginare un mondo nel quale le decisioni sono comunque soggette al vincolo della *bounded rationality* e dell'incertezza. Ancora, la semplicità di descrizioni teoriche à la Edgeworth è stata superata dal contributo fondamentale di Ronald Coase e – più tardi – di Oliver Williamson in tema di costi di transazione.

La presa di coscienza della fallibilità delle azioni dei contraenti ha indotto parte della letteratura economica a rivisitare la propria posizione teorica, basando i comportamenti degli individui sul limitato patrimonio di conoscenze a loro

¹ Ad esempio, Polanyi (1983) denuncia l'errore logico generalizzato di “stabilire un'uguaglianza tra l'economia umana in generale e la sua forma di mercato”. Per quanto riguarda invece il dualismo tra *status* e *contractus*, la sua prima teorizzazione è dovuta a sir Henry Maine, in *Ancient Law* (London, 1861). Interessante è anche il lavoro di Tönnies sulla transizione dal *Gemeinschaft* al *Gesellschaft*. Per riferimenti e per una esauriente ricostruzione del pensiero di Polanyi, cfr. Cella (1997).

² In effetti, partendo dalla teorizzazione smithiana della *mano invisibile*, quasi a immaginare che le strade del paradiso siano per lo più lastricate di egoistici intenti, la teoria economica tradizionale giungeva alla conclusione che il contratto dovesse rimanere una zona necessariamente ‘franca’ rispetto all'intervento del legislatore, in quanto libero e consapevole atto di scambio di risorse tra due o più individui posti in condizione *ex ante* assolutamente paritaria. Tale linea di pensiero è esposta in maniera assai lucida dal nostro Pietro Trimarchi, il quale afferma che “la libertà contrattuale era (...) il presupposto necessario per consentire a ciascuno di inserire i propri mezzi materiali e la propria attività nel gioco della libera concorrenza. E la teoria economica del tempo giustificava tutto ciò dal punto di vista dell'interesse pubblico. Si riteneva infatti che il perseguimento dell'interesse individuale da parte di ciascuno portasse necessariamente. Attraverso il meccanismo della concorrenza, a realizzare l'interesse economico generale all'utilizzazione piena ed efficiente delle risorse produttive”. Cfr. Trimarchi, Istituzioni di Diritto Privato, Giuffrè.

³ Per un'esposizione ragionata di tali problematiche, si veda Renda (1998).

disposizione e dipingendo il contratto come ambiente interattivo e dinamico, nel quale le aspettative delle parti vengono aggiornate in base alla condotta negoziale di controparte, in un processo concettualmente complesso a tal punto da ricordare le *drawing hands* di Cornelius Escher⁴.

Senza dubbio, si può affermare che siamo anni luce lontani dall'epoca in cui la fiducia nell'*invisible hand* imponeva al legislatore l'obbligo del *laissez faire*⁵.

2. Lungo questo sentiero evolutivo, diritto ed economia spesso si inseguono alla maniera di Achille e della tartaruga nel paradosso del moto. Per quanto il primo si sforzi di adattare il proprio macchinoso *corpus* attraverso l'alacre sforzo propositivo dei molti – più o meno accorsati – teorici, la seconda avrà nel frattempo già concretizzato un altro, impercettibile passo in avanti. Infatti, se da un lato è possibile rilevare che il nostro legislatore ha ben trasposto i dettami fondamentali della teoria economica tradizionale nelle disposizioni codicistiche in materia di contratti, cogliendo così l'esigenza di dar conto dell'avvenuta transizione dall'era dello *status* a quella del *contract*, è parimenti vero che il nostro ordinamento appare ancora poco predisposto a misurarsi con uno strumento in grado di assumere sembianze sempre più variegata, complesse e distanti dallo schema tradizionale⁶.

Peraltro, negli ultimi decenni il nostro legislatore non ha potuto fare a meno di cogliere la necessità di regolamentare in modo diverso fattispecie negoziali diverse, dando così vita ad uno dei risvolti più tangibili di quella che è stata definita come l'*età della decodificazione*. Il fiorire di leggi speciali dedicate a fenomeni contrattuali decisamente peculiari rispetto all'obsoleta tassonomia codicistica si pone al contempo come causa ed effetto del ruolo sempre più residuale che il nostro codice civile assume nel panorama legislativo dedicato ai contratti.

In un contesto tanto dinamico, la provincia più estrema e pionieristica del diritto è costituita da quella categoria di contratti il cui lato peculiare è dato dalla rilevanza dell'identità dei soggetti contraenti. L'esempio più lampante è senza dubbio quello dei c.d. *contratti dei consumatori*, nei quali ormai da tempo si ravvede la necessità di un intervento teso a riequilibrare una disparità di forza contrattuale e di patrimonio informativo tanto marcata e istituzionalizzata da rendere la vessazione della parte debole qualcosa in più di una cupa profezia.⁷

⁴ Il processo di formazione delle aspettative attraverso l'interazione e lo scambio di informazioni tra le parti è ben illustrato da Baird, etc..

⁵ Per usare le parole di Karl Polanyi, "*All'inizio del diciottesimo secolo, nella favola della api di Mandeville, e poi nella pseudofilosofia funesta di Adam Smith, peraltro benintenzionata, si originò quel satanico paradosso che faceva derivare la ricchezza della collettività dall'egoismo del singolo*". Si veda Cella (1997), p. 49-50.

⁶ Una attenta lettura delle disposizioni in tema di contratti contenute nel codice civile mostra il chiaro favore del legislatore verso il meccanismo contrattuale, in particolare verso quel meccanismo che è stato definito *paradigm of the cow*, per la semplicità della fattispecie cui fa di solito riferimento. In verità, l'interpretazione 'mobile' di alcuni concetti fondamentali relativi alla struttura essenziale del contratto – si pensi all'elemento della causa – ha di fatto condotto ad una più intensa attività di controllo contenutistico, soprattutto per quel che concerne i contratti atipici. Purtroppo, però, la normativa codicistica in materia contrattuale non istituisce alcuna esplicita differenziazione tra contratti basata sull'identità delle parti, e in nessun caso il legislatore ha inteso introdurre differenze di trattamento che sancissero la sussistenza di uno squilibrio geneticamente connesso al tipo di contratto in esame. L'unica eccezione a questa constatazione è l'intervento legislativo – peraltro operato sulla scia della direttiva comunitaria 93/13 – che ha novellato il nostro codice civile introducendo gli artt. 1469-*bis* ss. in tema di clausole abusive nei contratti stipulati tra impresa e consumatore.

⁷ Si veda Pardolesi e Paces (1996) e inoltre Pardolesi (1995).

Alla stagione d'oro del consumerismo va tributato il merito di aver convinto il legislatore – prima comunitario, poi nazionale – della opportunità di abbandonare almeno in un caso la presunzione di parità dei contraenti che costituiva il fondamento della teoria tradizionale del contratto, vale a dire di quella visione dello scambio sul mercato che alcuni hanno additato come *paradigm of the cow*. Si tratta di una vera e propria rivoluzione copernicana. Se all'inizio del secolo Saleilles affermava che “*le parti possono fare qualsiasi cosa vogliano, purché i loro accordi non contengano pattuizioni contrarie alla moralità, all'ordine pubblico o ai principi della legge*”⁸, oggi il principio della *sanctity of contract* lascia il passo alla consapevolezza del fatto che vi sono circostanze nelle quali il mercato fallisce la sua missione e il legislatore deve porre rimedio attraverso un controllo contenutistico degli esiti di contrattazione.

La necessità di prendere coscienza dello squilibrio nella *bargaining strength* dei due contraenti non può però essere limitata al campo applicativo della consumer protection. Da qualche anno, ormai, il dibattito sul controllo del contenuto contrattuale investe anche province del diritto meno popolate da pionieri, e dunque tanto consolidate da poter essere considerate assolutamente poco reattive rispetto alle novità imposte dall'esterno. Quando il legislatore italiano ha finalmente dato alla luce la normativa in tema di subfornitura industriale⁹, è apparso immediatamente evidente che l'intervento – pur con tutti i limiti che la dottrina ha inteso evidenziare – avrebbe modificato trasversalmente una notevolissima quantità di rapporti contrattuali sul mercato. Si tratta di un tipo di contratto assai lontano dall'idea originaria di scambio di risorse sul mercato finale. Si tratta di relazioni di lunga durata, che non hanno luogo sul mercato finale, bensì in uno stadio intermedio della produzione, e si pongono come alternativa alla integrazione verticale dell'azienda committente. Si tratta, infine, di contesti relazionali complessi, governati da norme spesso analiticamente specificate, nonché alternative e derogatorie rispetto alle corrispondenti norme di legge.

3. Già nel 1974, Lawrence M. Friedman aveva colto l'ulteriore evoluzione dello strumento contrattuale, da semplice omologo formale dello scambio di risorse a universo di regole alternativo rispetto alle disposizioni di legge¹⁰. Ma il contributo analitico più rilevante a tale proposito è senza dubbio quello fornito negli anni da Oliver Williamson¹¹, notissimo economista che si è occupato in modo particolare della rilevanza dei costi di transazione nel mercato e nella struttura d'impresa. Williamson, riprendendo la versione ‘ridotta’ di una precedente tassonomia elaborata da Ian Macneil¹², distingue tre categorie differenti di contratti: a) *CLASSICAL CONTRACTING*, corrispondente a quello che è stato definito in precedenza come contratto tradizionale, riferibile al *paradigm of the cow*, nel quale l'identità delle parti è irrilevante e lo scambio di risorse avviene *on the spot*, senza far riferimento alcuno alle contingenze future. b) *NEOCLASSICAL CONTRACTING*, evoluzione della precedente, che però evidenzia la necessità di contrattare in merito alle contingenze future, posto che lo scambio di risorse avviene in un

⁸ Saleilles, *De la Declaration de Volonté*, (Parigi 1901), p.196 (nostra traduzione).

⁹ Ci si riferisce alla legge n. 192 del 18.06.1998.

¹⁰ Nelle parole di Friedman (1974), “*Indeed, the nineteenth century looked upon himself as the era of contract (...) We still live in a world of contract. But a world of contract is not necessarily a world of contract law*”.

¹¹ Si veda ad esempio Williamson (1979).

¹² La versione originale della tassonomia si trova nel lavoro di Ian Macneil, *The New Social Contract: an Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, 1980.

contesto dinamico e almeno parzialmente imprevedibile. C) *RELATIONAL CONTRACTING*, che invece si pone come vera e propria forma intermedia tra mercato e struttura gerarchica, tesa a creare un microcosmo pseudosociale nel quale un vasto numero di norme regolamentari governa i rapporti di equilibrio.

Appare evidente che la prima categoria di contratti pone poche problematiche al legislatore, mentre nella seconda emerge la necessità di dar vita a procedure di *gap-filling* da parte del giudice. Si tratta di ambienti negoziali nei quali la limitata informazione produce l'incertezza e quest'ultima rende i contraenti avversi al rischio. In più, i costi di transazione rendono i contratti razionalmente incompleti. Non è raro che tali contratti siano di corpose dimensioni, simili ad un *thick document* che contiene clausole il più possibile complete rispetto ai probabili stati del mondo futuri. Spesso, tali documenti includono anche clausole di arbitrato, tese a garantire una determinata procedura di *dispute resolution* in caso di mancata o imperfetta esecuzione del contratto.

Naturalmente, lo strumento contrattuale possiede la camaleontica caratteristica di adattarsi alla complessità della fattispecie negoziale alla quale di volta in volta si applica. Williamson osserva le varie tipologie di contratto attraverso una triplice lente, composta da parametri quali l'*incertezza*, la *frequenza* con la quale la transazione ricorre e il *livello di transaction-specific investments (TSI)*. Quest'ultimo parametro è rimasto spesso al margine dei contributi teorici e costituisce invero il principale motivo che spinge le parti di un contratto a ricercare una struttura negoziale complessa. Si tratta di quegli investimenti (c.d. da affidamento) che le parti effettuano in vista della imminente esecuzione del contratto e che permettono loro di trarre il massimo profitto dalla conclusione dell'accordo. Possono essere investimenti in localizzazione, in impianti, in campagne pubblicitarie o altro ancora: caratteristica fondamentale è il fatto che sono investimenti non riconvertibili, costituiscono *sunk costs* legati necessariamente al contratto da concludere¹³.

L'ipotesi fondamentale di Oliver Williamson è che gli individui scelgano la forma e la complessità del contratto in base al pericolo di comportamenti opportunistici di controparte. Com'è ovvio, transazioni occasionali che non richiedono un apprezzabile livello di TSI potranno essere agevolmente governate attraverso il mercato. La presenza di una apprezzabile quantità di controparti alternative ed accessibili sul mercato scoraggia qualsiasi comportamento di tipo opportunistico¹⁴. A tal proposito, Williamson parla di *market governance*. Ma, man mano che la complessità dell'operazione negoziale aumenta, scopriamo che le parti ricercano strutture più complesse, confluendo nello schema del *neoclassical contracting* quando le transazioni sono per lo più occasionali e non standardizzate, o in quello del *relational contracting* quando si tratta di transazioni ricorrenti e poco standardizzate. Nel primo caso, Williamson parla di *trilateral governance*, posto che spesso è prevista la presenza di un arbitro che dirima eventuali controversie future; mentre nel secondo caso si parla di *bilateral* oppure di *unified governance*.

È adesso evidente quanto si era affermato in precedenza, che il contratto è uno strumento che può assumere sembianze particolarmente diverse da quelle che la teoria tradizionale gli aveva dipinto addosso. Lo stesso Williamson cita la

¹³ Cfr. Williamson (1979), p.247. Torneremo abbondantemente sul problema dei *sunk costs* nel prosieguo del lavoro.

¹⁴ Williamson (1979) afferma che: "Market alternatives are mainly what protect each party against opportunism by his opposite".

distinzione tra *contract* e *sale*, risalente a S. Todd Lowry¹⁵. *Sale* è la transazione occasionale e standardizzata, che fa leva sull'esistenza di una rete di norme di *default* a protezione degli interessi delle parti. Il *contract* è un ambiente diverso e contrapposto alla legge, all'interno del quale le parti hanno delineato i binari evolutivi del loro rapporto sottoponendoli a regole autoprodotte. Vieni voglia di pensare che per decenni il legislatore, la giurisprudenza e la dottrina giuridica nostrana abbiano discusso di *sale* chiamandola *contract*, in una pirotecnica manifestazione della teoria degli occhiali di John Locke.

Nel prosieguo di questo lavoro, mi occuperò esclusivamente del *contract*, ed in particolare delle transazioni ricorrenti, non standardizzate e caratterizzate da un alto livello di TSI. In altri termini, si tratta del caso della *bilateral governance*. Questa è infatti la struttura negoziale all'interno della quale si annida maggiormente lo spettro dei comportamenti opportunistici, come vedremo fra breve.

4. Innanzitutto, Williamson parla a un tempo di *bilateral* o di *unified governance*. Come appare evidente, i due termini non possono essere considerati equivalenti, anche se entrambi costituiscono strumenti di risoluzione del medesimo problema. Se la *bilateral governance* rappresenta il ricorso al mercato per la ricerca di una controparte stabile e affidabile da coinvolgere in una struttura relazionale di media o lunga durata, la *unified governance* corrisponde invece all'integrazione verticale di una funzione che poteva altrimenti essere delegata all'esterno.

Si tratta, in altre parole, di un vero e proprio *trade-off* per l'impresa in esame, la cui sostanza può essere riassunta con la nota formula *make or buy*. Come si sarà immaginato, individuare gli elementi in base ai quali l'impresa risolve tale *trade-off* costituisce un passaggio di fondamentale importanza per la nostra analisi della desiderabilità sociale dell'esito di contrattazione e dell'abuso di dipendenza economica.

Occupiamoci prima del *buy*. Il ricorso al mercato porta con sé i vantaggi della specializzazione del lavoro. Chi si fa carico di svolgere un compito molto specializzato acquisisce nel tempo una notevole qualità del prodotto attraverso il processo del *learning by doing*, e in più sfrutta le economie di scala e di scopo connesse al numero di prestazioni specializzate che svolge, in particolare legandosi a più di un cliente. Per converso, va detto che la *bilateral governance* implica il sostenimento di costi transattivi piuttosto elevati, sia per quanto concerne la ricerca della controparte, sia per quel che riguarda la negoziazione e la stesura del contratto. Inoltre, essa porta con sé il rischio che avvenimenti futuri imprevisi portino i contraenti ad una rinegoziazione, in particolare al fine di spuntare un aggiustamento del prezzo o della quantità prevista dal contratto. In queste circostanze si nasconde la possibilità che una delle parti si renda autrice di comportamenti opportunistici, tesi all'appropriazione di porzioni di surplus precedentemente appannaggio di controparte.

Questa probabilità si aggiunge all'eventualità che controparte non adempia e preferisca rivolgersi a un terzo. Ad ogni buon conto, assai spesso il contratto include una clausola penale piuttosto sostanziosa, tale da scoraggiare inadempimenti che non rappresentino un cristallino esempio di *efficient breach*.

¹⁵ Una simile distinzione è presente anche nell'opera di Karl Polanyi, il quale invita con vigore a distinguere i concetti di *trade* e *market*, sostenendo la maggiore fluidità e casualità dei processi di mercato. Cella (1997), citando P. Sawyer, ricorda che nelle lingue indoeuropee i termini utilizzati per *commercio* e per *relazioni* commerciali non abbiano alcuna connessione linguistica con quelli usati per *acquisto* e *vendita*.

Riassumendo, la scelta della *bilateral governance* porta con sé i possibili vantaggi di un costo di produzione inferiore e di una probabile migliore qualità, ai quali però vanno confrontate le difficoltà di governo di una relazione contrattuale dominata dall'incertezza e dal pericolo di opportunismo di controparte.

La scelta del *make*, al contrario, permette all'impresa di fruire di una prestazione completamente orientata alle proprie specifiche esigenze. Eventuali aggiustamenti di quantità e prezzo-costo potranno essere effettuati istantaneamente, senza l'ostacolo della rinegoziazione. Spariscono del tutto i costi transattivi e sparisce, inoltre, il rischio di opportunismo di controparte. A fronte di tali vantaggi, però, bisogna considerare il costo dell'organizzazione di una tale funzione all'interno della struttura d'impresa, il mancato vantaggio connesso alle economie di scala e di scopo, infine l'incidenza di una scelta di *ownership* nell'equilibrio interno tra capitale fisso e circolante.

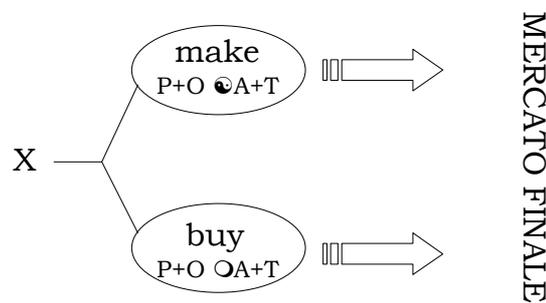


Figura 1: La scelta tra *make* e *buy* in uno stadio della produzione dipende dal confronto tra i costi associati alle operazioni.

Trascurando per il momento eventuali effetti di qualità o aumenti nella domanda connessi alla scelta di un fornitore prestigioso, che senz'altro possono influenzare la decisione dell'impresa sottoposta al trade-off, gli elementi cardine della vicenda sono quattro. La figura 1 esemplifica in modo elementare lo schema decisionale dell'impresa X. Sia P il livello dei costi di produzione, mentre O rappresenta il costo amministrativo e organizzativo connesso all'internalizzazione. Ancora, A rappresenta il prezzo d'acquisto del bene o del servizio dall'esterno, maggiorato da T, vale a dire dai costi transattivi che insorgono nel caso di *bilateral governance*¹⁶. Il legislatore deve guardare con attenzione alla prospettiva decisionale dell'impresa nella soluzione del dilemma tra *make* e *buy*. A prima vista, l'internalizzazione delle funzioni sembrerebbe preferibile tanto da un punto di vista del beneficio privato quanto dall'ottica visuale del massimizzatore dell'utilità collettiva. Il mercato infatti costituisce fonte di notevole incertezza, difficilmente accettabile per un soggetto che cerca istituzionalmente di ridurre al minimo gli imprevisti e le probabilità. Inoltre, l'integrazione verticale impedisce che il prezzo finale venga reso più rigido dall'imposizione di mark-up sul costo in più stadi della produzione.

¹⁶ Williamson (1979) sostiene che si tratta di economizzare sulla *somma dei costi di produzione e dei costi di transazione*.

