

NUMERO 2 - 2014

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Mario Libertini

CONTRATTO DI RETE E CONCORRENZA



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

GUIDO ALPA

I “principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia . p.325

FABRIZIO DI MARZIO

Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali p.339

ENRICO DEL PRATO

Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato p.381

GIOVANNI DORIA

Pluralismo e verità della legge p.393

MARIO LIBERTINI

Contratto di rete e concorrenza p.405

MICHELE PERRINO

La “crisi” delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti) p.435

ANTONIO JANNARELLI

La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali “deboli” ed interessi privati “forti” p.469

FABIO PADOVINI

Scioglimento unilaterale del vincolo fra recesso e impugnazione del contratto nella proposta di diritto comune europeo della vendita p.495

ANDREA FUSARO

Linee evolutive del diritto successorio europeo p.509

FEDERICO ROSELLI

La salvaguardia delle ragioni del creditore. Bilanciamento di interessi p.565

ANDREA PANZAROLA

L'interruzione della prescrizione nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa irrogata da Autorità amministrative indipendenti p.589

Gli Autori di questo fascicolo p.322

Contratto di rete e concorrenza

La disciplina europea degli accordi di cooperazione comprende oggi diverse figure tipiche. Anche se sul piano concettuale la cooperazione è il contrario della competizione, questi accordi sono, in linea di massima, compatibili con l'art. 101 TFUE. In una prospettiva sistematica, infatti, gli accordi di cooperazione normalmente accrescono la competitività delle piccole e medie imprese e il dinamismo complessivo dei mercati.

In questa categoria si inserisce il contratto di rete, introdotto dal legislatore italiano. La Commissione Europea ha affermato che l'agevolazione fiscale concessa alle reti d'impresa non costituisce aiuto di Stato se e in quanto la rete di imprese non abbia personalità giuridica autonoma. Questo limite però riduce l'effetto incentivante della misura.

Nowadays, EU legislation on cooperation agreements involves several types of agreements. Although on a conceptual level cooperation is by definition the contrary of competition, in general terms these agreements are compatible with Article 101 (TFEU). In fact, in a systemic perspective a cooperation agreement generally increases the competitiveness of SMEs and the global market dynamism. Business Network contract, introduced by Italian lawmaker, belongs to this category. The European Commission has asserted that the tax break granted to Business Network contracts does not constitute State aid as long as they have not separate legal personality. However, this limit reduces the incentive effect of this measure.

Sommario: 1. Gli accordi orizzontali di cooperazione fra imprese nel diritto anti-trust – 2. Le categorie tipizzate di accordi di cooperazione – 2.1. Accordi in materia di ricerca e sviluppo – 2.2. Gli accordi di produzione in comune – 2.3. Gli accordi di cooperazione in materia brevettuale. I “patent pool” – 2.4. Gli accordi di acquisto in comune – 2.5. Gli accordi di vendita in comune. Le “collecting societies” nel campo del diritto d’autore – 2.6. Gli accordi di fornitura reciproca di servizi – 2.7. Accordi di cooperazione nell’attività promozionale – 2.8. Raggruppamenti temporanei di imprese. Gruppi europei di interesse economico (G.E.I.E.) – 2.9. Gli scambi di informazioni – 3. I contratti di rete – 3.1. Premessa – 3.2. Le agevolazioni fiscali a favore delle reti e la disciplina europea sugli aiuti di Stato – 3.3. Il contratto di rete e il divieto delle intese restrittive della concorrenza.

1. - Gli accordi orizzontali di cooperazione fra imprese nel diritto anti-trust.

Gli accordi di cooperazione fra imprese indipendenti hanno per oggetto lo scambio di informazioni o di prestazioni di altro genere fra imprese concorrenti o la messa in comune di determinate fasi dell’attività d’impresa: queste ultime possono essere fasi preparatorie della produzione (p.e. ricerche di mercato, consulenze legali), fasi della produzione in senso stretto (progetti di ricerca e sviluppo, stabilimenti comuni per la costruzione di determinate componenti, ecc.), fasi attinenti alla distribuzione dei prodotti o servizi (pubblicità di categorie di prodotti, uffici vendita comuni ecc.).