Ciononostante, l'evidenza empirica mostra che i contratti con cui un'impresa delega all'esterno una parte del processo produttivo sono piuttosto frequenti. Si pensi alla crescente attenzione che si sta formando attorno a fattispecie negoziali quali la subfornitura industriale o l'*outsourcing*. L'attrattiva del *buy* è dunque superiore a quella del *make*? In verità, come abbiamo visto, di norma l'impresa non si affida ciecamente al mercato per raggiungere i propri obiettivi. Dovendo scegliere da quale corno farsi infilzare, si può sempre gettare sabbia negli occhi del toro. E infatti, negli ultimi decenni si è assistito al proliferare di strumenti intermedi tra il contratto e l'integrazione verticale, tesi a evitare gli inconvenienti della *ownership* limitando però anche gli svantaggi e le incertezze di un ricorso al mercato. Ad esempio, il panorama italiano in tema di subfornitura industriale risulta tanto variegato e dispersivo da rendere difficilmente esperibile il tentativo dottrinale di *reductio ad unum*: Esiste la subfornitura di capacità, esiste il *partenariato*, esiste la *comakership*, esiste la subfornitura di specialità ed esistono parimenti i contratti *spot*, che assumono fisionomie diverse a seconda del settore produttivo sul quale vanno ad incidere. Ancora, forme relazionali quali il *franchising* o i *network* di imprese costituiscono una terza via in grado di eliminare la dicotomia tra *make* e *buy* riducendo i rischi connessi alle due operazioni alternative.

Per quanto stabili e proiettati nel futuro, per quanto simili a una forma ibrida di integrazione verticale, tali soluzioni negoziali costituiscono pur sempre una struttura bilaterale, più vicina al *buy* che al *make*.

Il nostro punto di osservazione dunque non muta. Possiamo affermare che la massimizzazione dell'utilità collettiva passa attraverso una corretta soluzione del dilemma *make/buy* da parte dell'impresa. Senza dubbio, vietare una delle due opzioni porterebbe il sistema a un indesiderabile spreco di risorse e di opportunità, ma è parimenti vero che l'autonomia negoziale avvicina la società alla frontiera paretiana soltanto nel verificarsi di alcune condizioni fondamentali. La prossima sezione di questo lavoro si occupa dunque di individuare le possibili patologie connesse a un libero processo di contrattazione tra due imprese.

5. Questo lavoro costituisce un tentativo di inquadrare la problematica del *relational contracting* alla luce del recente intervento legislativo in tema di abuso di dipendenza economica, contenuto nella disposizione di cui all'art. 9 della legge n. 192/98. Il lavoro sarà diviso in due parti.

Nella prima parte, viene sviluppata una analisi descrittiva del fenomeno del *relational contracting*. Ricostruire il fenomeno in base alle peculiarità che esso presenta in relazione alle altre forme di scambio di risorse sul mercato risulta illuminante e mostra come in alcuni casi l'insorgere della dipendenza economica costituisca un dato assolutamente congenito. Per tale motivo, il fenomeno dei contratti di relazione viene passato al vaglio di una serie di filtri, quali la tematica dell'informazione e dell'incertezza, quella dell'incompletezza e della durata dei contratti, il problema della necessità di sostenere investimenti specifici e infine l'insorgere di un vantaggio di minaccia. Viene poi introdotta la questione del parallelismo tra posizione dominante e dipendenza economica, parallelismo che appare tutt'altro che casuale. Infine, svilupperemo un esempio che avrà il compito di riassumere i principali risultati dell'analisi. Uno schema riassuntivo viene esposto nella figura 7.

La seconda parte si occupa invece della formulazione di alcune proposte che aiutino il giudice ordinario a farsi largo nel nebuloso e incerto campo di applicazione dell'articolo 9. Si renderà necessario strutturare l'analisi prescrittiva

in due stadi, il primo dedicato alla formulazione di un livello base di tutela, il secondo maggiormente incentrato sulla direzione che il legislatore potrà prendere nell'allontanarsi da tale livello base alla ricerca di obiettivi di protezione sempre più ambiziosi. Il trade-off tra efficienza e equità porterà ad alcuni risultati interessanti.

I. LA DIPENDENZA ECONOMICA NEL RELATIONAL CONTRACTING

La decisione di esternalizzare una fase del proprio processo produttivo comporta per l'impresa il ricorso al mercato, ambiente nel quale elementi di attrito e di incertezza minano la flessibilità dei processi di adattamento e attenuano le possibilità di controllo delle variabili fondamentali. Come abbiamo affermato in precedenza, l'impresa sceglierà lo strumento più adatto a seconda del fine che persegue, optando per strutture negoziali più complesse e costose soltanto ove la peculiarità degli interessi coinvolti lo richieda. Dietro ogni schema contrattuale si cela il pericolo di comportamenti opportunistici, anche se le modalità fenomenologiche di tali condotte spesso variano in frequenza ed intensità a seconda di quale forma si scelga.

Per quanto riguarda l'abuso di dipendenza economica, possiamo certamente affermare che tale problematica interessa più da vicino le strutture bilaterali e trilaterali non standardizzate. La lettera dell'articolo 9 della l. 192/98 sembra infatti fare precipuo riferimento ai rapporti commerciali dell'impresa con clienti e fornitori, nell'eventualità che una delle parti si trovi in stato di dipendenza economica. È allora evidente che si deve trattare di relazioni commerciali che avvengono in una fase intermedia del processo produttivo, posto che il legislatore fa esplicito riferimento a un rapporto tra imprese che intrattengano rapporti commerciali. Ancora, il fatto che il legislatore configuri l'esistenza di tali rapporti, la sussistenza di una situazione di dipendenza economica ed il conseguente abuso di tale dipendenza lascia indovinare che il mirino sia puntato principalmente su quello schema negoziale che abbiamo definito come *relational contracting*. In effetti, si deve trattare senz'altro di una transazione non standardizzata, altrimenti l'assenza di discrezionalità nella condotta delle parti renderebbe impossibile la materializzazione dell'abuso; deve inoltre trattarsi di contratti non occasionali, posto che l'abuso di dipendenza economica si verifica nel corso di rapporti commerciali già avviati, dunque riguarda più che altro la fase dell'esecuzione del contratto¹⁷; infine, come sarà più chiaro tra breve, deve trattarsi di contratti caratterizzati da un alto livello di investimenti specifici oppure di ambienti nei quali è difficile reperire controparti alternative. Entrambe queste condizioni impediscono all'impresa in situazione di dipendenza economica di recedere dal contratto al fine di reperire una controparte alternativa semplicemente *voting with the feet*.

Diremo allora che il fenomeno dell'abuso di dipendenza economica interessa in modo particolare forme di regolamentazione dei rapporti commerciali tra imprese del tipo della *bilateral governance*, nella quale un'impresa decide di esternalizzare

¹⁷ In effetti, come vedremo meglio in seguito, appare piuttosto chiaro che la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica possa riguardare anche situazioni nelle quali le parti non sono legate da un contratto ma intrattengono semplicemente delle relazioni commerciali. Ad ogni buon conto, vedremo che sussistono alcuni dubbi sulla effettiva portata di tale estensione della norma. Si veda Osti (1999)

una fase del proprio processo di produzione affidandosi al mercato per la ricerca di una controparte in grado di svolgere tale fase in modo più efficiente¹⁸.

Il *relational contracting* è senz'altro una forma estrema di regolamentazione dei rapporti commerciali, una sorta di simbiosi tra imprese che implica una molteplicità di prestazioni corrispettive nel tempo, con finalità congiunte e non contrapposte. In altre parole, non si tratta di una *value claiming relation*, di una transazione *a somma zero* nella quale si deve semplicemente decidere come dividere la torta tra i contraenti e sanzionare l'abuso come appropriazione di una fetta più grande di quella di controparte. Si tratta invece di una *value creating transaction*, nella quale il contributo di entrambe le parti determina la grandezza della torta. Maggiore è la fiducia reciproca delle parti, maggiore è il livello di investimenti da affidamento, maggiore il surplus contrattuale da dividere. Come vedremo tra breve, questa caratteristica rende tali relazioni negoziali tanto più pericolose quanto più sono appetibili.

In conclusione, sembra che il legislatore italiano, nel disciplinare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, abbia inteso fare implicito riferimento a strutture bilaterali di governo, *value creating transactions* proiettate al di là del breve periodo. Tale scelta sembra intuitivamente cogliere nel segno, anche se l'opportunità di un intervento legislativo in materia è ancora oggetto di acceso dibattito. Per comprendere a fondo i motivi che determinano la necessità di una regolamentazione tesa a impedire che una delle parti nel *relational contracting* si renda autrice di comportamenti opportunistici, è bene osservare la fattispecie da diversi punti di vista, cogliendone le problematiche fondamentali, quali quella dell'incertezza e dell'informazione tra le parti, quella degli investimenti da affidamento e della durata contrattuale, infine quella dell'insorgere del vantaggio di minaccia.

1. INCERTEZZA, INFORMAZIONE, INCOMPLETEZZA

La presa di coscienza della limitatezza del patrimonio informativo a disposizione del decisore razionale sul mercato può essere considerata a pieno titolo come la principale giustificazione che ha reso possibile un intervento legislativo a tutela del contraente debole, a partire dalla protezione del consumatore nei contratti di massa. In verità, quantunque da più parti si sia fatto riferimento ai limiti della razionalità, sembrerebbe più appropriato adottare la definizione popperiana di *razionalità contestuale*, vale a dire di piena razionalità che si estrinseca purtroppo sulla base di informazioni non esaustive, piuttosto che ricorrere all'invalsa formula della *bounded rationality*, razionalità limitata in sé e dunque sempre fallibile.

Nel caso del *relational contracting*, la carenza informativa non può essere considerata come punto cardine, cartina al tornasole che ci segnali la necessità di giustificare un intervento correttivo. Le parti di una simile struttura negoziale sono entrambe imprese che operano nel loro mercato di riferimento, e si possono dunque considerare contraenti professionali caratterizzati da un buon livello di conoscenza dell'ambiente negoziale. Una tale conclusione sembrerebbe inibire qualsiasi tentativo di intrusione legislativa tesa a modificare l'equilibrio

¹⁸ L'esclusione del *neoclassical contracting* dall'analisi sarà più chiara quando analizzeremo la questione degli effetti di reputazione. Il gioco ripetuto tra un giocatore costante e infiniti giocatori monoperiali pone infatti meno problemi di dipendenza economica e più problemi di asimmetria informativa, tanto da ricomprendere la tematica assai diversa dei *consumer contracts*..

sinallagmatico previsto dalle parti al momento della conclusione dell'accordo, posto che un agente decisore consapevole non entrerebbe mai in una transazione che comportasse un esito ai suoi occhi indesiderato.

In verità, l'ipotesi di informazione (quasi) perfetta può essere mantenuta fin quando si tratti di questioni attinenti al presente e relative alla sfera di interesse di ciascun agente, ad esempio per quanto riguarda la comprensione del contenuto e della portata delle condizioni del contratto concluso. Essa però non può realisticamente essere resa valida anche con riferimento alla sfera di azione di controparte o all'evoluzione futura delle variabili rilevanti. Vi sono questioni in cui è verosimile ipotizzare che le parti agiscano sotto il dominio dell'incertezza.

La prospettiva decisionale di un agente decisore razionale può essere distorta dall'incertezza, in particolare per quanto riguarda due informazioni fondamentali. La prima riguarda l'affidabilità del partner contrattuale, la seconda lo stato del mondo che si verificherà in uno stadio futuro dell'esecuzione del contratto.

Per quanto concerne l'affidabilità di controparte, il nostro agente spesso si trova nella impossibilità di attestare con precisione se quanto affermato dal partner corrisponde al vero o meno. Naturalmente, egli si formerà delle aspettative sulla probabilità che controparte adotti un comportamento contrattuale cooperativo, adattando le proprie azioni in base alla rappresentazione del mondo che la propria razionalità gli fornisce. In particolare, è assai probabile che le parti non possano osservare la c.d. BATNA (*best alternative to negotiated agreement*) del proprio partner commerciale. Quest'ultimo sarebbe allora in grado di affermare di aver ricevuto una clamorosa offerta alternativa da parte di una terza impresa, lasciando intendere così di essere solleticato dalla prospettiva di un *efficient breach*. Vedremo che tale circostanza assume straordinaria rilevanza nel caso dei *relational contracting*. Secondo Ayres e Nalebuff (1997), le strategie per la creazione di vantaggio di minaccia sono assai spesso del tipo: "non chiedere un prezzo così alto perché la tua BATNA non è allettante come credi", oppure "perché la mia BATNA è migliore di quanto tu possa credere" e così via. Si tratta, in fin dei conti, di confondere le idee all'avversario, veicolando un patrimonio informativo che diventa common knowledge pur non corrispondendo necessariamente al vero. Una delle conseguenze di tale affermazione è il transitare di informazioni di livello superiore (ad esempio, "io so che tu sai che la mia BATNA è migliore di quanto tu creda"), cosa che spesso impedisce alle parti di continuare il rapporto su basi di fiducia. Naturalmente, ciò spesso è adeguatamente tenuto in conto dalle parti, eppure non mancano casi nei quali la percezione della verosimiglianza delle affermazioni di controparte risulta distorta al punto da rendere impossibile agli agenti decisori una accettabile rappresentazione della realtà.

Per quel che concerne, invece, l'incertezza relativa allo stato del mondo che si verificherà in un dato momento futuro, l'ipotesi di razionalità dell'individuo non si spinge naturalmente fino a postulare la perfetta informazione del contraente, che potrebbe invero essere raggiunta soltanto attraverso il metodo della sfera di cristallo. La teoria economica tradizionale ha sempre ovviato a questo inconveniente assumendo che l'individuo perfettamente informato sia in grado di associare una corretta stima probabilistica al verificarsi dei vari eventi possibili e alternativi che dipingono l'insieme dei futuri stati del mondo. In verità, appare particolarmente azzardato ipotizzare che gli agenti decisori includano nella formazione delle loro aspettative tutti gli stati del mondo che si potranno verificare, associando a ognuno un fattore probabilistico. Dunque, vi saranno eventi previsti e prevedibili, eventi imprevisi ma prevedibili, e potranno anche

verificarsi eventi impreveduti e nemmeno prevedibili in un'ottica *ex ante*, vale a dire nell'ottica temporalmente riferibile al momento della conclusione del contratto.

La letteratura economica ha cercato di superare l'*impasse* descrivendo analiticamente tale situazione di incertezza attraverso l'utilizzo della teoria dei *fuzzy sets*. Dato un insieme originario, un insieme *fuzzy* contiene una serie di funzioni c.d. di *appartenenza (membership)*, tali che per il verificarsi di un determinato evento-condizione – di solito espresso in modo assai generico e vago – con intensità superiore a un valore di soglia, la fattispecie considerata viene inclusa nell'insieme originario.¹⁹ Attraverso la logica *fuzzy* le parti potrebbero inserire nel contratto procedure generiche da applicare alle situazioni non prevedibili *ex ante* ed effettivamente verificatesi *ex post*.

Abbiamo dunque esaminato gli aspetti del *relational contracting* che sono massimamente coinvolti dal problema dell'incertezza. Abbiamo inoltre scoperto che le parti di un contratto affetto da incertezza sui futuri stati del mondo possono rimediare attraverso la predisposizione di “procedure d'emergenza”, atte a ricondurre all'interno di una logica condivisa fattispecie altrimenti foriere di potenziale imbarazzo. Ma quello che più interessa, nello scoprire il ruolo predominante dell'incertezza in seno alla prospettiva decisionale degli agenti decisori, è osservare che nel *relational contracting* il buon livello di informazione delle parti risulta essere una coperta corta rispetto al velo di incertezza che ricopre l'intero ambiente negoziale, contribuendo a far luce su molti aspetti della transazione, ma evidentemente non su tutti. In particolare, posto che l'incertezza compromette l'opinione individuale in merito all'affidabilità di controparte e del pari la rappresentazione dei possibili futuri stati del mondo, vien da pensare che tale oscura forza raggiunga il suo culmine nel momento in cui un contraente debba formarsi un'opinione riguardo alle possibili reazioni future di controparte a un evento *ex ante* imprevedibile.

Più in generale, possiamo affermare che alcune delle questioni afferenti al contratto potrebbero essere governate soltanto in base alla disponibilità di informazioni che purtroppo non sono completamente disponibili per le parti. Gli economisti distinguono tra *osservabilità* e *verificabilità* delle informazioni. Un'informazione potrebbe essere osservabile dalle parti *ex post*, in seguito al materializzarsi di un determinato evento, ma non essere verificabile, nel senso che i costi per provarla davanti a un terzo (ad esempio, il giudice) eccedono i benefici corrispondenti. Ancora, un dato informativo potrebbe rimanere privato, dunque non osservabile né condiviso persino *ex post*. Nel primo caso si parla di questioni *debolmente non contrattabili*, nel secondo di questioni *fortemente non contrattabili*.

Queste ed altre considerazioni inducono a pensare che la maggior parte dei contratti conclusi sul mercato sia affetta da un ragionevole grado di *incompletezza*. La presenza di questioni non contrattabili nello schema del contratto costituisce senza dubbio uno scomodo paradosso. Il verificarsi di eventi non previsti né prevedibili nell'ambito di tali questioni spinge le parti su un terreno scivoloso e spesso privo di appigli, nel quale la legge del più forte necessariamente soppianta le regole del civile ed equo convivere.

L'incompletezza dei contratti implica che le parti si trovino a dover concordare la procedura da seguire nei casi in cui un evento impreveduto alteri sostanzialmente l'equilibrio sinallagmatico inizialmente previsto, ad esempio rendendo la prestazione di un contraente più onerosa e meno praticabile di quanto fosse in

¹⁹ Per una organica esemplificazione del funzionamento della logica *fuzzy*, si veda Sacconi (1997).

precedenza e inducendo tale parte a domandare un aggiustamento del prezzo o della quantità previste dall'accordo originario. Per tale motivo, il *relational contracting* porta quasi sempre con sé l'eventualità di una rinegoziazione periodica, sulla base di clausole espressamente inserite nel documento contrattuale.

La rinegoziazione, come vedremo in seguito, spesso non è il momento più pacifico per i rapporti tra le parti; invero, non è infrequente che si addivenga ad un contenzioso più o meno acceso. Secondo una ricerca condotta da Alan Schwartz (1997), le tre cause più ricorrenti della lite tra le parti sono quelle per cui:

1. eventi esogeni hanno modificato la posizione di una parte, rendendone difficile l'adempimento;
2. una delle parti sfrutta l'incompletezza del contratto a tutto svantaggio di controparte;
3. una delle parti chiede di essere sollevata dall'obbligo di prestazione non perché essa sia divenuta difficile, ma perché non la trova più vantaggiosa.

Quello che a noi interessa in questo frangente è la seconda delle tre cause. Si tratta di comprendere in che modo una delle parti possa sfruttare l'incompletezza del contratto traendone un ingiustificato vantaggio ai danni di controparte, in particolare quel vantaggio che l'art. 9 della l.192/98 definisce come *eccessivo squilibrio di diritti e obblighi*.

2. IL LIVELLO DI INVESTIMENTI SPECIFICI E LA DURATA DEL CONTRATTO

In un contesto dominato dall'incertezza, probabilmente le parti troverebbero maggior sollievo nella conclusione di contratti *spot* periodicamente rinnovati in base alle mutate (e imprevedute) condizioni ambientali. Eppure, come abbiamo accennato in precedenza, una delle caratteristiche più marcate e ricorrenti delle strutture bilaterali è il fatto che esse siano regolamentate attraverso contratti di lunga durata, relazioni proiettate nel lungo o lunghissimo periodo la cui flessibilità è affidata alle clausole di rinegoziazione.

La principale spiegazione della durata dei contratti empiricamente osservabile nei contesti relazionali è fondata sulla rilevanza degli investimenti specifici, altrimenti denominati *investimenti da affidamento*. Si tratta di quegli investimenti che un soggetto sostiene in vista della esecuzione del contratto e che spesso sono difficilmente recuperabili nel caso di inadempimento di controparte, tanto da risultare catalogabili alla stregua di *sunk costs*²⁰. Nella più parte dei casi, si tratta altresì di investimenti sostenuti da una delle parti, che però determinano un maggior surplus contrattuale per entrambi i contraenti, sostanziando così un vero e proprio esito *mutually beneficial* e dunque pareto-compatibile. Si pensi alla localizzazione di impianti nelle vicinanze della sede dell'impresa partner, al fine di facilitare e velocizzare la fornitura oggetto del contratto. La verità è che in molti casi il sostenimento dell'investimento specifico è una condizione essenziale per rendere appetibile la conclusione dell'accordo; ne risulta influenzata così anche la scelta dell'impresa di fronte al trade-off tra *make* e *buy*.

²⁰ Naturalmente, l'affidamento può consistere anche nella semplice *inaction*, consistente nell'aver declinato offerte alternative in vista della conclusione del contratto, per poi ritrovarsi con un pugno di mosche. Si veda Craswell (1996), p.491.

Gli investimenti specifici, inoltre, possiedono un valore di *signalling* nelle relazioni tra le parti. Nel caso *Hoffman v. Red Owl Stores*, la scelta di un franchisee per una catena di drogherie – la Red Owl – aveva suscitato a tal punto l’interesse di Hoffman da indurlo, al fine di mostrare il proprio serio affidamento sulla conclusione del contratto, a vendere il panificio di sua proprietà e ad aprire una drogheria “in order that he gained experience in the grocery business”. Come affermato brillantemente da Richard Craswell (1996), se tale esperienza avesse condotto Hoffman a maggiori profitti nella gestione del franchising ciò avrebbe senza dubbio arrecato un beneficio anche a controparte, la Red Owl.

Se pure è vero che l’investimento specifico permette a entrambe le parti di concretizzare un beneficio, sembra del pari controintuitivo osservare che a fronte di tale beneficio solo uno dei contraenti si trovi a dover sostenere il costo corrispondente. In verità, un soggetto razionale difficilmente si lascerà coinvolgere da progetti di investimento troppo *relationship-specific* se a fronte di tale condotta l’altro contraente non si impegna a conferire un’aura di vincolatività all’accordo, rassicurando controparte sul fatto che la relazione contrattuale durerà nel tempo, consentendo così il recupero degli investimenti specifici.

Per tale motivo, la necessità di effettuare investimenti specifici porta necessariamente con sé l’esigenza di governare l’accordo attraverso strumenti legalmente vincolanti e di proiettarlo nel tempo attraverso la conclusione di contratti di lunga durata. Solo in tal modo le parti addiverranno ad una scelta ottimale in termini di affidamento; la prospettiva di un naufragio dell’accordo spingerebbe altrimenti le parti, preoccupate dall’eventualità di ritrovarsi nell’impossibilità di recuperare costi ormai sommersi, a sottoinvestire in affidamento.

Gli investimenti specifici costituiscono senza dubbio l’asse di rotazione attorno al quale gravitano gli equilibri fondamentali del contratto, in particolare per quanto riguarda la condotta delle parti. Studi ormai celebri, effettuati sul settore del carbone e del gas, mostrano a livello empirico una correlazione positiva tra la durata dei contratti e l’ammontare dei *relation-specific investments*, confermando così quanto si è mostrato qui a livello teorico. In più, sembra che le relazioni contrattuali di lunga durata siano caratterizzate da un’elevata quantità di informazioni private, dunque non osservabili nemmeno *ex post*²¹. Tali considerazioni sollevano alcuni dubbi circa la possibilità che un fenomeno in sé desiderabile – quale quello della ricerca di soluzioni efficienti e mutuamente vantaggiose attraverso lo strumento contrattuale – porti con sé indesiderate forme patologiche.

In effetti, gli investimenti specifici sortiscono l’effetto di legare in modo quasi indissolubile al contratto la parte che li ha sostenuti, che si viene così a trovare *locked-in*, prigioniera del contratto senza sostanziali vie di fuga. Il lato oscuro di ogni *sunk cost* è il corrispondente *switching cost* o costo di conversione, definibile come il costo aggiuntivo che il soggetto dovrebbe sostenere nel caso in cui decida di cambiare controparte. Tale costo rappresenta un meccanismo di attrito che inibisce assai spesso qualsiasi tentativo di procedere ad un inadempimento efficiente, vanificando così eventuali condotte opportunistiche del partner attuale. Una definizione alternativa del costo di conversione, che ne coglie il pericolo più tangibile è fornita da Klass e Rapp (1993), per i quali si tratta del “massimo importo del quale il fornitore potrebbe aumentare il prezzo senza perdere” il partner commerciale. Quel che qui conta è che uno dei contraenti, pur

²¹ Per un’esposizione puntuale, si veda Schwartz (1987), p.103.

beneficiando del ritorno di un investimento specifico effettuato da controparte, potrà al contempo rendersi autore di una condotta opportunistica rimanendo all'interno della relazione contrattuale, realizzando un esito stabile e al contempo traendo sovraprofitto ingiustificato a danno di controparte, la quale rimane invece prigioniera di un contratto-capestro che per giunta è ora divenuto il migliore di mondi possibili²².

Riproponendo in lessico ormai comune il *rationale* qui esposto, diremo che la specificità degli investimenti effettuati da un contraente determina l'insorgenza, in capo a controparte, di una *appropriable specialised quasi rent* dell'ammontare del costo di conversione²³. Tale circostanza costituisce una prospettiva assai sgradevole per il contraente che si trovi a dover sostenere investimenti specifici. Egli potrà tenerne conto modificando *ex ante* le proprie pretese contrattuali, finendo così per adottare un livello di investimenti da affidamento inferiore a quello ottimale. Oppure potrà – più o meno consapevolmente – ignorare tale scenario futuro, effettuando un volume ottimale di investimenti specifici e consegnando così se stesso e un favorevolissimo contratto nelle mani del partner²⁴.

3. RISK-ATTITUDE, PRIORITÀ DELL'ACCORDO E VANTAGGIO DI MINACCIA

Immaginiamo ora di trovarci di fronte ad un classico caso di *split 100*, vale a dire un caso in cui due individui – per semplicità denominati *A* e *B* – siano chiamati ad accordarsi in merito alla spartizione di una somma pari a 100, nella piena consapevolezza del fatto che, qualora non riuscissero a trovare un accordo, nessuno dei due otterrà nulla. L'ipotesi fondamentale è che il risultato efficiente per le parti consiste nel trovare quell'accordo che massimizza il prodotto delle loro utilità, esito che viene generalmente denominato *soluzione di Nash*. Supponiamo, ancora, che le parti siano entrambe neutrali rispetto al rischio, il che implica che a incrementi di denaro uguali corrispondono incrementi di utilità parimenti uguali. Assumiamo che l'utilità delle parti sia cardinale, osservabile e confrontabile. La soluzione di Nash a questo punto implica una eguale distribuzione della torta, come indicato dalla Tabella 1.

²² Secondo alcuni autori, in questo caso assume rilevanza anche il c.d. *effetto dote*, vale a dire la percezione della realtà che porta l'individuo a valutare diversamente la perdita di un bene a seconda che tale bene fosse effettivamente in suo possesso o meno. Tale approccio viene definito *prospect theory*. In verità, non sembra che questa teoria possa trovare qui applicazione, posto che sembra maggiormente indicato affermare che le parti in un contesto relazionale divengono avverse al rischio a seguito del sostenimento di investimenti la cui specificità fa insorgere la *priorità dell'accordo*. Si veda ad ogni modo Osti (1999).

²³ Si veda Klein, Crawford, Alchian (1978).

²⁴ Per una teoria multi-stage della contrattazione da questo punto di vista, interessante è il contributo di Emons (1991).

<i>Individuo A</i>		<i>Individuo B</i>		PRODOTTO DELLE UTILITÀ
D _A DENARO	U _A UTILITÀ	D _B DENARO	U _B UTILITÀ	
100	1,0	0	0	0
90	0,9	10	0,1	0,09
80	0,8	20	0,2	0,16
70	0,7	30	0,3	0,21
60	0,6	40	0,4	0,24
50	0,5	50	0,5	0,25
40	0,4	60	0,6	0,24
30	0,3	70	0,7	0,21
20	0,2	80	0,8	0,16
10	0,1	90	0,9	0,09
0	0	100	1	0

Tabella 1: Lo split 100 in condizioni di parità tra i contraenti

Fin qui nessun problema. La soluzione di Nash garantisce a un tempo efficienza ed equidistribuzione delle risorse tra le parti. Lo stesso risultato si otterrebbe nel caso di avversione al rischio, qualora le parti fossero chiamate a formulare una proposta secca di divisione della somma senza poter osservare *ex ante* l'identità di controparte. La divisione *fifty-fifty*, in effetti, costituisce quello che i teorici dei giochi definiscono *focal point*, espressione di un sentimento di accettabilità condiviso.

Lo stesso non accade nel caso in cui i contraenti siano caratterizzati da un diverso atteggiamento nei confronti del rischio. Ciò può accadere per molti motivi, legati alle conseguenze economiche delle proprie azioni o persino a considerazioni di pura matrice caratteriale²⁵. L'esempio più intuitivo è quello in cui *A* è molto ricco, *B* molto povero. *A* naturalmente vede di buon occhio la prospettiva di ottenere una parte dei 100, ma non ne ha veramente bisogno: al più, potrà finalmente coronare il sogno di acquistare quel panfilo che gli era sempre sfuggito. *B*, dal canto suo, ha i creditori alla porta e riceve pesanti pressioni ogni giorno, tanto che comincia a dubitare seriamente delle sue possibilità di inaugurare il nuovo millennio a piede libero. Egli ha maledettamente bisogno di denaro. In termini di utilità, ciò implica che *B* sia terrorizzato dall'ipotesi di naufragio della trattativa, e associa grandi incrementi di utilità all'idea di ottenere anche una piccola parte di quei 100. La teoria economica considera *B* un soggetto avverso al rischio, il che comporta che la sua utilità cresca a ritmi decrescenti all'aumentare della somma ottenuta.

La nuova situazione è stilizzata attraverso la tabella 2. Come appare evidente, la soluzione di Nash ora implica che le parti dividano la somma assegnando 70 ad *A* e 30 a *B*.²⁶

²⁵ Che l'avversione al rischio debba essere considerata alla stregua di un dato caratteriale, è ancora oggi controverso in dottrina. La sensazione è che, se l'atteggiamento verso il rischio fosse soltanto una questione caratteriale, non vi sarebbe alcun motivo di intervento da parte del legislatore a tutela degli individui più timorosi e a svantaggio dei "temerari". La verità, con ogni probabilità, sta nel mezzo, vale a dire nel riconoscere che parte della avversione al rischio palesata dai soggetti sul mercato è influenzata e indotta dall'esterno.

²⁶ Nel continuo, tale divisione diviene addirittura 73/27. Si veda Barry (1996).

<i>Individuo A</i>		<i>Individuo B</i>		PRODOTTO DELLE UTILITÀ
D _A DENARO	U _A UTILITÀ	D _B DENARO	U _B UTILITÀ	
100	1,0	0	0	0
90	0,9	10	0,4	0,36
80	0,8	20	0,6	0,48
70	0,7	30	0,7	0,49
60	0,6	40	0,78	0,468
50	0,5	50	0,85	0,425
40	0,4	60	0,91	0,364
30	0,3	70	0,96	0,288
20	0,2	80	0,98	0,196
10	0,1	90	0,99	0,099
0	0	100	1	0

Tabella 2: Lo split 100 in caso di avversione al rischio di B

L'ipotesi in cui B sia più povero di A è solo un caso particolare di quel genere di fattispecie nelle quali una delle parti è nella fattiva impossibilità di rinunciare all'accordo. Definiamo *priorità dell'accordo* tale caratteristica. L'avversione al rischio, in questo caso, è una conseguenza diretta del fatto che B assegna una *priorità* al fatto di raggiungere un accordo rispetto all'effettiva divisione della somma che ne risulterà²⁷.

Il *relational contracting*, nel caso in cui uno dei contraenti abbia sostenuto investimenti specifici, ricorda da vicino tale schema di contrattazione. Come abbiamo visto in precedenza, gli investimenti specifici costituiscono *sunk costs*, costi sommersi e irrecuperabili il cui valore in usi alternativi sia marcatamente inferiore a quello che essi generano nell'uso attuale. L'effetto meno desiderabile di tali investimenti è quello di rendere prigioniero dell'accordo colui che li sostiene, il quale si trova nella stessa situazione di B nell'esempio riportato nella Tabella 2, con l'unica differenza che nel nostro caso il contratto è già stato concluso. I problemi sorgeranno allora in una fase successiva, vale a dire nel momento della rinegoziazione del contratto.

A questo punto supponiamo di partire da un contratto che prevede una divisione *fifty-fifty* della somma. A potrebbe domandare a B un aggiustamento del prezzo che faccia pendere l'ago della bilancia a suo favore. Spingendo all'estremo l'analisi, non si vede perché A non possa proporre a B di dividere la somma 90/10 a suo favore, affermando che altrimenti l'accordo cadrà e nessuno otterrà nulla; agli occhi di B, questa suonerà di certo come "una proposta che non si può rifiutare".

Come abbiamo visto in precedenza, la decisione di sostenere investimenti specifici da parte di un contraente determina l'insorgere di una rendita appropriabile in capo a controparte. Ora possiamo affermare che la *priorità dell'accordo* determina la debolezza contrattuale di B.

Diremo allora che A possiede un *vantaggio di minaccia* nei confronti di B.

Dall'esempio qui esposto possiamo derivare anche un'importante conclusione: lo sfruttamento del vantaggio di minaccia implica un esito di contrattazione

²⁷ Naturalmente, non vale necessariamente il contrario; l'esempio del *consumer contract* è un esempio di contesto in cui un individuo avverso al rischio contrae con un'impresa neutrale rispetto al rischio, eppure la priorità dell'accordo li non rileva.

subottimale, vale a dire uno spreco di risorse. È a questo che Klein (1996) si riferisce quando afferma che nel caso in cui si verifichi una situazione di estorsione – come quella qui ricostruita – “il ricavo complessivo derivante dal rapporto si riduce”.

Siamo allora giunti al cuore del problema. Possiamo affermare che nel caso in cui una parte effettui investimenti specifici l'altro contraente si troverà a poter fruire di una rendita appropriabile modificando l'equilibrio iniziale del contratto e imponendo a controparte un'iniqua distribuzione del surplus ad esso relativo. Dal punto di vista sociale, tale esito risulta mal accetto, posto che risulta foriero di un'imperfetta allocazione delle risorse.

Evitare che uno dei contraenti abusi della dipendenza economica di controparte equivale, in quest'ottica, a scongiurare il verificarsi di situazioni nelle quali una delle parti possiede un vantaggio di minaccia, il cui abuso perpetrato ai danni del partner contrattuale comporterebbe il materializzarsi di una situazione indesiderabile dal punto di vista sociale.

4. UN INTERESSANTE PARALLELISMO

La patologia del vantaggio di minaccia si manifesta per lo più laddove sussista una effettiva barriera all'uscita dal contratto per uno dei contraenti. Le cause del verificarsi di siffatto evento possono farsi risalire principalmente a due fattori. Il primo è il sostenimento di investimenti specifici, del quale abbiamo già abbondantemente trattato. Il secondo è la mancanza di alternative soddisfacenti sul mercato²⁸. Tali due fattori non sono però mutuamente esclusivi, posto che gli investimenti specifici sortiscono in fin dei conti l'effetto di rendere poco appetibili ed economicamente meno vantaggiose le alternative offerte dal mercato. Esistono, peraltro, delle situazioni nelle quali un contraente risulta privo di alternative valide alla controparte con la quale intrattiene rapporti commerciali, anche se nessun investimento specifico è stato sostenuto. Il caso più eclatante è quello del monopolio, nel quale la mancanza di concorrenti sul mercato consente all'unico venditore di fissare liberamente il prezzo in modo da massimizzare i propri profitti. In verità, fattispecie di questo tipo ricorrono anche quando un'impresa mantenga una posizione dominante sul mercato.

Per certi versi, l'abuso del vantaggio di minaccia somiglia molto da vicino all'abuso di posizione dominante proprio del diritto antitrust. Si pensi ad esempio alla definizione che emerge dalla decisione *Continental Can*, secondo la quale un'impresa “si trova in posizione dominante quando può disporre di un'ampia libertà di comportamento che le permette di agire senza tener conto dei concorrenti, degli acquirenti o dei fornitori”²⁹. Come abbiamo notato in precedenza, anche il contraente che possiede un vantaggio di minaccia può almeno parzialmente prescindere dalle alternative disponibili sul mercato.

²⁸ Aldo Frignani afferma, rispetto alla dipendenza economica: “Questo legame può risultare da diverse circostanze, di cui alcune sono esterne ai comportamenti delle parti (monopolio legale, penuria, necessità per un commerciante di disporre nel suo assortimento di un prodotto che costituisce l'oggetto di una forte domanda), mentre altre possono essere tipiche dell'impresa dipendente (impossibilità di ricorrere ad altri metodi di fabbricazione, difficoltà di trovare un altro partner, importanza del fatturato realizzato con il partner dominante, carattere essenziale di questo partner per la sopravvivenza dell'impresa dipendente, lunga durata dei rapporti contrattuali)”, cfr. Frignani e Waelbroeck, (1996), p-228.

²⁹ La Decisione *Continental Can* è stata pubblicata sulla G.U.C.E. L7 dell'8.01.1972, p. 25.

Inoltre, la dipendenza economica non è un concetto nuovo per la Commissione europea, che ha ravvisato gli estremi di tale fattispecie in più occasioni, come nel caso *General Motors*, nel caso *ABG/Imprese petrolifere olandesi*, nel caso *Hugin/Lipton* e nel caso *British Leyland* del 1986, nel quale viene sottolineata la sussistenza della “situazione di dipendenza economica caratteristica di una posizione dominante”.³⁰

Naturalmente, si noterà che l’abuso del vantaggio di minaccia non implica necessariamente una restrizione alla concorrenza. Eppure, questa affermazione risulta meno lapalissiana di quanto sembri a prima vista. Da una parte, com’è noto, la determinazione della posizione dominante sul mercato dipende molto dall’estensione che si assegna al mercato rilevante, al c.d. *Relevant Product Market*, la cui delimitazione costituisce un passaggio cruciale che può grandemente influire sull’esito finale. Per contro, si può affermare senza tema di smentita che, in seguito al sostenimento di investimenti specifici in capo a una parte del contratto, si creano le condizioni per l’esercizio di un potere tutt’a fatto assimilabile a quello del monopolista da parte del partner commerciale. L’orientamento che emerge dalle citate decisioni della Commissione, secondo un’opinione autorevole, “porta a constatare l’esistenza di posizioni dominanti su mercati estremamente stretti”³¹.

Ancora, abbiamo mostrato che l’abuso del vantaggio di minaccia porta comunque ad una misallocazione delle risorse che porta ad una perdita secca dal punto di vista sociale: tale dissipazione richiama alla mente la *deadweight loss* che gli economisti associano alle situazioni di oligopolio e monopolio. Non a caso, l’abuso di dipendenza economica è stato da più parti definito come *abuso di posizione dominante relativa*. È allora sufficiente realizzare che una delle conseguenze principali del sostenimento di investimenti specifici è di determinare un’immediata restrizione del mercato rilevante, inteso come insieme delle offerte alternative praticabili per l’impresa dipendente. Tale restrizione è determinata dall’insorgere degli *switching costs*, dei quali si è già sottolineata la rilevanza. Il ruolo di tale componente di costo è analogo a quello svolto, ad esempio, dai costi di trasporto nella abituale procedura di calcolo dell’estensione geografica del *RPM*. Il caso estremo è quello del contraente completamente prigioniero di un contratto a causa della totale assenza di alternative: tale situazione implica che il *RPM* non si estenda oltre le anguste mura del contratto.

Eppure, il nostro legislatore ha inteso sottrarre la norma sull’abuso di dipendenza economica dall’ambito della disciplina antitrust, lasciando così il doveroso compito della sua applicazione al giudice ordinario. Tale decisione ha sollevato non pochi dubbi in seno alla dottrina e costituisce in verità un’inversione di marcia dell’ultima ora, posto che i disegni di legge presentati al Senato e alla Camera miravano a modificare e integrare il disposto dell’art. 3 della legge 287/90. Ciò si pone in netto contrasto con la direzione intrapresa in paesi europei come la Francia e la Germania, nei quali l’intervento legislativo è considerato alla stregua di uno strumento complementare ai normali rimedi di

³⁰ Si veda Frignani e Walbroeck (1996), p.228.