La cooperazione, sul piano concettuale, è il contrario della competizione. Tuttavia, in realtà complesse come sono quelle dei mercati odierni, la cooperazione fra alcune imprese indipendenti, se vista in una prospettiva sistemica, può essere anche uno strumento atto ad aumentare la concorrenzialità complessiva nei mercati.

Si è anzi sostenuto che il massimo successo commerciale si realizza per quelle imprese che mantengono un elevato grado di competitività (e quindi di indipendenza) ma che, contemporaneamente, cooperano attivamente con le altre imprese del settore per la tutela del comune interesse allo sviluppo del settore medesimo. Si è anche coniato, per delineare questa situazione, realisticamente riconoscibile come tipica della maggior

parte dei mercati, il termine “*co-opetition*”¹. Questa idea – estranea agli schemi concettuali dell’analisi economica corrente, che ipotizza una realtà economica fatta di soggetti totalmente indipendenti – sta anche alla base della legislazione italiana di sostegno ai “distretti industriali” e ai “contratti di rete”².

L’effetto dinamico positivo può rinvenirsi sempre quando l’accordo di cooperazione sia uno strumento per progettare o lanciare nuovi prodotti o per penetrare in nuovi mercati.

È questa la situazione tipica delle piccole e medie imprese che, da sole, non sarebbero in grado di affrontare un complesso progetto di ricerca o di commercializzazione, ma possono impostare tale progetto attraverso una struttura collaborativa. Ma lo stesso fenomeno può presentarsi, su scala maggiore, se si deve impostare un progetto molto costoso di elaborazione di nuove tecnologie (esempi tratti dall’esperienza comunitaria: l’aereo supersonico Concorde; il sistema di radiotelefonía mobile digitale GSM). In tal caso l’accordo crea un monopolio temporaneo, ma è anche uno strumento atto alla creazione di un nuovo prodotto, o addirittura di un nuovo mercato³.

In altri casi, il risultato dell’intesa è comunque positivo, finché accresce l’efficienza produttiva senza incidere sulla libertà di concorrenza delle imprese partecipanti (es: pubblicità in comune di un genere di prodotti; marchi di qualità).

Requisito essenziale per considerare l’intesa come esente dal divieto è comunque che l’oggetto dell’intesa stessa non sia accompagnato da altre clausole, incidenti sulla libertà d’azione dei partecipanti, e che la libertà di concorrenza reciproca dei partecipanti sia chiaramente garantita.

¹ Cfr. A.M. BRANDENBURGER-B.J. NALEBUFF, *Co-opetition*, New York, 1996. In generale, sull’importanza di ambienti economici cooperative come fattore propulsive dell’innovazione industriale, v. C. ANTONELLI-P.P. PATRUCCO, *Il sentiero dell’innovazione*, Torino, 2004; R. CAPPELLIN, *Le reti di conoscenza e innovazione e il knowledge management territoriale*, in G. PACE (a cura di), *Innovazione, sviluppo e apprendimento nelle regioni dell’Europa mediterranea*, Milano, 2003, 1 ss.; v. anche F. RAMELLA, *Sociologia dell’innovazione*, Bologna, 2013 (ove anche una rassegna storica sulle teorie dell’innovazione nelle dottrine sociologiche ed economiche).

² Cfr., p.e., M.R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratti di rete e reti contrattuali*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 951 ss.

³ Prima della riforma del 2003, la Commissione CE ha addirittura ritenuto questi accordi come estranei al divieto delle intese, senza neanche necessità di valutarle alla stregua dei criteri di esenzione del par. 3 dell’art. 101 (COMMISSIONE CE, 27 luglio 1990, IV.32.688, *Consortium ECR 900*). Su questo orientamento permissivo v. anche la nota successiva.

Se invece l'accordo prevede clausole restrittive della libertà d'azione concorrenziale dei partecipanti (come è normale che accada, per gli accordi di maggiore dimensione), esso può essere esonerato dal divieto solo se, come già detto, presenta un bilancio concorrenziale positivo.

Su questa base la Comunità si era mossa, inizialmente, con un atteggiamento assolutamente favorevole nei confronti degli accordi di cooperazione fra imprese ⁴.

Successivamente, ci si è resi conto che un *favor* generalizzato non è accettabile e che gli accordi di cooperazione possono presentare diversi profili restrittivi della concorrenza:

- (i) possono comportare restrizioni non indispensabili della libertà di iniziativa individuale;
- (ii) possono dare vita a “pratiche facilitanti” comportamenti collusivi, pur non costituendo effetto diretto dell'accordo.