³¹ Cfr. ancora Frignani e Waelbroeck (1996). Si pensi anche alla nozione di *aftermarkets*, in particolare nel caso *Kodak*, per comprendere come in alcuni casi un’impresa possa comportarsi in modo ineccepibile sul primo mercato per poi rivalersi *sull’aftermarket*. Per il caso *Kodak*, si veda Kumar (1995). Nel caso *Hugin/Lipton*, Hugin deteneva una posizione dominante nei rapporti con le imprese che effettuavano la manutenzione e la riparazione delle sue macchine, posto che l’unica fonte di approvvigionamento di pezzi di ricambio era la stessa Hugin. Dove sia l’effetto macroeconomico della costituzione di una posizione dominante su tale minuscolo mercato, è dato indovinare, non sapere.

tutela della concorrenza³². Al di là dei dubbi teorici qui esposti, non si nasconde un certo alone di scetticismo riguardo alle possibilità del giudice ordinario di procedere ad un intervento di ingegneria contrattuale tanto delicato. Rimettere la questione sotto l'egida dell'Autorità Garante potrebbe in effetti garantire una migliore qualità e una probabile maggiore fluidità del controllo, mirato a colpire le manifestazioni comportamentali tese ad una pratica di *hold-up* monopolistico sia quando esse comportino una effettiva restrizione della concorrenza, sia quando tale effetto a livello macroeconomico non risulti percettibile.

Per contro, è necessario osservare che affidare all'Autorità il controllo delle situazioni di dipendenza economica potrebbe comportare un'estensione in qualche modo ingiustificata del campo applicativo dell'antitrust a settori limitrofi eppure disomogenei rispetto a una branca del diritto nata a tutela della concorrenza nel mercato, senza finalità di riequilibrio contenutistico di contratti di per sé sbilanciati ma del pari inidonei a generare ripercussioni percettibili nel generale equilibrio di mercato. La stessa Autorità si è espressa contro tale indebita estensione di competenze in due pareri³³. In effetti, l'orientamento della Commissione cui si è fatto riferimento è stato accolto con scetticismo dalla Corte di Giustizia, che ha annullato molte decisioni che facevano riferimento al problema della dipendenza economica in nome di una nozione di abuso maggiormente confinata al requisito della piena e indipendente libertà di comportamento rispetto ai concorrenti. La motivazione fondamentale adottata per dimostrare l'inopportunità del ricorso alla normativa antitrust riguarda

³² In Germania, il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* ora estende la nozione di abuso di posizione dominante a fattispecie nelle quali, più che l'effetto restrittivo della concorrenza, sussista una sostanziale mancanza di alternative disponibili sul mercato per una delle due parti. In Francia, l'*Ordonnance* n. 86-1243 vieta espressamente l'abuso di dipendenza economica, con formula molto simile a quella utilizzata dal nostro legislatore. L'abuso di dipendenza economica, nel diritto francese non coincide con l'abuso di posizione dominante, ed anzi, a differenza di quest'ultimo, prevede soltanto una posizione dominante relativa. La struttura della *ordonnance* del 1986 è stata poi modificata con la *loi* n. 92-1442 del 31 dicembre 1992, che introduceva una serie di norme demandate a combattere il problema dei termini di pagamento fra le imprese. Comportamenti illeciti da questo punto di vista vanno considerati, dunque, alla stregua di pratiche anticoncorrenziali, anche se essi potrebbero agevolmente essere inquadrati nella fattispecie dell'abuso di dipendenza economica.

Infine, la *loi* n. 96-588 del 1 luglio 1996 sulla lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali ha introdotto uno strumento concorrenziale molto potente per intervenire nei rapporti tra imprese. Il criterio di fondo va ben oltre quello del danneggiamento diretto del partner, che già andava ad aggiungersi alla fattispecie ormai consolidata del danneggiamento del concorrente come ipotesi di concorrenza sleale. Qui l'ipotesi di reato è invece assai più estesa, e include qualsiasi comportamento teso a svantaggiare controparte nel contesto della relazione commerciale, in specie qualora tale condotta sostanzialmente una pratica manifestamente derogatoria con riferimento alle condizioni contrattuali inizialmente stabilite.

Il meccanismo delineato dal sistema francese è così pregnante da apparire, agli occhi di Caso e Pardolesi, addirittura "venato di estremismo". Si veda Osti (1999), e Caso e Pardolesi (1998).

³³ I pareri sono stati resi il 20 giugno 1995 e l'11 febbraio 1998. In quest'ultimo parere, l'Autorità sottolineava l'impossibilità di estendere la nozione di posizione dominante fino a sovrapporsi a quella di dipendenza economica, pur potendo rapporti di subfornitura non equi ricadere – se ne ricorrono le condizioni – sotto l'applicazione dell'art. 3 della l. 287/90. L'effetto del parere del 1998 è stato determinante ai fini della esclusione dell'articolo 9 dalla legge 287/90, tanto che il relatore Micele si trovò ad affermare davanti alla camera 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 subfornitura*". Affermazione, questa, da attribuirsi probabilmente allo scoramento del relatore, ma comunque non condivisa dalla maggior parte della dottrina.

l'insussistenza di restrizioni della concorrenza nella più parte dei casi di abuso di dipendenza economica³⁴.

Ad ogni buon conto, sembra difficile negare che le due fattispecie di abuso presentino una straordinaria somiglianza. D'altronde, anche l'abuso di posizione dominante si concretizza attraverso un processo del tutto simile a quello che qui abbiamo descritto, basato sulla *priorità dell'accordo* e sull'esercizio della propria *bargaining strength* a danno di controparte. Diremo allora che abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante si pongono come fattispecie del tutto assimilabili, tanto che entrambe possono essere considerate alla stregua di casi particolari della fattispecie di abuso di un vantaggio di minaccia. Si tratta di situazioni nelle quali ambienti cooperativi producono soluzioni non cooperative a causa di uno squilibrio di forze contrattuali che lascia uno dei contraenti in piena condizione di *Zugzwang*.

5. UN ESEMPIO RIASSUNTIVO

Giunti alla fine dell'analisi descrittiva del fenomeno del vantaggio di minaccia, possiamo volgere la nostra attenzione alla sua ricaduta pratica, considerando un semplice esempio nel quale problemi informativi, specificità degli investimenti e vantaggio di minaccia si incontrano e interagiscono dando vita a risultati che in gran parte costituiscono l'esemplificazione quantitativa di quello che si era andato paventando nella parte precedente del lavoro.

Immaginiamo allora il caso in cui la Renda Motor Company, nota fabbrica di automobili di dubbia qualità, debba decidere se delegare all'esterno la produzione dei sedili da installare nelle sue autovetture. La figura 2 sintetizza i dati relativi alle grandezze di costo che qui interessano, in particolare degli elementi che servono all'impresa per risolvere in modo efficiente il trade-off tra make e buy.

SCHEDA DELLA RENDA MOTOR COMPANY
COSTI DI PRODUZIONE IN PROPRIO = 600
COSTI DI ORGANIZZAZIONE DELLA FUNZIONE = 100
POSSIBILE PREZZO DI ACQUISTO DALL'ESTERNO = 500
EVENTUALI INVESTIMENTI SPECIFICI PER ADATTARE IL PRODOTTO = 500

Figura 2

³⁴ *Contra*, si veda Osti (1999). Nello stesso senso si esprimeva il compianto Disiano Preite, il quale magistralmente esponeva la complessità e l'estensività con la quale l'antitrust permea l'universo economico, praticamente agendo su tutti i conflitti che sorgono nel mercato, tra impresa e impresa, impresa e consumatori e anche tra consumatori. Cfr. Disiano Preite, *Solving Conflicts Among Consumers: Antitrust, Theories of Justice and Democratic Process*, 1994 (first draft).

Assumiamo il livello di prezzo sul mercato, pari a 500, come un dato, e ipotizziamo che le parti siano affette da incertezza sul comportamento di controparte nel futuro³⁵. Appare chiaro che, nell'esempio considerato, il trade-off tra make e buy si risolve potenzialmente a favore del secondo. Ipotizzando che i costi transattivi siano inclusi nel livello del possibile prezzo di acquisto dei sedili dall'esterno, possiamo allora facilmente risolvere la disequazione rappresentata nella figura 1:

$$(P + O) = (600 + 100) > (A + T) = 500$$

vale a dire, esiste un potenziale surplus contrattuale di 200 per la Renda Motor, che a questo punto si posizionerà sul mercato al fine di trovare una controparte in grado di effettuare la fornitura desiderata al prezzo stimato, pari a 500. Si tratta, per ipotesi, di una fornitura destinata a soddisfare il fabbisogno di mille sedili l'anno.

La controparte ideale è la Comfort&Co., la cui scheda è riportata nella figura 3: si tratta di un'azienda solida, i cui costi di produzione dei sedili richiesti risultano essere ben al di sotto di quelli che la Renda dovrebbe fronteggiare se decidesse di internalizzare la funzione considerata. Assumiamo, per semplicità, che la Comfort produca sedili soltanto per la Renda, configurando così una situazione di monocommittenza. La scheda evidenzia l'ammontare di investimenti specifici che la Comfort dovrebbe sostenere al fine di massimizzare il profitto congiunto derivante dall'esecuzione del contratto. Essa dovrà adattare i propri impianti alla forma del sedile da ottenere e in più localizzare tali impianti nei pressi della fabbrica principale della Renda Motor. Questi investimenti sono necessari per trarre il massimo profitto dall'operazione, dovranno essere ammortizzati nel tempo e non potranno comunque essere recuperati quale che sia la sorte del contratto. Ancora, la scheda evidenzia l'ammontare dei costi di conversione che l'impresa dovrà sostenere nel caso in cui decida di rivolgersi a un altro committente.

SCHEDA DELLA COMFORT&CO
COSTI VARIABILI PER 1.000 SEDILI = 300
INVESTIMENTI SPECIFICI:
Adattamento impianti = 250
Localizzazione = 500
TOTALE = 750
INVESTIMENTI RECUPERABILI = 250
COSTI FISSI TOTALI = 1.000
SWITCHING COSTS = 750

Figura 3

³⁵ Naturalmente, in condizioni di incertezza è difficile che il mercato sia caratterizzato da un livello di concorrenza tale da imporre il prezzo come un dato imm modificabile per le imprese. Qui l'assunto di invariabilità del prezzo *ex ante* assolve esclusivamente una funzione semplificatrice.

Supponiamo allora che la Renda Motor offra alla Comfort&Co. (C&C) 500 per una fornitura annuale, da effettuare in unica soluzione con pagamento contestuale. Si tratta di un contratto di breve periodo, senza alcuna garanzia che i rapporti commerciali continueranno anche per altre forniture. È evidente che la C&C deciderà di accettare l'offerta della Renda, senza però voler sostenere gli investimenti specifici, che in questo caso non sarebbero ammortizzabili in un anno, essendo di importo superiore all'intero *cash-flow* in entrata della C&C. Un tale contratto costringerebbe la Renda ad effettuare un investimento specifico, dettato dalla necessità di adattare i prodotti di controparte alle sue specifiche esigenze. Tale costo è riportato nella figura 2 come investimento per l'adattamento del prodotto. Inoltre, la mancata localizzazione della fabbrica della C&C presso gli stabilimenti della Renda imporrebbe alle parti di dividere in qualche modo i costi di trasporto. Supponiamo che ciò implichi un aumento del costo del *buy* fino a 1000. Va da sé che in tal caso la Renda deciderà di optare per il *make*, rinunciando al ricorso al mercato.

A dire il vero, però, la C&C ha lasciato intendere che, qualora la Renda fosse disposta a stipulare un contratto di lunga durata, pari ad esempio a dieci anni per dieci forniture, allora l'eventualità del sostenimento di investimenti specifici potrebbe farsi assai meno remota. La prospettiva della Renda Motor (RM) nella fase precontrattuale può essere schematizzata come nella figura 4.

Appare chiaro che la soluzione che minimizza i costi per la RM è il ricorso al mercato attraverso un contratto di lunga durata, che la leghi alla C&C per una durata di dieci anni al prezzo inizialmente stabilito.

Il trade-off tra make e buy e la rilevanza degli investimenti specifici

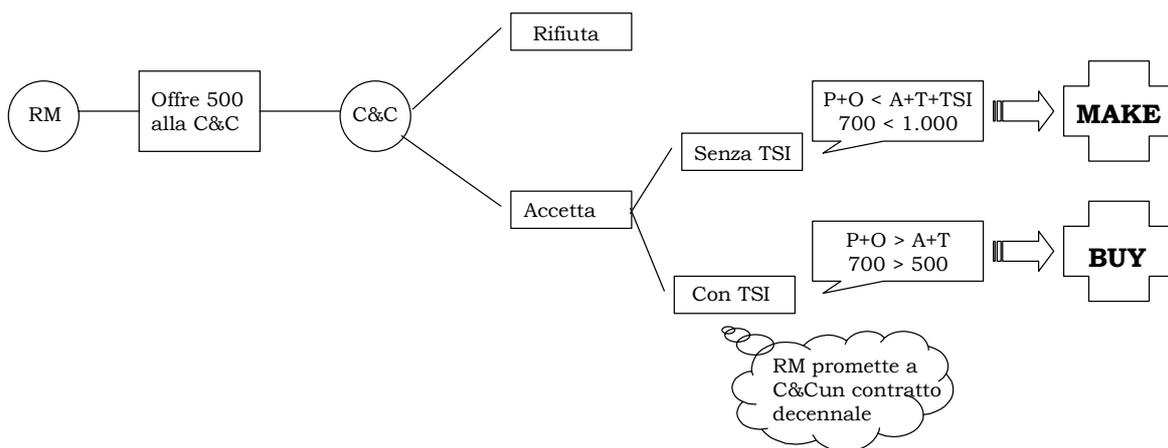


Figura 4: Il trade-off tra make e buy e l'importanza dei transaction-specific investments (TSI)

Dunque, *fiat contractus*. Il surplus congiunto, da dividere tra le parti, è pari a

$$\text{Surplus contrattuale} = (P + O) - \text{Costi totali della C\&C} = 300$$

I costi totali della C&C sono infatti pari ai costi variabili (300) maggiorati della quota di ammortamento annuale dei costi fissi (100). La C&C avrà così la possibilità di ammortizzare agevolmente gli investimenti nell'arco di dieci anni, ed entrambi i contraenti presenteranno un payoff positivo a seguito dello scambio. Tale soluzione, in una parola, mette d'accordo tutti, realizzando una situazione di superiorità paretiana e, per quel che è dato sapere in questo esempio, anche di ottima allocazione delle risorse. Immaginiamo, per dare un tocco di realismo, che le parti abbiano introdotto nel contratto una clausola che permette loro di domandare e ottenere una rinegoziazione nel caso in cui eventi esogeni e imprevedibili modifichino la struttura dei costi, ad esempio il costo delle materie prime necessarie per la costruzione dei sedili.

Vediamo ora cosa può accadere durante la fase di esecuzione del contratto. Ipotizziamo, come spesso capita di fare ai teorici dei giochi, che immediatamente dopo la conclusione del contratto una mossa della natura (N) possa intervenire a modificare potenzialmente l'andamento dei costi delle materie prime³⁶. In tal caso, i costi variabili della C&C lieviterebbero fino a toccare quota 450. Tutte le imprese concorrenti della C&C sul mercato aumenteranno il prezzo di conseguenza. Inoltre, anche i costi "potenziali" del *make* aumenterebbero. Per semplicità assumiamo che l'incremento di costo sia uguale per le due imprese, pari dunque a 150. I costi P del *make* sarebbero allora pari a 750, e il payoff della RM andrebbe calcolato in base a tale nuovo riferimento. Di fronte a tale nuova situazione, impreveduta e imprevedibile, la C&C domanda una rinegoziazione. La RM, per ipotesi, potrà decidere tra due comportamenti alternativi, uno di tipo cooperativo, l'altro di tipo abusivo.

Nel caso in cui la mossa della natura non implichi un aumento del costo delle materie prime, supponiamo che la Renda Motor possa decidere di assumere tre condotte alternative: la condotta cooperativa, una condotta moderatamente abusiva e una condotta pesantemente vessatoria, tesa all'estorsione dell'intera *quasi-rent*.

La figura 5 riporta un diagramma di flusso relativo ai possibili stati del mondo delineati in questo esempio. I payoff corrispondenti a ogni soluzione sono raffigurati con quadrati muniti di freccia: la prima cifra si riferisce al risultato della Renda Motor, la seconda al payoff della Comfort&Co..

³⁶ La mossa della natura potrebbe intervenire anche dopo qualche anno, e probabilmente tale ipotesi sarebbe più realistica. Ma il risultato teorica non cambia, per cui optiamo per la semplicità espositiva a danno della verosimiglianza.

LA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO: primo esempio

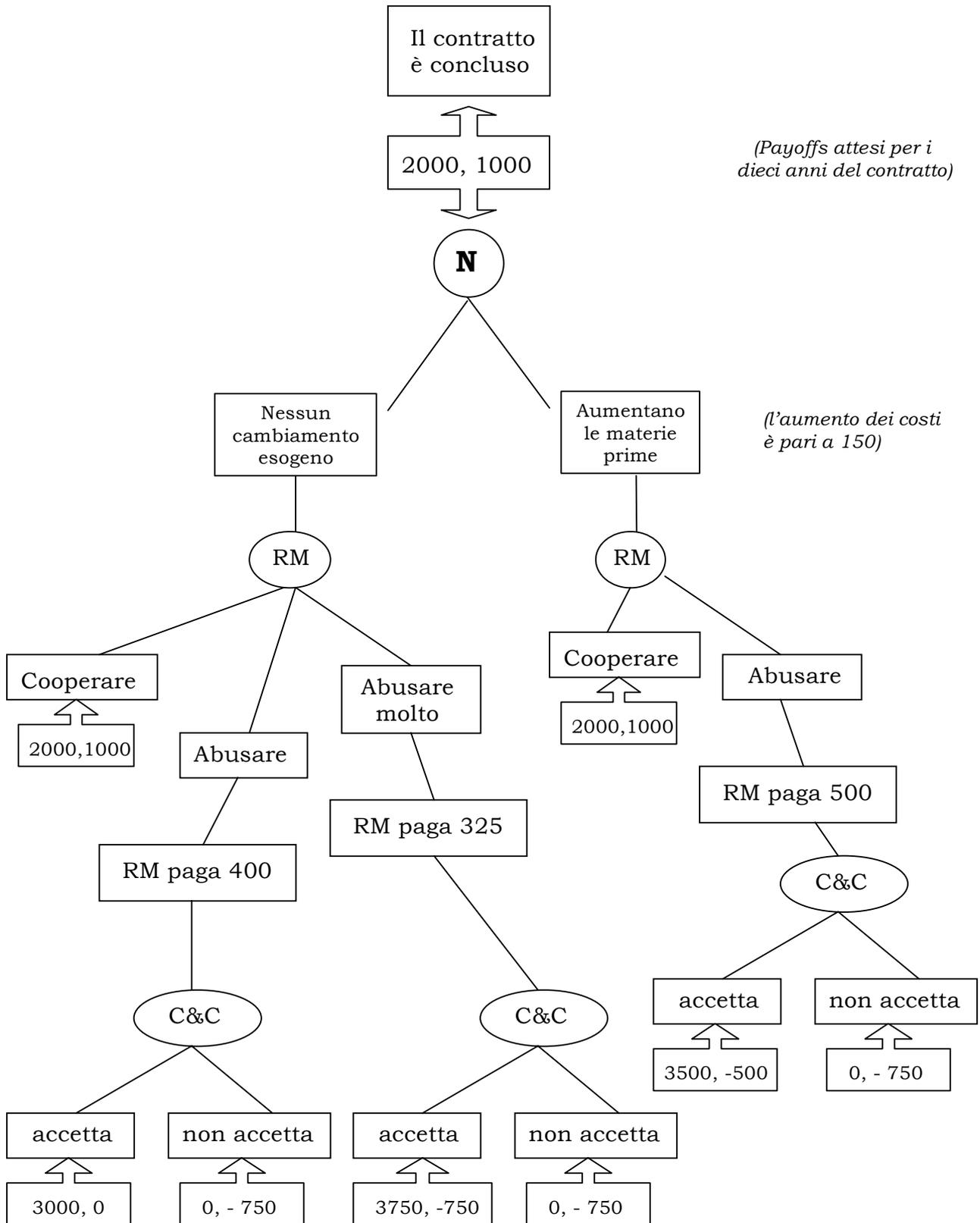


Figura 5

I payoffs riportati in figura si ottengono moltiplicando per il numero delle forniture previste dal contratto i singoli payoffs conseguenti a ogni round dello scambio. Il risultato ottimale per la RM, in questo esempio, viene raggiunto attraverso una condotta fortemente abusiva, indipendentemente dalla mossa della natura. Appare infatti evidente che la RM può imporre un prezzo minimo pari a 325 nel caso in cui non vi sia aumento delle materie prime, a 475 nel caso in cui tale aumento abbia luogo. Il dato che più colpisce riguarda l'assoluta irrilevanza della mossa della natura. È pur vero che, se l'esempio si fonda sull'ipotesi che le parti non anticipino le reciproche mosse, nella realtà è assai probabile che i contraenti modifichino la propria posizione nel contratto a seconda della probabilità associata all'opportunismo della controparte.

Ad ogni modo, l'esempio chiarisce bene l'esistenza di esiti contrattuali nei quali una delle parti resta prigioniera del contratto senza poterne uscire se non a caro prezzo. Il caso in cui le materie prime aumentano di costo e la RM sceglie una condotta abusiva è illuminante, dal punto di vista della decisione della C&C di abbandonare il contratto o meno. Ebbene, come si vede dal confronto tra i payoffs, accettare le strangolatorie condizioni proposte dalla RM diviene la migliore tra le soluzioni possibili, con l'impresa costretta ad accogliere di buon grado una perdita secca di 500 per evitare un tracollo ancora più imbarazzante.

Un'altra conclusione interessante è quella relativa all'entità della *appropriable quasi rent* presente nel contratto. Innanzitutto, il massimo payoff ottenibile dalla RM nel contratto è 3750, pari a dieci volte la posta in gioco ad ogni round dello scambio, maggiorata dell'importo dei *sunk costs*. Al termine del gioco, dunque, la Renda Motor non si è soltanto appropriata dell'intero surplus generato dall'operazione, ma anche di una parte delle risorse preesistenti in capo a controparte, che in tal modo va in perdita.

Infine, è interessante notare che la RM agisce in modo completamente indipendente dalla concorrenza, posto che la C&C si trova di fronte ad una vera e propria barriera all'uscita dal contratto, rappresentata dall'entità dei costi di conversione, pari a 750. In questo, appare chiara la somiglianza con la fattispecie dell'abuso di posizione dominante, della quale si è detto in precedenza.

La figura 6 illustra una piccola variazione dell'esempio fin qui riportato. Supponiamo infatti che i costi di produzione della RM siano complessivamente pari a 450, di modo che la soluzione ottimale per l'impresa considerata sarebbe decisamente il *make*. Ebbene, la prospettiva di ottenere un vantaggio futuro attraverso l'adozione di un comportamento non cooperativo può spingere l'impresa verso una scelta subottimale nel trade-off iniziale, in vista di un payoff finale che può toccare quota 1250. Tale osservazione tornerà utile di qui a breve, quando ci interrogheremo sulla possibilità di ricostruire un parametro di riferimento per la determinazione dell'abuso di dipendenza economica.

LA FASE DI ESECUZIONE DEL CONTRATTO: secondo esempio

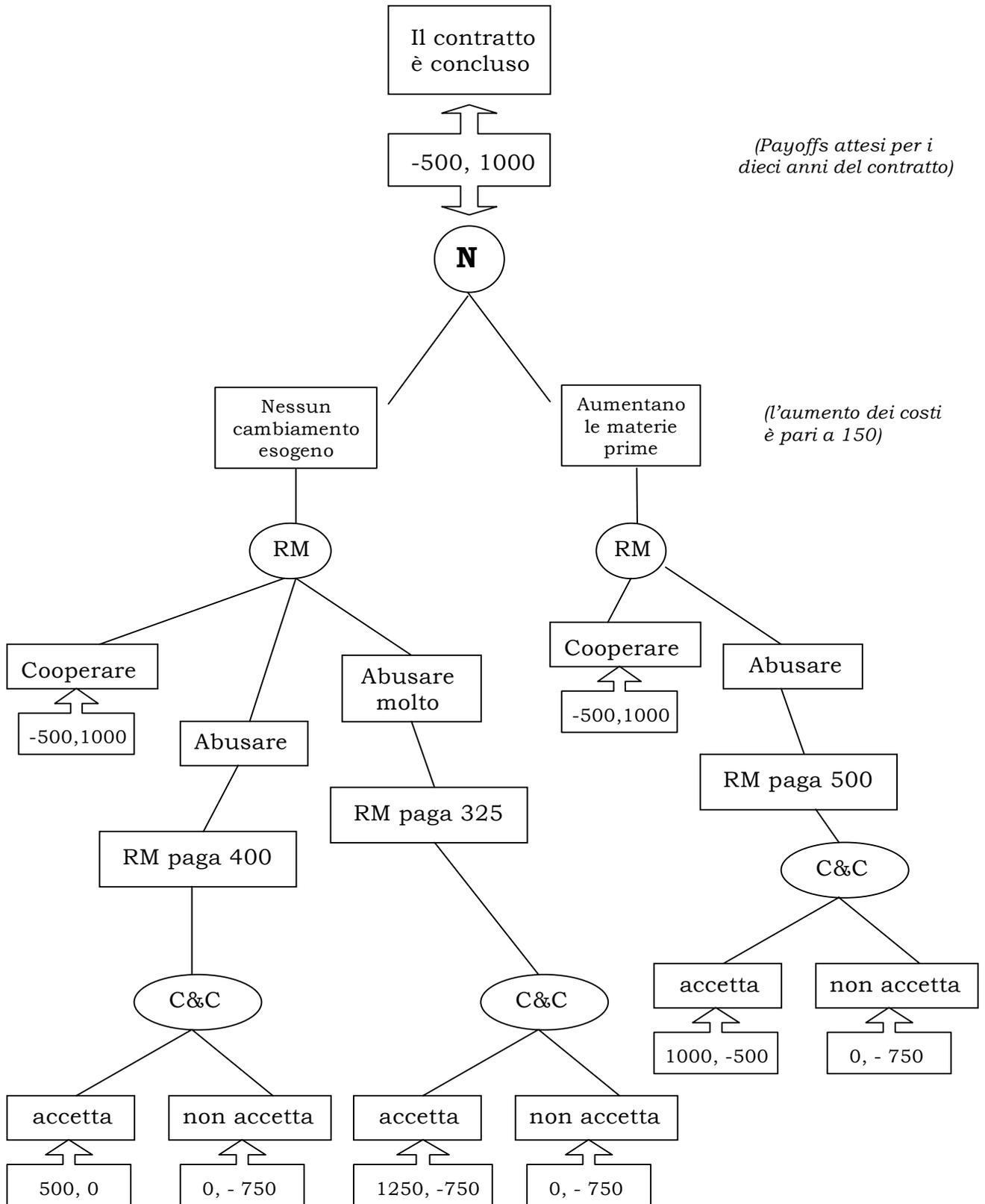


Figura 6

APPENDICE: LE POSSIBILI CRITICHE AL MODELLO QUI ESPOSTO

L'esempio qui illustrato getta un cono d'ombra piuttosto minaccioso sulla desiderabilità sociale del *relational contracting*: invero, si tratta di un cono d'ombra che definiremmo 'troppo brutto per essere vero'. D'altra parte, non sarebbe immaginabile che il legislatore assista impassibile di fronte al materializzarsi di una situazione potenzialmente tanto ricorrente, senza nemmeno poter fare affidamento sull'esistenza di alcuni meccanismi stabilizzatori propri del gioco delle forze di mercato.

1. In primo luogo, si potrebbe obiettare che la situazione di dipendenza è spesso reciproca, tanto che nessuno dei contraenti ha incentivo a comportarsi in modo non cooperativo. Un tipico esempio di stabilità dovuta alla presenza di minacce reciproche è dato dalla guerra fredda. Shaun Hargreaves Heap descrive con precisione il ruolo svolto dalla certezza della rappresaglia di controparte come determinante fondamentale del mantenimento della pace tra i due blocchi. I paesi del Patto di Varsavia avrebbero potuto agevolmente invadere l'Europa, visto l'esiguo contingente schierato in quegli anni dalla NATO. Ma tale strategia non risultava essere particolarmente saggia, posto che qualsiasi attacco avrebbe portato con sé la c.d. MAD (*mutually assured destruction*), vale a dire la reazione dell'altro blocco con relativo annientamento delle due superpotenze³⁷.

La dipendenza diviene reciproca quando entrambe le parti sono avverse al rischio di rottura dell'accordo, oppure quando sono entrambe legate alla transazione da un sufficiente volume di TSI. Si noti che anche il ricorso ad un subfornitore dotato di know-how autonomo costituisce *lato sensu* un investimento da affidamento. Ciò porrebbe il committente in una situazione di dipendenza rispetto a controparte, che potrebbe così esercitare una qualche forma di potere contrattuale nei suoi confronti. Per tale motivo, spesso la patologia del vantaggio (univoco) di minaccia può essere più facilmente ricondotta a quelle transazioni nelle quali una parte si trova a dover sostenere un livello di TSI molto maggiore rispetto a quello di controparte. Un esempio calzante a tal riguardo è proprio quello della subfornitura industriale, in particolare di quel tipo di subfornitura che sembra essere il principale riferimento della normativa recentemente divenuta legge nel nostro ordinamento, denominata subfornitura di capacità meramente *officinale*, relegata dalla dottrina in quelle che sono state definite le *province povere della deverticalizzazione*³⁸.

2. In secondo luogo, alcuni potrebbero sostenere che il mercato è perfettamente in grado di reagire autonomamente alla patologia dell'abuso. Tale argomentazione si basa su due punti chiave: la capacità delle parti di modificare ex ante la propria condotta contrattuale a seconda della probabilità che associano alla circostanza di ritrovarsi vittime di un comportamento opportunistico e l'importanza degli effetti di reputazione come incentivo per le parti all'adozione di un comportamento cooperativo.

Per quanto concerne la possibilità che le parti anticipino perfettamente l'eventualità di un comportamento opportunistico di controparte, vale quanto affermato in precedenza a proposito dell'incertezza e della *bounded rationality*. Non essendo le parti in grado di conoscere tutti gli stati del mondo che potranno

³⁷ Si consulti il capitolo IX del manuale di Hargreaves Heap *et al.* (1996).

³⁸ Si veda il contributo di Caso e Pardolesi (1998).

verificarsi e quindi prevedere quale stato del mondo si verificherà, ecco che ipotizzare una loro piena capacità di scontare anticipatamente il disvalore connesso ad una reazione futura del partner contrattuale risulta piuttosto svilita. Ciò non toglie che godere di piena fiducia nella fase delle trattative porta sicuri vantaggi in termini di dimensione del surplus, di divisione del surplus stesso e di flessibilità del contratto.

È lecito, infatti, osservare che nei rapporti contrattuali di lunga durata condotte eccessivamente venate di opportunismo possano comportare indesiderate ripercussioni sul piano reputazionale. Nella letteratura economica dei *game theorists* è ormai appurato che nei giochi ripetuti l'effetto reputazionale riveste un'importanza notevolissima, in particolare quando l'orizzonte contrattuale è sufficientemente lungo³⁹. Questa osservazione coglie a mio parere nel segno, pur senza minare il *rationale* qui esposto nella sua totalità. In effetti, come vedremo in seguito, investire in reputazione può essere per l'impresa un'ottima soluzione per generare fiducia nel mercato, raccogliendo così i frutti in termini di maggiore disponibilità di controparti e migliori condizioni contrattuali rispetto a quelle concluse in condizioni di diffidenza. Oltretutto, l'evidenza empirica sembra assecondare un tale orientamento, in particolare per quanto riguarda il fenomeno dei codici etici d'impresa, che includono anche doveri di condotta nei confronti dei fornitori e dei clienti. Ebbene, se nel 1980 soltanto l'8% delle aziende classificate dalla rivista *Fortune* si era dotata di un codice etico, tale percentuale nel 1990 era salita vertiginosamente, fino a toccare il 93%.⁴⁰

Nonostante la rilevanza dell'effetto reputazionale come investimento in immagine dal punto di vista commerciale, va detto che tale effetto appare maggiormente connesso con le situazioni contrattuali standardizzate e occasionali, in un contesto che i teorici dei giochi definirebbero di gioco ripetuto tra un giocatore costante e infiniti giocatori monoperiali. La struttura di una *bilateral governance* è invece differente. Qui una parte può perpetrare un abuso ai danni dell'altra senza per tale motivo determinare la fine dell'accordo. Anzi, è proprio la circostanza che il proprio partner si ritrovi *locked-in* per via della quantità di costi sommersi che ha sostenuto a consentire la continuazione del gioco, pur a condizioni sicuramente più sbilanciate. La reputazione, dunque, ha valenza ormai piuttosto relativa, e il fatto che a questo punto possa essere assolutamente pessima incide assai poco sulle potenzialità dell'impresa.

L'effetto reputazionale sembra dunque compromettere solo in minima parte la stabilità del ragionamento sin qui esposto. A ciò dobbiamo aggiungere un'amara constatazione: spesso adottare un comportamento non cooperativo, costruire attorno a sé la fama del "duro", del contraente non disposto a cedere di un millimetro costituisce spesso la forma migliore di investimento in reputazione.

3. Una terza via attraverso la quale è possibile mettere in dubbio quanto emerge dal semplice esempio precedentemente sviluppato è costituita dall'obiezione per cui l'abuso di dipendenza economica tramite vantaggio di minaccia interessa soltanto la divisione del surplus derivante dal contratto, non mettendo quindi in difficoltà l'obiettivo della superiorità paretiana tradizionalmente affidato al contratto. Tale obiezione sembra però facilmente confutabile, posto che il contraente che possiede il vantaggio di minaccia potrà teoricamente imporre a controparte anche una perdita, purché detta perdita rimanga al di sotto del valore

³⁹ Per un'esposizione assai chiara, basti confrontare il pluridecorato manuale di Cooter e Ulen (1997), p.193.

⁴⁰ A questo proposito si veda Sacconi (1997), *passim*.

di opportunità del contratto. Come abbiamo precedentemente affermato, nel gioco ripetuto tra due giocatori costanti il giocatore che possiede il vantaggio di minaccia può utilizzare senza temere ripercussioni il proprio vantaggio spingendosi fino ad appropriarsi della totalità del surplus e oltre, relegando controparte nell'angolo a subire una perdita inevitabile.

II. PROSPETTIVE LEGISLATIVE DI PROTEZIONE DAL VANTAGGIO DI MINACCIA

Completata l'analisi descrittiva del fenomeno dell'abuso del vantaggio di minaccia in contesti relazionali con presenza di investimenti specifici, è ora il momento di approfondire la tematica relativa ai rimedi offerti dal nostro ordinamento a tutela del contraente in situazione di dipendenza economica. A dire il vero, il dibattito giuridico in materia sembra alquanto fertile per ciò che concerne le prospettive di protezione del contraente debole, eppure la lettera dell'intervento normativo relativo all'abuso di dipendenza economica presenta un notevolissimo grado di approssimazione.

DECALOGO

1. Le parti posseggono un buon livello di informazione;
2. C'è incertezza riguardo al futuro (sia riguardo a quale stato del mondo tra quelli prevedibili si verificherà, sia in merito alle possibili condotte di controparte, sia sull'emergere di contingenze assolutamente impreviste);
3. L'incertezza determina l'incompletezza dei contratti;
4. Le parti sono legate tra loro da uno schema relazionale, una *value creating transaction* nella quale il contributo reciproco è fondamentale per il raggiungimento del beneficio finale;
5. Parte fondamentale del contributo delle parti è data dagli investimenti specifici;
6. In base a tutti questi fattori, le parti preferiscono concludere contratti di lunga durata;
7. La lunga durata dei contratti è il solo modo per incentivare le parti a sostenere il livello ottimale di investimenti specifici.
8. I contratti di lunga durata implicano la necessità di rinegoziazione;
9. Gli investimenti specifici – se unilateralmente sostenuti – offrono a controparte un vantaggio di minaccia;
10. Gli ultimi due punti sostanziano la possibilità che una delle parti si trovi in posizione di vantaggio nella rinegoziazione: in tal caso, il contraente forte può appropriarsi di un payoff superiore all'intero surplus contrattuale senza perdere il contratto e la controparte.

Figura 7

La figura 7 presenta una schematizzazione delle peculiarità della fattispecie analizzata, così come sono emerse dall'analisi descrittiva precedentemente condotta. Lo schema è esposto in forma di decalogo.

Naturalmente, va chiarito che la norma di legge contenuta nell'articolo 9 della l. 192/98 non si riferisce esclusivamente a questo tipo di situazione, posto che essa si applica anche a fattispecie nelle quali le parti non sono legate da una vera e

propria relazione di tipo contrattuale. È però evidente che l'articolo in esame mira in particolare a prevenire situazioni nelle quali uno dei contraenti possa far valere una effettiva superiorità di forza contrattuale nei confronti della controparte, senza che tale squilibrio sia dovuto a situazioni preesistenti alla conclusione del contratto. In effetti, qualora un soggetto possa far valere la sua forza contrattuale prima ancora che il contratto sia concluso, è logico pensare che vi sia materia sufficiente per l'applicazione del diritto antitrust.

Tale affermazione di principio sembra più evidente se si fa direttamente riferimento alla lettera dell'articolo 9 della legge sulla subfornitura industriale.

L'abuso di dipendenza economica viene definito come "situazione nella quale un'impresa sia in grado di determinare (...) un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi". La norma vieta espressamente l'abuso ai danni di imprese clienti o fornitrici, salvo poi specificare che esso può consistere anche "nel rifiuto di vendere o comprare", oppure "nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto". Sembrerebbe allora evidente che il disposto della norma possa esercitare una certa influenza sulla condotta delle parti anche quando esse non siano legate da qualsivoglia forma di contratto. Il fatto che un'impresa non possa interrompere arbitrariamente le relazioni commerciali con un'altra impresa, anche quando quest'ultima abbia indebitamente fatto affidamento sul perdurare dei rapporti commerciali in questione, appare piuttosto stucchevole.

Inoltre, la norma in esame specifica che lo stato di dipendenza economica deve essere valutato tenendo conto *anche* "della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Secondo un'opinione autorevole, la mancanza di alternative accettabili costituisce la vera e propria conseguenza dello stato di dipendenza economica⁴¹. In altre parole, il fatto di non poter agevolmente reperire una controparte alternativa costituisce, più che un effetto della dipendenza economica, la vera e propria causa di tale situazione.

In verità, come sarà chiaro tra breve, la stesura finale dell'articolo 9 rappresenta un ibrido piuttosto disorganico tra l'originaria idea di introdurre un nuovo strumento che allargasse e potenziasse la capacità sanzionatoria della normativa antitrust e la svolta "civilista" dell'ultima ora, imperniata più che altro sulla necessità di intervenire a contratto concluso, sostanziando in tal modo quella forma di controllo contenutistico che sembra costituire la nuova frontiera dell'ingerenza legislativa nei confronti dell'autonomia della parti. Il fatto che la dipendenza economica vada valutata tenendo conto della possibilità di sostanziare un eccessivo squilibrio interno al contratto, indi *anche* della mancanza di alternative sul mercato costituisce con ogni probabilità una conseguenza della *contaminatio* subita dall'originario disegno di legge. Lo stesso *rationale* può essere applicato alle disposizioni che sembrano riferirsi a situazioni nelle quali le parti non sono legate da una forma di *relational contracting*.

Per tale motivo, l'analisi prescrittiva contenuta in questo capitolo riguarda principalmente la problematica delle *bilateral structures*, mentre le altre fattispecie cui l'articolo 9 fa espresso riferimento vengono considerate in modo residuale, come oggetto misterioso sfuggito senza apparente motivo all'applicazione della l. 287/90 a tutela della concorrenza nel mercato.

Al di là delle difficoltà di lettura e di delimitazione del campo applicativo, l'articolo 9 presenta una stesura piuttosto vaga ed imprecisa, tanto da lasciare al giudice ordinario un complesso lavoro di estrapolazione dei parametri fondamentali di

⁴¹ Così Osti (1999).

riferimento. Ad ogni buon conto, la descrizione analitica del fenomeno è in grado di illustrare il percorso da seguire nel processo di ricerca di un meccanismo di tutela efficace, affidato a parametri certi e quantificabili che forniscano al giudice l'aiuto necessario per affrontare un compito che – come abbiamo ripetutamente segnalato in precedenza – esula potenzialmente dalle sue ordinarie capacità. Invero, molti sono i punti da chiarire, prima di procedere alla formulazione di qualsivoglia parametro di regolamentazione. In primo luogo, la definizione di dipendenza economica viene legata alla possibilità di abuso, lasciando dietro di sé un ineffabile alone di paralogismo da circolarità, tipico della normativa antitrust in tema di posizione dominante. In secondo luogo, la nozione di abuso viene legata alla possibilità di determinare un “eccessivo squilibrio” di diritti e obblighi in capo a controparte. Ancora, se è vero che la sanzione prevista dalla norma è la nullità del patto che genera l'abuso, è del pari impossibile prevedere cosa accadrà nel caso in cui tale squilibrio si dovesse manifestare in un contesto non contrattuale, in particolare nel caso di arbitraria interruzione delle relazioni commerciali. Infine, colpisce il mancato riferimento all'ipotesi dell'affidamento di una delle parti, che poi costituisce il vero presupposto teorico di un intervento di tal fatta, soprattutto se consistente in una operazione di controllo contenutistico estranea all'universo antitrust.