Certamente, dunque, anche gli accordi di cooperazione fra imprese rientrano, in linea di principio, nell'ambito del divieto dell'art. 101, par. 1,⁵ e

⁴ Ci si riferisce alla *Comunicazione relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione fra imprese* del 1968 (GU C 75 del 29 luglio 1968).

In tale comunicazione erano individuati i seguenti possibili oggetti di accordi di cooperazione:

- a) scambio di opinioni e di esperienze;
- b) ricerca di mercato in comune;
- c) realizzazioni in comune di analisi comparative aziendali o settoriali;
- d) elaborazione in comune di statistiche e schemi di calcolo;
- e) cooperazione contabile;
- f) garanzia in comune del credito;
- g) organizzazione in comune dell'incasso;
- h) uffici comuni di consulenza aziendale o fiscale;
- i) esecuzione in comune di progetti di ricerca e sviluppo;
- l) assegnazione in comune di incarichi di ricerca e sviluppo;
- m) ripartizione fra i partecipanti di progetti di ricerca e di sviluppo;
- n) uso in comune di impianti per la produzione e di attrezzature per il deposito e il trasporto di merci;
- o) costituzione di associazioni di imprese per l'esecuzione in comune di commesse, quando le imprese partecipanti non siano in concorrenza fra di loro per le prestazioni da effettuare o non siano in grado di eseguire, da sole, le commesse;
- p) vendita in comune;
- q) servizio in comune di assistenza ai clienti e di riparazione;
- r) pubblicità in comune;
- s) uso di un marchio comune per designare prodotti di una determinata qualità ed accessibili ad ogni concorrente alle stesse condizioni.

⁵ Cfr., da ultimo, Trib. Milano, 25 gennaio 2012, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

possono essere esentati dal divieto solo se rispondono ai requisiti dell'art. 101, par. 3.

In materia sono state quindi emanate le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale* (2011/C 11/01), che sostituiscono la precedente comunicazione della Commissione in materia, del gennaio 2001. In realtà, le Linee guida non dettano tanto principi generali, quanto regole relative a determinate categorie di accordi.

In linea generale, deve comunque tenersi presente che la costituzione di organizzazioni giuridicamente qualificate come “cooperative” o “consorzi” fra imprese non è certo vietata, ma neanche esonerata di per sé dal rispetto del divieto delle intese⁶. Anche una cooperativa di produzione e lavoro può dunque, in determinate circostanze, essere condannata come intesa restrittiva della concorrenza.

2. - Le categorie tipizzate di accordi di cooperazione.

La disciplina europea degli accordi di cooperazione comprende oggi diverse figure tipizzate, non solo nella già citata comunicazione, ma anche in regolamenti di esenzione per categoria.

Sembra opportuno – prima di parlare della rilevanza antitrust del contratto di rete (che attualmente non è oggetto di previsioni specifiche di diritto europeo) – ricordare qui rapidamente queste varie categorie e accennare al trattamento che esse ricevono da parte del diritto antitrust.

2.1. - Accordi in materia di ricerca e sviluppo.

L'attività di “ricerca e sviluppo” (“*R&D*”, come si usa anche dire, con un acronimo dell'espressione inglese “*research and development*”) è considerata una componente essenziale dell'efficienza dinamica dei mercati. Essa è anche terreno di elezione di accordi di cooperazione fra imprese.

In linea di principio, questo tipo di cooperazione è guardato con favore dal diritto antitrust (oltre che in altri contesti normativi, come il diritto tribu-

⁶ Trib. I gr. CE, 2 luglio 1992, T-61/89, *Dansk Pelsdyravlserforening*; Corte giust. CE, 12 dicembre 1995, C-399/93, *Oude Luttikhuis*.

tario), proprio perché la messa in comune di capitali e *know-how* può di norma favorire, anziché restringere, il flusso complessivo di innovazioni offerte al mercato⁷. Si richiedono soltanto dei temperamenti, per evitare che gli accordi in questione divengano strumenti per creare situazioni monopolistiche.