L'unica ipotesi che possa giustificare l'indeterminatezza della stesura della norma in questione è l'*impasse* relativa al tipo di controllo da istituire, in particolare per quanto concerne il trade-off tra regolamentazione antitrust e creazione di uno strumento civilistico. D'altronde, il fatto che l'abuso di dipendenza economica dia vita ad un illecito extracontrattuale è largamente condiviso dalla dottrina⁴², anche se tale convinzione sembra dipendere per lo più dall'inclusione di fattispecie non contrattuali nel campo applicativo di una disposizione che di per sé appare strettamente legata al fenomeno del *relational contracting*. Il pericolo che qui si segnala è che l'estemporaneità dell'inversione di rotta abbia determinato una situazione di stallo legislativo, generando così una prescrizione normativa *bonne à tout faire* eppure dannatamente poco incisiva, quasi che il legislatore non fosse solo stato folgorato, ma fosse anche rimasto fermo e disorientato sulla via di Damasco. Il portato di tale osservazione è che tutte le situazioni di dipendenza economica che non risalgono allo schema fondamentale del *relational contracting* con elevato livello di investimenti specifici andrebbero preferibilmente sottoposte al vaglio dell'Autorità Garante, al fine di accertare se la condotta di un'impresa abbia abusato della propria posizione dominante.

In quest'ottica va senz'altro inquadrato l'accenno alla fattispecie nella quale l'impresa risulti imporre condizioni discriminatorie, oppure l'eventualità in cui il rifiuto di vendere o comprare costituisca un qualsiasi tipo di abuso. Appare evidente che il potere contrattuale in questi casi va di pari passo con quello di mercato, e qualora tale parallelismo non dovesse verificarsi, l'intervento legislativo apparirebbe eccessivamente improntato al condizionamento aprioristico dell'autonomia negoziale. Qualora un'impresa rifiuti di vendere i propri prodotti a un soggetto configurato come cliente, ma non come controparte contrattuale, non si vede come sia possibile imporre una sanzione senza per converso immaginare un sistema di vincoli alla condotta extracontrattuale degli agenti decisori sul mercato.

La soluzione a tale dilemma non appare però introvabile. L'idea di fondo del legislatore sembra essere l'estensione del principio di *buona fede* al di là delle

⁴² Tra gli altri, si veda ad esempio Bortolotti (1999).

mura del contratto formalmente inteso, per abbracciare in modo più estensivo l'universo delle relazioni commerciali nel suo complesso. La portata della norma è in tal caso assolutamente rivoluzionaria rispetto all'approccio tradizionale del nostro legislatore alla problematica della condotta degli agenti decisori sul mercato. Se da un lato il codice civile impone alle parti di comportarsi secondo buona fede sia nella fase precontrattuale sia in quella dell'esecuzione del contratto⁴³, è del pari vero che tali disposizioni non sono mai state oggetto di un'interpretazione tanto estensiva da portare al sanzionamento di fattispecie come l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Possediamo ora una nuova linea guida nell'interpretazione dell'articolo 9: si tratta della centralità della situazione soggettiva dell'impresa che attua l'abuso. Tale situazione soggettiva dovrà gravitare al di fuori del requisito fondamentale di buona fede e – quel che più stupisce – sembra dover concretizzarsi in modo assolutamente contrario ai dettami della correttezza, requisito che in precedenza era stato introdotto con esclusivo riferimento alla fase dell'esecuzione del contratto.

La prudenza consiglia di accogliere col beneficio del dubbio le ricadute della norma in esame sulla “terra di nessuno” che comprende i rapporti non contrattuali all'interno dei quali violazioni del principio ispiratore della correttezza non portano a un'immediata applicazione del diritto antitrust. La norma dell'articolo 9, al di là della regolamentazione della condotta delle parti nel *relational contracting*, potrebbe costituire in tal modo una sorta di disposizione di completamento, tesa ad evitare che condotte deontologicamente riprovevoli nel corso di una relazione commerciale avviata (ma non governata da un contratto) restino impunte. Hanno ragione, allora, tutti coloro che lamentano una scarsa considerazione del meccanismo reputazionale come fattore di successo nel mercato, in grado di condurre all'auspicato *separating equilibrium*. Hanno ragione, inoltre, coloro che si domandano perché mai il legislatore non abbia voluto introdurre una norma che incentivasse le parti a ricercare un *safe harbor* nella struttura del contratto, quasi a voler conferire forza di legge tra le parti anche a quelle istanze non-contrattuali e non-restrittive della concorrenza che si riferiscono a una scorretta conduzione delle relazioni commerciali. Hanno ragione, infine, coloro che denunciano la morte imminente del diritto dei contratti, affermando che “*a world of contract is not necessarily a world of contract law*”⁴⁴; la norma dell'articolo 9 è in effetti espressione della necessità di governare le relazioni tra le parti prescindendo dal dato formale della sussistenza di una relazione contrattuale tra di esse

Alea iacta est, direbbero i latini. Il dado è tratto, e il compito dell'interprete è ancora una volta quello di fare buon viso a cattivo gioco. Il nostro obiettivo fondamentale resta il controllo del potenziale abuso di quel vantaggio di minaccia che si viene a creare all'interno di strutture contrattuali di lunga durata, in particolare a seguito del sostenimento di investimenti specifici. Da questo punto di vista, la vaghezza della disposizione di cui all'articolo 9 può consentire la fruizione di notevoli spazi di manovra, relativi a obiettivi di politica del diritto via via più ambiziosi. Questo è quanto ci ripromettiamo di fare nel prosieguo del lavoro.

⁴³ Gli articoli di riferimento sono il 1337 per il requisito di buona fede nella fase precontrattuale, e il 1375 per la fase dell'esecuzione del contratto. In più, l'art. 1175 impone al debitore e al creditore di comportarsi secondo le regole della *correttezza*.

⁴⁴ Cfr. *supra* nota 8.

1. L'OBIETTIVO MINIMO: LA CREAZIONE DI UN LIVELLO BASE

Prendendo le mosse dalla ambiguità del testo dell'articolo 9, possiamo senz'altro azzardare alcune ipotesi di interpretazione che concretizzerebbero altrettanti modelli di tutela. Il tassello mancante è rappresentato da un'adeguata applicazione del principio di buona fede nelle relazioni interindividuali. Tale principio, da alcuni considerato alla stregua di *nozione "ineffabile"*, è la chiave di volta che potrà permettere una soddisfacente trasposizione applicativa del dettato astratto della norma dell'articolo 9. Appare chiaro che una norma in grado di scoraggiare comportamenti opportunistici in ambito contrattuale non possa prescindere da alcuni obiettivi essenziali, quasi vi fosse un "contenuto obbligatorio" senza il quale l'essenza stessa della fattispecie non verrebbe adeguatamente presa in considerazione.

Gli obiettivi fondamentali cui si fa riferimento sono di tre tipi:

- a) *Incentivare le parti a compiere la scelta efficiente di fronte al trade-off tra make e buy e a quello tra buy e buy;*
- b) *Incentivare le parti al sostenimento di un volume efficiente di investimenti da affidamento;*
- c) *Consentire alle parti il recupero degli investimenti specifici effettuati.*

In effetti, abbiamo in precedenza mostrato che vi sono casi nei quali la prospettiva dell'appropriazione di una rendita ai danni della controparte può condurre ad una scelta subottimale nel trade-off tra integrazione verticale ed esternalizzazione della fase produttiva. In più, la possibilità di rendersi autore di comportamenti opportunistici potrebbe dirottare la scelta dell'impresa verso controparti meno efficienti ma senz'altro più "malleabili". La subottimalità che ne risulta porta con sé la dissipazione di risorse e dunque l'indesiderabilità sociale di un siffatto esito.

In secondo luogo, le *bilateral structures* sono classificabili come *value creating transactions*, nelle quali il contributo delle parti in termini di affidamento risulta indispensabile ai fini della massimizzazione del surplus ottenuto. Dato che un livello di *reliance* efficiente costituisce un passo fondamentale verso la materializzazione dell'agognato mutuo beneficio, va da sé che una norma che non tenesse adeguatamente in conto l'importanza di introdurre un efficace schema di incentivi al riguardo potrebbe essere considerata a tutti gli effetti come fallimentare.

Il modo più immediato per incentivare le parti al sostenimento di investimenti da affidamento consiste nel permettere in ogni caso il recupero di tali investimenti, scongiurando in tal modo l'ipotesi di una perdita in capo al contraente che li ha effettuati. Il meccanismo è assai semplice: la prospettiva futura del recupero dell'investimento rassicura la parte considerata inducendola a comportarsi in modo cooperativo ed a massimizzare l'utilità congiunta. Per tale motivo, possiamo affermare che una norma che intenda incentivare in modo soddisfacente le parti al sostenimento di *relation-specific investments* non potrà trascurare la rilevanza di una tale osservazione.

In verità, sussistono fondate ragioni per credere che il semplice recupero degli investimenti da affidamento non garantisca in alcun modo l'efficienza delle scelte individuali in seno alla relazione contrattuale. In effetti, il calcolo del ritorno atteso – e con esso la scelta – dell'investimento dipenderà in gran parte dalla

probabilità che l'altro contraente adotti comportamenti non cooperativi lungo la vita del contratto. La conseguenza di tali comportamenti diviene ora per controparte il mero recupero dell'investimento effettuato, senza la possibilità di fruire di una fetta del surplus che si manifesterà nel corso del tempo. A seconda della probabilità dell'opportunità di controparte, così come percepita dall'individuo in condizioni di incertezza, la scelta potrà cadere su un livello di investimento inefficiente. Ancora, contratti assolutamente allettanti potrebbero venire scartati in nome di alternative più sicure e meno affidabili.

Per tale motivo, consideriamo la regola che emerge dal perseguimento dei tre obiettivi sopra enucleati come semplice *plafond rule*, punto di partenza che segna in qualche modo soltanto la direzione del percorso. In effetti, è assai difficile che le regole di diritto riescano a rappresentare con precisione i risultati dell'analisi economica corrispondente, eppure la *plafond rule* ha il merito di cogliere l'essenzialità della questione del trade-off make/buy e buy/buy, tenendo adeguatamente in considerazione la problematica degli investimenti da affidamento, che possono sortire per le parti un potenziale effetto boomerang, costringendole in situazioni di prigionia e vessazione senza la disponibilità di rimedi utili.

Due esempi di regola di legge che somiglia da vicino alla nostra *plafond rule* ci pervengono dall'esperienza nordamericana in materia. Si tratta della c.d. *recovery-period rule* e della *duty rule*.

La *recovery-period rule* è una regola di elaborazione giurisprudenziale, tesa a evitare comportamenti opportunistici di una delle parti, in particolare per ciò che concerne l'inadempimento di una promessa. La regola è così ricostruita da Alan Schwartz:

*quando un contratto è incompleto, la legge dovrebbe impedire al promissario di inadempire prima che il promittente abbia l'opportunità di ottenere un ricavo sufficiente a coprire i costi dell'investimento*⁴⁵.

In verità, le corti tendono a estendere la regola fin quando il contraente non abbia ottenuto un consistente ritorno sull'investimento effettuato. In tal senso, la *recovery-period rule* costituisce un passo in avanti rispetto alla *plafond rule*. Uno dei problemi fondamentali dell'applicazione di questa regola – e di altre norme che il legislatore statunitense ha voluto inserire a tutela dei contraenti in alcune forme di contratti relazionali⁴⁶ – consiste nella difficile *verificabilità* delle informazioni, nel senso della difficoltà di accertamento della veridicità di quanto le parti affermano davanti al giudice. Appare chiaro, come evidenziato in modo illuminante da Schwartz (1997), che la parte che ha sostenuto investimenti specifici tenderà in giudizio a fornire una rappresentazione distorta e sminuita della redditività dei propri investimenti, prolungando in tal modo l'obbligo di adempimento di controparte.

La *duty rule* è invece contenuta nei §§ 73 e 89 del *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS* e nel § 2-209 dello *Uniform Commercial Code*. Si tratta di una norma che impedisce ad ogni contraente di rinegoziare il contratto al solo fine di trarre vantaggio da cambiamenti nella posizione del partner. Il *change of position* è evidentemente riferito al caso della *reliance*, il che impone la *duty rule* come soluzione particolarmente adatta alla fattispecie del *relational contract*. Per certi versi, però, essa appare incompleta, posto che il tentativo di rinegoziazione è

⁴⁵ Cfr. Schwartz (1997), p.108.

⁴⁶ Si veda Osti (1999), a p. 33.

soltanto uno dei modi con i quali una parte può tentare di trarre profitto dalla posizione di dipendenza dell'altra.

Entrambe queste regole sembrano conformarsi per certi aspetti all'obiettivo minimo che abbiamo in precedenza delineato. Eppure, alcuni aspetti del fenomeno rimangono clamorosamente "scoperti", privi di uno schema di regolamentazione che ne sappia cogliere i risvolti più minacciosi. Uno di questi aspetti è senz'altro rappresentato dalla necessità di incentivare le parti a risolvere in modo efficiente il trade-off tra integrazione verticale e ricorso al mercato. Per certi versi, allora, possiamo salutare con soddisfazione la vaghezza della norma dell'articolo 9, soprattutto perché condanna genericamente la fattispecie dell'abuso, salvo poi perdersi quando si tratta di fornire i riferimenti interpretativi del caso. In base a tale dichiarazione di principio, possiamo muovere i primi passi verso obiettivi sempre più lontani.

2. LA VIA DELL'EFFICIENZA: BUONA FEDE, CORRETTEZZA, COOPERAZIONE

La necessità di interpretare la lettera dell'articolo 9 in modo da garantire che le imprese affrontino il trade-off tra make e buy in base ad un efficiente schema di incentivi porta a una serie di considerazioni la cui ricaduta nel nostro ordinamento potrà sembrare senza dubbio azzardata. In verità, molto dipende dall'approccio interpretativo che si adotta nei riguardi del principio cardine della buona fede. La ricerca di una soluzione di contrattazione che soddisfi i requisiti posti dal legislatore non è altrimenti compito semplice, posto che nella nebulosità della norma non risulta chiaro fin dove l'anelito legislativo originario intendesse estendere i confini della tutela.

Un possibile itinerario alla ricerca della soluzione più adatta è quello che qui viene proposto, che definiamo per semplicità *via dell'efficienza*. Si tratta di una teoria a due stadi, che implica la definizione di una soluzione preliminare, che in verità rappresenta un obiettivo minimo da raggiungere attraverso l'allocazione di diritti inalienabili, e l'elaborazione di proposte alternative che permettano, in un universo di *second-best*, di avvicinarsi il più possibile alla frontiera paretiana.

La presenza di un obiettivo minimo corrisponde ad una considerazione di ordine scientifico. In effetti, muovendo dall'ipotesi di avversione al rischio del contraente che effettua investimenti specifici, l'approccio di legge più indicato al fine di indurlo a sostenere l'investimento adottando così un comportamento cooperativo nella transazione consiste nell'assecondare fino in fondo la sua oggettiva tendenza verso una strategia del tipo *maximin*. L'adozione della *plafond rule*, allora, avrebbe il compito di proiettare il soggetto avverso al rischio in una dimensione nettamente più sicura, invitandolo, per così dire, a "rilassarsi". In questo senso, la regola in esame sostanzierebbe quello che in gergo tecnico viene definito come *ordine lessicografico*, garanzia inviolabile del diritto del contraente a recuperare, quanto meno, la somma investita.

L'ordine lessicografico

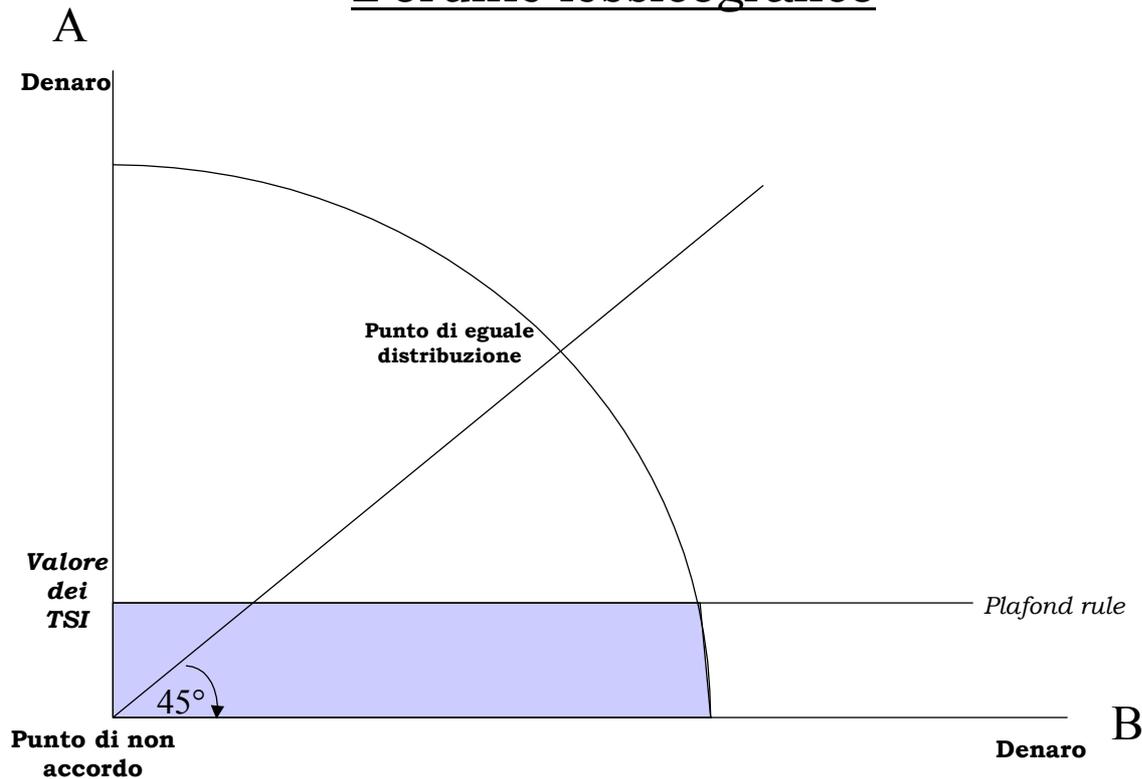


Figura 8: il meccanismo dell'ordine lessicografico

La figura 8 mostra il funzionamento della *plafond rule* nel classico contesto della contrattazione. Il contraente A è quello tutelato dalla norma, nel senso che nessuna divisione del surplus del contratto dovrà implicare per A l'assegnazione di una quota inferiore a quella che sarebbe sufficiente a coprire gli investimenti specifici. D'altronde, il teorema noto ai teorici dei giochi come *Folk Theorem* suggerisce di considerare il risultato delle strategie *maximin* delle parti come limite minimo del payoff che queste possono ottenere dalla contrattazione. A seconda dell'altezza del *plafond*, dunque della ampiezza della tutela preliminare concessa al contraente l'esito contrattuale risulterà profondamente mutato. Infatti, è assai probabile che la certezza di veder sanzionati comportamenti opportunistici in base al loro effetto sull'equilibrio del contratto induca le parti a deporre le armi e cercare una soluzione cooperativa. La costituzione di un *plafond* di tutela richiama alla mente l'affermazione di David Gauthier, secondo cui “una società giusta è interessata solo a permettere a ciascuno di realizzare, a condizioni accettabili per tutti, il massimo del proprio bene”⁴⁷. Ebbene, l'imposizione di un ordinamento lessicografico attiene alla creazione delle “condizioni accettabili per tutti”, tanto che si può affermare senza tema di smentita che il principio del recupero degli investimenti sia un vero e proprio *focal point* per le parti, vale a dire un principio sul quale entrambe concorderebbero in linea di principio nella prospettiva *ex ante*.

A questo punto, è lecito chiedersi in che modo il legislatore possa muovere dalla regola di base al fine di sostanziare una tutela più effettiva e pregnante che

⁴⁷ Cfr. Gauthier (1986)

induca le parti a risolvere in modo ottimale il trade-off iniziale. In verità, possiamo individuare almeno tre approcci alternativi a disposizione del legislatore, tutti e tre corrispondenti a diverse soluzioni dal punto di vista della politica del diritto.

In primo luogo, il legislatore potrebbe accontentarsi della introduzione di un livello minimo di tutela della parte debole nelle relazioni contrattuali, lasciando così che le parti decidano attraverso la contrattazione di dividere tra loro il surplus contrattuale. È, questa, una soluzione che implica un buon grado di fiducia nel meccanismo della contrattazione, terreno nel quale le parti si confrontano alla ricerca della massimizzazione del proprio payoff individuale. Una giustificazione teorica di tale scelta in base al risultato del gioco di contrattazione appare piuttosto ardua: in effetti, la soluzione di Nash non dipende affatto dalla presenza di un massimale sulla quota appropriabile da parte di uno dei contraenti. Dal punto di vista giuridico, ad ogni modo, tale tecnica legislativa appare assai più praticabile di altre, che in linea di principio sembrano maggiormente orientate all'efficienza del risultato finale.

In seconda istanza, il legislatore potrebbe porre l'accento sul concetto di buona fede nelle relazioni commerciali, in particolare estendendo all'intero iter del contratto il requisito di correttezza nei rapporti tra le parti. Tale approccio implica la definizione di alcune regole di condotta fondamentali, tese a restringere ulteriormente la libertà di movimento delle parti nel processo di contrattazione. D'altronde, questa è una via assai spesso seguita dal nostro legislatore, in particolare nella disciplina dei contratti. Ad esempio, il nostro codice civile contiene norme in base alle quali un individuo non può impunemente approfittare dello stato di pericolo o di bisogno in cui versa controparte, costringendola a sottoscrivere un contratto manifestamente svantaggioso e sproporzionato⁴⁸. Questa è una regola che restringe l'insieme degli esiti contrattuali possibili, limitando l'eventualità che una delle parti si trovi a dover eseguire un contratto palesemente oppressivo.

Ma la vera e propria *via dell'efficienza* implica uno sforzo supplementare da parte del legislatore. Il fenomeno del *relational contracting*, come abbiamo più volte ricordato, porta con sé l'incertezza del peccato originale, consistente nell'essere il frutto di un processo di selezione distorto all'origine, vale a dire al momento della scelta tra il *make* e il *buy*. Se consideriamo il contratto come alternativa all'integrazione verticale, non possiamo non pensare ad un ambiente di tipo essenzialmente cooperativo, nel quale le parti potranno massimizzare il profitto congiunto soltanto attraverso la scelta del livello di produzione ottimale per entrambe. Purtroppo, la teoria economica ci insegna che nelle relazioni interpersonali spesso le parti non sono indotte alla scelta del livello di attività socialmente efficiente; si pensi al caso del *prisoner's dilemma*, oppure alla c.d. *tragedy of the commons* illustrata da Hardin (1968): tali contributi mostrano il divergere della soluzione individualmente efficiente dalla soluzione efficiente per la società. Lo stesso potrà accadere nel caso delle strutture bilaterali qui esaminate.

Lo stallo può essere superato attraverso l'imposizione di un requisito di condotta supplementare, assai diverso dal semplice divieto di inadempimento anteriore al recupero degli investimenti. Si tratta, altresì, di interpretare il criterio di buona fede nel *relational contracting* come vero e proprio *spirito cooperativo* delle parti. Tale spirito cooperativo può riassumersi nel principio proposto da Goetz e Scott, che richiama l'*obligation to produce at the joint maximization value*⁴⁹.

⁴⁸ Si tratta degli artt. 1447-1448 del codice civile.

⁴⁹ Si veda il lavoro di Goetz e Scott (1981), ripreso da Cristoforo Osti (1999).

Tale impostazione non risulterebbe in ultima istanza completamente nuova per il nostro ordinamento, che in alcuni casi ha conosciuto definizioni di buona fede tutt'a fatto assimilabili a quella qui delineata, lasciando che essa implicasse che "ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio"⁵⁰. Il modo con cui le parti arrivano alla distribuzione del surplus è allora funzionale alla effettiva spartizione finale, nel senso che se le parti rispettano il requisito di buona fede inteso in senso di spirito cooperativo, è da ritenere che la società ne trarrà beneficio nel suo complesso, e lo schema degli incentivi delle parti di fronte al trade-off iniziale sarà correttamente stabilito.

Attraverso i vari gradi di ingerenza legislativa nella condotta delle parti, scopriamo una sorprendente mobilità della nozione *ineffabile* di buona fede. Da semplice criterio soggettivo, nel senso dell'assenza di spirito emulativo, essa diviene trasposizione fattuale dello spirito cooperativo, spingendo le parti verso posizioni a dir poco filantropiche rispetto a quanto veniva teorizzato dagli economisti tradizionali, assai più lontani dalla frontiera del *neminem laedere*. Eppure, notevoli dubbi permangono sulla praticabilità di soluzioni di questo tipo. In particolare, il giudice dovrà valutare il comportamento delle parti osservandone il grado di cooperazione e imputando all'una o all'altra il mancato raggiungimento del livello ottimale di produzione. Ovvio che chiunque si possa trincerare dietro informazioni poco osservabili e per lo più private, in specie se legate ai costi d'impresa e al ritorno degli investimenti, all'insegna del "nessuno mi può giudicare". In effetti, appare assai più semplice vietare alcune condotte che si presumono abusive, piuttosto che indagare sull'effettività dello spirito cooperativo delle parti in causa.

Ad ogni modo, questa soluzione, ove risultasse miracolosamente praticabile, consentirebbe il simultaneo raggiungimento degli obiettivi precedentemente esposti, cogliendo anche l'esigenza di interpretare la prospettiva del *buy* come ricorso ad un ambiente cooperativo nel quale controparte ha diritto ad un *equo* compenso per l'apporto fornito al processo produttivo.

3. LA VIA DELL'EQUITÀ: TEORIE A DUE STADI E RISORSISMO

La nozione di buona fede come spirito di cooperazione tra le parti, tesa alla massimizzazione dell'utile congiunto, lascia aperta la questione della distribuzione finale del surplus contrattuale. E infatti, se pure le parti giungono alla divisione del surplus armate di puro spirito evangelico, questa circostanza non chiarisce fino in fondo le modalità con le quali la divisione debba avvenire. Ad esempio, una parte potrebbe modificare le condizioni di pagamento in base a informazioni non osservabili né verificabili, senza per questo che un giudice possa affermare che egli non era mosso da spirito di cooperazione. Ancora, alcune questioni sono rimesse esclusivamente al giudizio delle parti: si pensi al concetto di *congruo* ritorno sugli investimenti effettuati.

In definitiva, lo spirito di cooperazione non è un'entità chiaramente qualificabile né quantificabile, né il giudice nostrano sembra essere particolarmente attrezzato

⁵⁰ Tale affermazione della Cassazione è citata da Osti (1999), p.32, ove viene giustamente sottolineata la somiglianza di tale orientamento con il principio della valutazione comparativa degli interessi (*Interessenabwägung*) cara all'ordinamento tedesco e più volte applicata in caso di dipendenza economica.

per legare la sua determinazione a parametri economici complessi quali il livello ottimale di produzione.

Un modo alternativo di interpretare il concetto di buona fede è il ricorso a criteri di *equità* dell'esito finale. Il concetto di *equità* è oggi al centro dell'attenzione dei giuristi, in particolare da quando la legge n.281/98, dedicata alla *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, ha assegnato al consumatore un diritto "alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi". La portata di una tale disposizione non è ancora stata fino in fondo chiarita, posto che una sua interpretazione estensiva potrebbe minare l'intero impianto di un tipo di contratto – quello tra impresa e consumatore – che a detta di Slawson interessa il 99% delle transazioni concluse sul mercato. La nozione di buona fede come *equità* porta numerosi benefici anche all'interno del discorso relativo al *relational contract*. D'altronde, l'articolo 9 contiene un riferimento all'*eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi* che ricorda molto da vicino la formula del *significativo squilibrio* contenuta nell'art. 1469-bis del codice civile; tale somiglianza istituisce una relazione tra le normative, entrambe improntate alla tutela di un contraente in *positio debilis*, sebbene in contesti assai diversi, ma entrambe governabili attraverso il ricorso alla nozione mobile di *equità*.

Si potrebbe obiettare che definire l'*equità* è impresa ardua almeno quanto la corrispondente definizione di efficienza. Molti filosofi dell'economia si sono cimentati nel processo di ricerca di una soluzione di contrattazione che potesse essere definita equa, in particolare come contraltare della soluzione di Nash, che – come abbiamo visto nel confronto tra le figure 1 e 2 – spesso sortisce un effetto assolutamente indesiderabile, posto che alloca le risorse in modo proporzionale alla forza contrattuale di partenza. In verità, la soluzione di Nash possiede una valenza esclusivamente descrittiva, poiché illustra con chiarezza in che modo contraenti razionali e autointeressati pervengono alla soluzione di contrattazione partendo da una allocazione iniziale dei diritti considerati, e non possiede per contro valenza normativa o prescrittiva, nel senso che non fornisce al legislatore alcun punto di riferimento circa la desiderabilità dell'esito contrattuale in sé⁵¹.

La trattazione fin qui sviluppata in merito alle peculiarità del *relational contracting* chiarisce a tal proposito un punto, che rende assai meno appetibile il ricorso alla soluzione di Nash come punto di riferimento obbligato per la determinazione dell'esito contrattuale. In effetti, la condotta delle parti e la divisione del surplus dipendono moltissimo dal c.d. *punto di non-accordo*, vale a dire dalla posizione delle parti prima della contrattazione. La soluzione di Nash implica che il modo con cui le parti dividono il surplus derivante dal passaggio dal punto di non accordo alla frontiera paretiana rifletta le loro forze contrattuali relative. Se avallassimo il risultato di una tale affermazione, non avremmo alcuna giustificazione per l'intervento del legislatore.

Secondo l'impostazione di R.B. Braithwaite (1955), esposta in una celebre prolusione dal titolo *Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher*, la soluzione del gioco di contrattazione dipende dalla soluzione preliminare di un altro gioco, definito come *gioco di minaccia*, che le parti intraprendono al fine di spostare quella che agli occhi di controparte risulta essere la soluzione di non accordo. Nel contesto del *relational contracting*, tale situazione si presenta ad esempio in caso di proposta di rinegoziazione, nella quale una delle parti può trarre un vantaggio se convince l'altra che ai propri occhi la prospettiva di un fallimento della rinegoziazione non sarebbe un dramma, perché la propria BATNA

⁵¹ Harsanyi è uno dei pochi economisti che hanno negato qualsiasi valore etico alla soluzione di Nash. Insieme a lui, Amartya Sen. Si veda Barry (1996).

è migliore di quanto non si direbbe⁵². Una volta definito il punto di partenza, non resta che trovare il modo di prender le mosse da tale punto per giungere in modo *equo* alla frontiera paretiana. Ebbene, secondo Braithwaite una soluzione può considerarsi equa se è tale da dare, nello spostamento dal punto di non-accordo alla frontiera paretiana, lo stesso guadagno alle due parti. Rispetto alla soluzione di Nash, ciò implica che le parti si vengano a trovare esattamente nella stessa posizione relativa, vale a dire alla stessa distanza dal proprio payoff massimo dato il payoff minimo. Il risultato è una distribuzione del surplus in molti casi più egualitaria di quella ottenuta attraverso la soluzione di Nash.

La teoria di Braithwaite ci fornisce un utile spunto per ragionare in modo più costruttivo sulla fase della costituzione della minaccia. In verità, un intervento legislativo che intenda eliminare l'effetto della minaccia dalla struttura finale dell'accordo non può avallare teorie come quella di Nash e Braithwaite, che incorporano il vantaggio di minaccia nella definizione dell'esito finale. Per ragionare con John Rawls:

*...è proprio per evitare il ricorso all'astuzia o alla forza che vengono accettati i principi di giusto e di giustizia. Affermo così che "a ciascuno secondo la sua capacità di minaccia" non è una concezione della giustizia. Essa non riesce a stabilire un ordinamento nel senso voluto, cioè basato su determinati aspetti pertinenti delle persone e della loro situazione, o indipendenti dalla situazione sociale o dalla loro capacità di intimidazione e coercizione.*⁵³

Quella di Rawls è naturalmente una teoria della giustizia, ma si presta ad essere considerata come un utile riferimento per la determinazione di una soluzione equa.⁵⁴ Quel che più conta in questo frangente è realizzare che una soluzione che possa definirsi equa deve necessariamente prescindere dal vantaggio di minaccia nella determinazione del punto di non-accordo. La *teoria a due stadi* proposta da J.R. Lucas fonda la definizione del livello base di non-accordo su considerazioni di ordine *etico*, prescindendo dalla rilevanza delle minacce. Quali siano queste considerazioni di ordine etico, in particolare con riferimento al caso del *relational contracting*, è difficile dire. David Gauthier (1986) ha elaborato una interessante teoria al riguardo. Pensiamo alla conclusione del *contratto sociale*, così come originariamente descritta da Thomas Hobbes: se nella situazione preesistente il regime dominante è la legge del più forte, nella quale *homo est homini lupus*, difficilmente coloro che sono gli individui più forti accetteranno un contratto sociale che non ne rispecchi la forza relativa, sottraendo loro diritti acquisiti con il tempo. Il contratto sociale allora non servirà assolutamente a nulla, perché implicherà una cristallizzazione della situazione squilibrata che precedentemente caratterizzava lo stato di natura. Gli individui più deboli cercheranno di implementare una strategia *maximin*, tesa almeno ad ottenere l'assegnazione di alcuni diritti fondamentali, quali quello alla vita e alla sicurezza della proprietà contro il tentativo di appropriazione altrui.

La situazione cambia se supponiamo che gli individui siano chiamati a formulare un giudizio sul contenuto del contratto sociale dietro un *velo d'ignoranza*, vale a dire nell'inconsapevolezza delle loro identità. Ciò equivale ad ipotizzare che, nel semplice gioco dello *split 100* presentato nella figura 2, le parti debbano

⁵² Per il concetto di BATNA si veda, ancora, il divertente lavoro di Ayres e Nalebuff (1997).

⁵³ Si veda Rawls (1982), a p. 123.

⁵⁴ Lo stesso Rawls definisce la sua come una teoria della *giustizia come equità*.

accordarsi sapendo di avere la stessa probabilità di essere il giocatore A o il giocatore B.⁵⁵

Il teorico che maggiormente ha contribuito a definire la rilevanza di un giudizio di equità che si basa sulla indeterminatezza *ex ante* dell'identità delle parti è senz'altro John Rawls (1982), il quale fonda la nozione di equità proprio sulla considerazione di ciò che i più accetterebbero, vale a dire dei principi di una morale condivisa o ancora dei *focal points*, così come li abbiamo definiti in precedenza a proposito della *plafond rule*. Nel caso dello *split 100*, va da sé che le parti dietro un velo di ignoranza sceglieranno la soluzione corrispondente al *focal point* o, se vogliamo, al loro senso istintivo di equità, vale a dire la divisione della somma in parti uguali.

Il modo con cui abbiamo definito la regola di base per il legislatore è allora in linea con la definizione del livello base dell'accordo nelle teorie a due stadi. Appare condivisibile la scelta di una regola che materializzi di per sé una strategia *maximin* per le parti, corrispondente alla condotta prudentiale che consente loro di evitare la prospettiva di una soluzione finale assolutamente indesiderata. Come si possa passare dal livello base ad una soluzione di frontiera fondata su principi di equità, non è facile a dirsi. Una volta rigettata l'equità della soluzione di Nash, non restano che due alternative. In primo luogo, il giudice potrebbe essere chiamato a dirimere le controversie prendendo come riferimento il sistema della *divisione della differenza* di Braithwaite. Uno dei limiti di tale sistema è però la sua estrema complessità, tanto che, come afferma Brian Barry, per poterlo applicare ci vorrebbe lo stesso Braithwaite, e forse non basterebbe nemmeno. In effetti, la soluzione in questo caso richiede la perfetta osservabilità della scala di preferenze delle parti e la confrontabilità delle loro stime di utilità.

La classe di soluzioni che sembra maggiormente indicata per un'applicazione da parte del giudice ordinario è invece quella che si fonda sull'idea che una divisione non già equa, ma *eguale* del surplus tra le parti costituisca un *focal point* che individui dietro un velo d'ignoranza accetterebbero senza rimostranze. Tali soluzioni si fondano inoltre sulla originaria posizione hobbesiana, secondo la quale la *giustizia distributiva* si identifica con l'*equità* nel senso di distribuzione eguale, e viene considerata alla stregua di una legge di natura.

Le soluzioni che si fondano sul principio di uguale distribuzione del surplus tra le parti vengono definite *soluzioni risorsiste*. In verità, non tutte queste soluzioni fanno esclusivo affidamento su una distribuzione *fifty-fifty*, ma si distinguono dalle precedenti teorie esposte perché considerano il problema del surplus nei termini della divisione della *risorsa*, non dell'*utilità* ad essa associata e spesso non osservabile. Anche queste teorie possono essere presentate come teorie a due stadi. Nel primo stadio il legislatore prescrive che la divisione effettuata in parti uguali in termini della risorsa, dunque non dell'utilità. Solo successivamente, i contraenti possono allontanarsi da tale soluzione *se e soltanto se* la direzione del cambiamento prescelto implica un miglioramento paretiano. Il primo stadio viene definito da Brian Barry come *soluzione ristretta*, il secondo come *soluzione estesa*⁵⁶.

⁵⁵ Harsanyi (1984) è uno dei massimi teorici della giustizia come imparzialità. Con lui, in un senso leggermente diverso, John Rawls (1982).

⁵⁶ Lo schema è preso da Barry (1996), p.146.

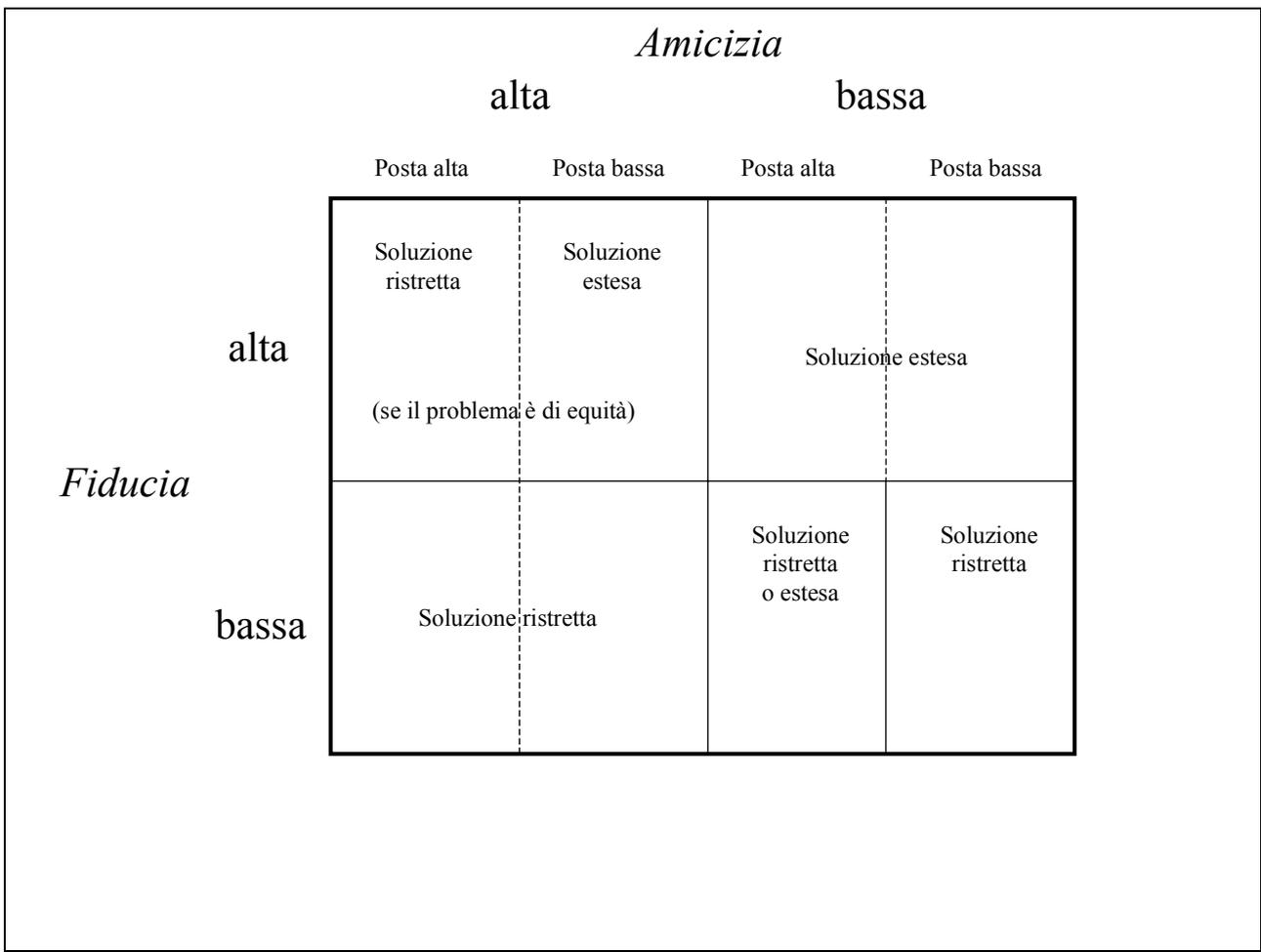


Figura 9: lo schema di Brian Barry sulla scelta delle soluzioni risorse.