La materia è attualmente regolata dal Reg. (UE) n. 1217/2010 del 14 dicembre 2010. Esso dispone l'esenzione per gli accordi di R&D che non coprano più del 25% del mercato rilevante [i.e. in cui la quota di mercato detenuta congiuntamente da tutti i soggetti partecipanti non superi il 25% (art. 4 Reg.)]. La quota di mercato può aumentare fino al 30%, durante il periodo di esecuzione dell'accordo, senza che ciò faccia venir meno l'esenzione (art. 7 Reg.).

Il criterio regolamentare della quota di mercato non è, tuttavia, in grado di fornire certezze. Le Linee direttrici (§ 127 ss.) dispongono chiaramente che ogni accordo di R&S deve essere valutato per le ripercussioni che può avere tanto sul mercato dei prodotti preesistenti quanto sul mercato dell'innovazione.

Il regolamento impone, ai fini dell'esenzione, che gli accordi contengano alcune clausole pro concorrenziali (c.d. lista bianca) e vieta altri tipi di clausole, ritenute restrittive della concorrenza (c.d. lista nera).

2.2. - Gli accordi di produzione in comune.

Gli accordi di produzione in comune costituiscono, in certo senso, il naturale sviluppo degli accordi di R&S⁸. La loro funzione positiva è quella di far condividere costi di produzione, e quindi realizzare economie di scala per le imprese partecipanti. Il rischio è di eliminare la concorrenza nella componente oggetto dell'accordo.

⁷ Il fatto che i maggiori profitti derivanti da un'intesa siano destinati in parte significativa a programmi di ricerca e sviluppo è dunque circostanza rilevante, che le autorità antitrust devono attentamente valutare al fine del riconoscimento dei requisiti di esenzione di cui all'art. 10.3 TFUE. Cfr. Trib. I gr. CE, 29 settembre 2006, C-168/01, *Glaxo SmithKleine Services*.

⁸ Per la verità, gli accordi di cui si tratta presentano, di norma, un profilo "verticale", consistente nel rapporto fra i partecipanti all'accordo di cooperazione ed uno o più subfornitori (in qualche caso può trattarsi anche di una *joint-venture* fra i partecipanti all'accordo) [cfr. Comun. 2001/C 3/02, § 80]. Tuttavia, il profilo di cooperazione orizzontale assume importanza centrale ai fini della valutazione economica dell'accordo.

Un rischio più grave è quello della creazione di un ambiente collusivo, in cui le imprese partecipanti all'accordo cooperano su componenti della produzione che non incidono sulle scelte del consumatore (es. componenti tecniche interne del prodotto) mentre creano barriere difensive negli *aftermarkets* (pezzi di ricambio, assistenza ecc.); con un risultato di tendenziale consolidamento delle posizioni di mercato già raggiunte. Infine, gli accordi di produzione (quando siano chiusi rispetto alla possibile cooperazione di imprese terze) possono dar luogo ad effetti escludenti nei confronti di concorrenti più deboli ⁹.

Nell'attuale nomenclatura degli accordi, prevista nella normazione secondaria europea, gli accordi di produzione in comune sono stati inquadrati come una sottocategoria degli accordi di specializzazione produttiva, disciplinati da un altro regolamento di esenzione per categoria [Regolamento (UE) n. 1218/2010 della Commissione, del 14 dicembre 2010] e godono dunque dei relativi spazi di esenzione "per categoria" (in particolare l'esenzione per gli accordi che non superino la soglia del 20% del mercato rilevante).

Al di là dei limiti dell'esenzione per categoria, devono essere valutati con rigore i requisiti dell'art. 101, par. 3, e ancor più le eventuali *ancillary restrictions* contenute in accordi di produzione; ed anche in questo caso si deve applicare la "lista nera" delle clausole vietate ¹⁰.

Richiedono inoltre specifica giustificazione le clausole di esclusiva, di

⁹ Cfr. *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GUUE C 11 del 14 gennaio 2011, § 157 ss.

¹⁰ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 160 ss.