Nella figura 9 viene mostrato lo schema di Barry riguardante la scelta della soluzione risorsa più adatta, calata in un contesto relazionale definito da tre parametri fondamentali, l'amicizia tra le parti, la fiducia reciproca e l'entità della posta. Nel caso del *relational contracting*, la posta è senz'altro alta, mentre amicizia e fiducia sono tendenzialmente basse, dato anche il livello di incertezza che caratterizza per ipotesi il mercato. La soluzione più adatta parrebbe essere quella ristretta, anche se più la posta diventa alta, più la prospettiva di raggiungere una soluzione di frontiera si fa allettante. Inserire la presenza di investimenti specifici nell'analisi di Barry senz'altro comporta una propensione immediata per la soluzione ristretta, vale a dire per la fissazione di una *bright-line rule*, una regola certa e semplice da utilizzare che imponga alle parti in contesti cooperativi di dividere tra loro la risorsa in parti eguali o comunque in parti non troppo diseguali.

Al di là della superiore praticabilità di un controllo fondato su uno standard così rigido, va detto che la soluzione risorsa è l'unica soluzione che non implica per il giudice il delicato processo di stima delle utilità e della scala di preferenze delle parti. Certo, sarà comunque necessario raccogliere una quantità di informazioni non indifferente, in particolare per quanto riguarda la stima del surplus contrattuale congiunto, ma tale operazione sarà comunque meno soggetta a falsificazione da parte dei contraenti.

La regola di legge in tema di *relational contracting* diverrebbe allora simile all'introduzione di un valore di soglia, all'interno del quale le parti possono dividere il surplus a piacimento. In un certo senso, è come se il legislatore dovesse inserire un criterio di *normale tollerabilità*, simile a quello inserito all'art.

844 c.c. per regolamentare il conflitto tra proprietari di fondi confinanti a causa di immissioni *in alienum*. Si potrà allora affermare che il contraente non può impedire a controparte quei comportamenti non cooperativi che provocano una sproporzione trascurabile tra le quote di surplus assegnate alle parti, rientrando così all'interno della *normale tollerabilità* tra parti di un contratto cooperativo. Si tratta di criteri standard mobili, che variano a seconda del contesto: per le immissioni si tratta della condizione dei luoghi e dell'eventualità che si renda necessario contemperare le esigenze della produzione con quelle della proprietà, qui potrebbe trattarsi del contributo delle parti alla formazione del surplus e degli investimenti specifici sostenuti.

Inoltre, particolarmente interessante è l'idea, da alcuni avanzata con riferimento a strutture di *unified governance*, che l'esito contrattuale debba assegnare alle parti una quota *equa* del surplus *al netto degli investimenti specifici*⁵⁷. Nei contesti relazionali, appare giusto esaltare la componente cooperativa assegnando agli individui un payoff che avvicini il c.d. *valor Shapley*, rappresentativo di una remunerazione parametrata al contributo fornito da ciascuna parte.

4. UNA BRIGHT-LINE RULE

Queste considerazioni ci portano alla necessità di formulare una proposta di *bright-line rule* che tenga conto della necessità di indurre le parti a cooperare e nel contempo dell'esigenza di remunerare ogni contributo con un equo ritorno *al netto* del volume di investimento specifico sostenuto.

Si obietterà che il nostro legislatore non è particolarmente avvezzo a soluzioni risorsiste. A questa obiezione è possibile rispondere in due modi. Innanzitutto, il nostro legislatore non è avvezzo a trattare soluzioni eque perché fino alla promulgazione della legge n.281 del 1998 non aveva mai postulato l'equità di una soluzione contrattuale⁵⁸. Inoltre, affermare che il nostro codice civile non conosca esperimenti simili all'approccio risorsista è probabilmente errato. Si pensi ad esempio all'articolo 1448 del codice civile, relativo all'*azione generale di rescissione per lesione*⁵⁹. Ebbene, il legislatore in questo caso ha inteso stabilire una soglia di sproporzione oltre la quale si presume che l'approffittamento dello stato di bisogno di un contraente da parte dell'altro possa dar vita a rescissione del contratto. La possibilità di rescissione altro non è se non un segnale che la volontà iniziale delle parti è venuta meno e il contratto non è più in grado di svolgere la funzione che la società gli ha assegnato, quella di strumento di avvicinamento alla frontiera paretiana.

Allo stesso modo, potremmo suggerire di interpretare l'articolo 9 in modo risorsista, affermando che viola il principio di buona fede il comportamento di un contraente il quale, traendo profitto dalla situazione di dipendenza economica di controparte, produce una sproporzione tra le quote del surplus assegnate alle parti al netto degli investimenti specifici assegnati. Una *bright-line rule* può

⁵⁷Cfr. Sacconi.(1997)

⁵⁸ Il concetto di equità nel campo privatistico è rimasto per lo più confinato al ruolo di principio residuale, come nel caso dell'integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c.c.

⁵⁹ I primi due commi dell' art. 1448 c.c. così recitano:

Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa aveva al tempo del contratto.

prevedere l'introduzione di un criterio mobile come la normale tollerabilità oppure l'istituzione di uno standard di sproporzione accettabile, che costituisca un intorno più o meno esteso della soluzione di divisione eguale, sempre intesa al netto degli investimenti specifici.

Nel primo caso avremo una regola del tipo:

I REGOLA RISORSISTA

Nei contratti tra imprese, il patto con cui una parte attraverso comportamenti dettati dalla consapevolezza dello stato di dipendenza economica della controparte determini uno squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto, tale da allontanare in maniera sostanziale l'esito contrattuale dall'assetto di equa divisione del surplus, deve ritenersi nullo.

Nel caso in cui soltanto una delle parti abbia effettuato investimenti da affidamento successivamente alla conclusione del contratto, la dipendenza economica di tale parte si presume.

Nel caso in cui le imprese non siano vincolate da un contratto ma intrattengano rapporti commerciali, tale norma si applica soltanto ove sussistano elementi sufficienti per concludere che la situazione ambientale e in particolare le affermazioni di una delle imprese abbiano indotto l'altra impresa a fare consapevolmente affidamento sulla conclusione del contratto.

In ogni caso, per assetto di equa divisione deve intendersi l'assetto nel quale le parti ottengono una quota eguale del surplus generato dal contratto al netto degli investimenti specifici effettuati.

Nel secondo caso, basterà formulare un'ipotesi sulla soglia quantitativa da porre come parametro per considerare un esito contrattuale come cooperativo o meno. La regola diverrà allora:

II REGOLA RISORSISTA

Nei contratti tra imprese, le parti sono tenute a comportarsi in modo cooperativo.

Si considera frutto di cooperazione il contratto che sostanzia una divisione in parti uguali del surplus derivante dal contratto. Ad ogni modo, se le parti dividono tale surplus in modo tale che a una parte spetti una quota più che doppia rispetto a quella che spetta all'altra parte, al netto degli investimenti specifici, il comportamento non cooperativo del contraente che trae il maggior vantaggio si presume.

È vietato concludere contratti che comportano una perdita per una delle parti.

Tale soluzione rappresenta l'apice dell'ingerenza legislativa nella autonomia negoziale delle parti, una soluzione estrema che possiede più virtù di quanto possa apparire. Se applichiamo tale norma all'esempio numerico di cui alla figura 5, scopriremo che solo le soluzioni cooperative potranno essere considerate conformi alla regola vigente. Per quanto concerne l'esempio della figura 6, il contratto sarebbe vietato dall'inizio, e comunque nessun esito contrattuale successivo sarebbe avallato dalla norma.

5. COMMENTI E RIMPIANTI

Abbiamo passato in rassegna quelle che sembrano essere le soluzioni interpretative più adeguate alla problematica del *relational contracting*. Quelle che qui abbiamo definito come la *via dell'efficienza* e la *via dell'equità* altro non sono se non la materializzazione di una *via della buona fede* che agli occhi di chi scrive sembra comunque una sconnessa alternativa alla strada che porta all'istituzione di un controllo effettivo del comportamento delle parti che si vengano a trovare nella situazione del monopolista nel corso dell'esecuzione del contratto

In chiusura, riguardo alla problematica delle alternative disponibili sul mercato, possiamo annotare che una soluzione risorsista riflette implicitamente l'incidenza di eventuali mancanze attraverso la presunzione di abusività di assetti contrattuali che risultino squilibrati oltre la soglia prevista. L'impressione di fondo è comunque che si tratti di un refuso mal digerito appartenente ai disegni di legge precedenti, nei quali emergeva l'intenzione di portare il disposto dell'articolo 9 a integrazione e modifica del contenuto dell'articolo 3 della 1.287/90.

La normativa antitrust contiene peraltro assai spesso regole che introducono standards del tipo *bright-line*, non soggetti a qualsivoglia forma di vaghezza. Proprio per il caso di posizione dominante, ad esempio, la Corte è giunta in alcuni casi ad affermare che “una quota di mercato del 50% costituisce in se stessa, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante”⁶⁰. Nel caso che qui interessa, potremmo affermare che se la situazione nella quale versa il contraente debole è tale che le barriere all'uscita dal contratto precludono il ricorso a controparti alternative che occupano più del 50% del mercato rilevante, tale situazione potrà essere definita di dipendenza economica. Ma, posto che il giudice ordinario non potrà compiere siffatte operazioni di valutazione, la soluzione che sembra allo stato attuale maggiormente praticabile è senz'altro quella che impone l'interpretazione del principio di buona fede come cooperazione, imponendo così alle parti di ricercare l'efficienza della soluzione organizzativa prescelta, sia essa corrispondente al *make* oppure al *buy*, perseguendo così a un tempo la massimizzazione dell'utilità congiunta e di quella collettiva.

EPILOGO: ZENONE E LA BANDIERA

La leggenda vuole che il maestro Zenone passasse di là per caso, mentre due monaci zen discutevano di una bandiera. Essa pareva ondeggiare nel vento. Eppure, mentre uno dei due sosteneva che fosse la bandiera a muoversi, l'altro era convinto che a ondeggiare fosse il vento. Zenone, interpellato al riguardo, rispose che a muoversi e ondeggiare poteva essere soltanto la mente⁶¹.

Da un certo punto di vista, il gireconomista somiglia molto da vicino a Zenone. Spesso, infatti, l'analisi economica del diritto porta con sé il merito di spostare l'attenzione sugli effetti che una norma di legge può sortire in seno alla prospettiva psicologica degli individui che operano sul mercato. Tale diverso

⁶⁰ Si tratta del caso *AKZO III*, citato da Frignani e Waelbroeck (1997), p.222.

⁶¹ Una divertente riproposizione della storia è fornita da Douglas R. Hofstadter, in *Gödel, Escher, Bach: un'Eterna Ghirlanda Brillante*, Adelphi, Milano, 1984.

approccio – che potremmo definire *incentive-oriented* – permette a mio parere di affrontare dal punto visuale più corretto le problematiche relative alla regolamentazione dei rapporti che intercorrono tra gli individui sul mercato.

Torniamo ora ai due monaci zen. Essi discutevano riguardo a una bandiera. Allo stesso modo, economisti e giuristi si sono spesso trovati a polemizzare e confrontarsi alla ricerca di soluzioni convergenti. Il problema è che spesso essi partono da posizioni troppo rigide e distanti perché il dibattito trovi un'adeguata e produttiva composizione.

Questo lavoro costituisce l'applicazione del patrimonio strumentale del giureconomista ad uno dei temi più scottanti del panorama giuridico ed economico del nostro paese. Si tratta della norma relativa all'abuso di dipendenza economica, inserita nel testo di legge sulla subfornitura industriale, recentemente approvato – seppur con iter alquanto tortuoso – dalle camere. La portata di una norma, è noto, non dipende soltanto dalla sua formulazione contenutistica: in verità, anche l'interpretazione che della norma viene data a livello dottrinale e giurisprudenziale contribuisce in modo determinante alla sua definizione. Se a questa considerazione aggiungiamo il fatto che la norma in esame – se interpretata in modo deciso ed estremo – può condurre in breve ad una significativa rivoluzione all'interno del nostro ordinamento, ecco che ricostruire a fondo l'intenzione originaria del legislatore diviene obiettivo avventuroso e parimenti pieno di interesse.

Da questo punto di vista, ero e sono convinto che affrontare il problema alla maniera dei giureeconomisti – dunque, in modo simile a quello di Zenone – possa arricchire l'analisi di spunti notevolissimi e prospettive altrimenti irraggiungibili.

Il titolo di questo lavoro menziona la possibilità che il contraente debole possa dormire sonni più tranquilli in seguito all'intervento legislativo in materia di dipendenza economica. Ebbene, non v'è dubbio che, pur nella confusa formulazione della norma, si possa dire – parafrasando Dylan – che *the times they are a-changin'*, nel senso che il legislatore si mostra sempre più incline a materializzare un controllo contenutistico di alcune categorie di contratti conclusi sul mercato; il fatto che l'articolo 9 non incida su contratti di massa, ma vada a incunarsi nella radicata provincia del *relational contracting*, lascia adito a speranze ulteriormente serene. Certo, rimane il rimpianto per il mancato inserimento della disciplina all'interno della normativa antitrust, rimpianto che si estende anche oltre il dato formale, soprattutto in considerazione del fatto che l'Autorità Garante sarebbe stata istituzione senza dubbio più attrezzata all'applicazione di una regola che richiede l'acquisizione e l'elaborazione di una quantità di informazioni non indifferente.

Di qui, l'idea – per certi versi provocatoria – di proporre una soluzione risorsista affiancandola alle proposte più canoniche di soluzioni *efficiency-oriented*. Il limitato patrimonio informativo e “specialistico” a disposizione del legislatore suggerisce senz'altro di adottare regole semplici e il più possibile orientate alla creazione di un incentivo a cooperare per le parti. In un contesto dominato dal *second-best*, non si vede perché il legislatore non debba imporre una *bright-line rule* attendendo quindi che agenti decisori razionali modifichino conseguentemente le loro scelte.

Senza, dubbio, una interpretazione del criterio di buona fede che possa collocarsi nelle zone più estreme delle *via dell'efficienza* o della *via dell'equità* può portare molti benefici per il contraente debole, che vive il sostenimento degli investimenti specifici come una sorta di *dependence day* dal quale difficilmente riuscirà a tornare indietro. A questa circostanza il legislatore avrebbe dovuto rispondere in

modo tale da influenzare in modo più incisivo il comportamento delle parti dalla fase delle trattative a quella dell'esecuzione del contratto, conferendo così finalmente una fisionomia più delineata al requisito *ineffabile* della buona fede. Dunque, la bandiera della protezione del contraente debole sembra essersi impercettibilmente agitata nel vento, tanto da costituire quasi un'illusione, una *pie in the sky*. Invero, detta illusione diverrà realtà soltanto quando si giungerà ad un'interpretazione del criterio di buona fede tanto pregnante e incisiva da modificare in senso cooperativo la mente delle parti, vale a dire il loro schema di incentivi.

Così insegna il giurista, così insegnava Zenone.

BIBLIOGRAFIA MINIMA

- Ayres, I e Gertner, R., 1989, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE LAW JOURNAL, 87.
- Ayres, I. e Nalebuff, Barry J., 1997, *Common Knowledge as a Barrier to Negotiation*, 44 UCLA LAW REVIEW, 1631.
- Barry, B., 1996, *Le teorie della Giustizia*, Il Saggiatore, Milano.
- Bortolotti, F., 1999, *I Contratti di Subfornitura*, CEDAM, Padova.
- Braithwaite, R.B., 1955, *The Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Caso, R. e Pardolesi, R.,
- Cella, G.P., 1997, *Le Tre Forme dello Scambio*, Il Mulino.
- Cooter, R. e Freedman, B., 1991, *The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences*, 66 NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW, 1045.
- Cooter, R. e Ulen, T., 1997, *Law and Economics*, Addison Wesley, 2nd Ed.
- Craswell, R., 1996, *Offer, Acceptance and Efficient Reliance*, 48 STANFORD LAW REVIEW, 481.
- Emons, W., 1991, *More on Damage Measures, Breach of Contract, and Renegotiation*, in *Law and Economics: some further insights*, Giuffrè.
- Friedman L.M., 1974, *Some General Considerations*, in *CONTRACT IN GENERAL, The Impact of Large Scale Business Enterprises upon Contract*, Von Mehren.
- Frignani, A. e Waelbroeck, M., 1996, *Disciplina della Concorrenza nella CE*, UTET, IV edizione, Torino.
- Gauthier, D., 1986, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford.
- Goetz, C.J. e Scott, R.E., 1981, *Principles of Relational Contracts*, 67 VIRGINIA LAW REVIEW, 1089.
- Granieri, M., 1998,
- Hardin, G., 1968, *The Tragedy of the Commons*, Science.
- Hargreaves Heap, S. et al., 1996, *Una Teoria della Scelta*, Laterza, Bari.
- Harsanyi, J.C., 1984, *Comportamento Razionale e Equilibrio di Contrattazione*, Il Saggiatore, Milano.
- Joskow, P.L., 1985, *Vertical Integration and Long-term Contracts: The Case of Coal-burning Electric Generating Plants*, JOURNAL OF LAW, ECONOMICS AND ORGANIZATION, I, 1, 281.
- Joskow, P.L., 1988, *Price Adjustment in Long-Term Contracts: The Case of Coal*, 31 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS, 47.

- Joskow, P.L., 1990, *The performance of Long-Term Contracts: Further Evidence from Coal Markets*, 21 RAND JOURNAL OF ECONOMICS, 251.
- Klass, M.W., e Rapp, R.T., 1993, *Litigating the Key Economic Issues Under Kodak*, in ANTITRUST (SPRING 1993), 14.
- Klein, B., 1996, *Why Hold-ups Occur: the self-enforcing range of contractual relationships*, in *Economic Inquiry*, vol. XXXIV, 444.
- Klein, B., Crawford, R. e Alchian, A., 1978, *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive process*, 21 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS, 21.
- Kreps, D. M. e Wilson, R., 1982, *Reputation and Imperfect Information*, 27 JOURNAL OF ECONOMIC THEORY, 253.
- Kumar, S., 1995, *Parts and Service Included: An Information-Centered Approach to Kodak and the Problem of Aftermarket Monopolies*, 62 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, 1521.
- Osti, C. (1999), *L'Abuso di Dipendenza Economica*, 1 MERCATO CONCORRENZA REGOLE, 9.
- Pardolesi, R. e Paces, A., (1997), *Clausole Vessatorie e Analisi Economica del Diritto: note in margine alle ragioni (e alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto Privato 1996, II – Condizioni Generali e Clausole Vessatorie*, Padova, 417.
- Pardolesi, R., 1995, *Clausole Abusive, Pardon Vessatorie: Verso l' Attuazione di una Direttiva Abusata*, RIVISTA CRITICA DI DIRITTO PRIVATO, 528.
- Popper, K., 1967, *La Rationalité et le Statut du Principe de Rationalité*, in *Les Fondaments Philosophiques des Systèmes Economiques*, Payot, Paris.
- Rawls, J., 1982, *Una Teoria della Giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- Sacconi, L., 1997, *Economia Etica Organizzazione*, Laterza, Bari.
- Schwartz, A., 1997, *Le Teorie Giuridiche dei Contratti e i Contratti Incompleti*, in *L'Analisi Economica del Diritto*, NIS.
- Sen, A.K. 1970, *Collective Choice and Social Welfare*, Holden-day, San Francisco.
- Sen, A.K. 1987, *On Ethics and Economics*, Basil Blackwell, London.
- Williamson, O.E., 1975, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, New York.
- Williamson, O.E., 1979 *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS, 233.
- Williamson, O.E., 1985, *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets and Relational Contracting*, Free Press, New York.