Si deve segnalare che la Comunicazione della Commissione sugli accordi orizzontali di cooperazione del 2001 qualificava gli accordi di produzione in comune, di norma, come intese "verticali", perché limitati a determinate fasi della produzione, che i partecipanti all'accordo potrebbero acquisire da imprese esterne, operanti a diversi livelli del mercato. Da ciò l'applicabilità, in linea di massima, dell'esenzione per categoria, allora prevista dal Reg. 2790/99/CE. Questa qualificazione era opinabile, perché la verticalità dell'accordo sta piuttosto nella circostanza che le imprese interessate si collocano, come loro *core business*, in due diversi livelli del mercato. Se invece si ha integrazione verticale nell'ambito di una certa impresa, e poi si realizza un accordo di produzione fra più imprese verticalmente integrate, questo fenomeno dovrebbe più correttamente qualificarsi come intesa orizzontale, e non godere del Regolamento di esenzione (oggi il reg. n. 330/2010). La scelta interpretativa della Commissione, molto favorevole, su un piano pragmatico, al riconoscimento dell'esenzione a favore degli accordi di produzione in comune, è stata superata con le "Linee direttrici" del 2011, a cui si fa riferimento nel testo.

diritto o di fatto, che eventualmente impediscano alle imprese partecipanti all'accordo cooperativo di ricorrere all'autoproduzione o a fonti alternative ¹¹.

Se sono rispettate queste condizioni, e il mercato complessivo dei prodotti finali presenta un'effettiva competizione orizzontale, la condivisione di singoli elementi produttivi (p.e. una componente strutturale di un prodotto complesso come un'automobile ¹², o delle strutture portanti delle stazioni radiomobili nella telefonia cellulare ¹³) è guardata positivamente, come strumento di promozione dell'efficienza produttiva e della concorrenza effettiva nel settore. Qualche dubbio hanno invece suscitato gli accordi di *code sharing* fra compagnie di aviazione, cioè la gestione in comune di certi voli da parte di diverse compagnie, quando portino a monopolizzare certe rotte commercialmente importanti ¹⁴ (la stessa valutazione non potrebbe farsi, invece, per accordi volti a coprire rotte non particolarmente profittevoli).

2.3. - Gli accordi di cooperazione in materia brevettuale. I “patent pool”.

Mentre gli accordi di *R&S*, di cui si è finora parlato, si caratterizzano per la presenza di un progetto di ricerca industriale comune a più imprese, altre forme di cooperazione possono avere ad oggetto i risultati della ricerca posta in essere in maniera indipendente da diverse imprese concorrenti.

¹¹ Corte Giust. CE, 25 marzo 1981, C-61/80, *Coöperatieve Stremsel-en Kleursel-fabriek*.

¹² Gli accordi di *joint venture* fra imprese automobilistiche sono molto frequenti nel settore e sono stati largamente autorizzati dalle autorità antitrust, in considerazione dell'esistenza di una concorrenza effettiva nel mercato dei prodotti finali. I provvedimenti autorizzatori si sono avuti però soprattutto in applicazione della disciplina della concentrazione.

¹³ Cfr. Commissione CE, 30 aprile 2003, COMP/38.270, *O2 UK Ltd. / T-Mobile UK Ltd.*; Commissione CE, 30 luglio 2003, COMP/38.369, *T-Mobile Deutschland / O2 Germany*.

Il *favor* per gli accordi di condivisione dei siti è stato confermato dalla Dir. 2009/140/CE in materia di comunicazioni elettroniche (cfr., in particolare, art. 12 e considerando 43).

Si noti che l'orientamento delle autorità europee è nel senso di considerare non pericolosi, per lo sviluppo della concorrenza, gli accordi di condivisione delle infrastrutture c.d. passive di rete (p.e. piloni, fibra “spenta”), e viceversa bisognosi di precisa giustificazione, caso per caso, gli accordi che si estendano alla condivisione di altre componenti, c.d. attive, della rete (p.e. apparati, *software* etc.).

¹⁴ Cfr. AGCM, 13 gennaio 1999, n. 6793 (1276B), *Alitalia / Meridiana*. Il provvedimento è stato poi però annullato, per difetto di istruttoria, da Cons. Stato, sez. VI, 29 ottobre 2002, n. 7028.

Nella forma più semplice, l'accordo si traduce in un impegno reciproco di concedere licenze su eventuali diritti di proprietà industriale o intellettuale attinenti alla materia oggetto dell'accordo (c.d. *cross-licensing*). Più frequentemente, l'impegno reciproco al rilascio di licenze si inquadra in un più generale accordo di standardizzazione produttiva ed ha ad oggetto le tecniche necessarie per realizzare una produzione conforme agli standard (*Standard Essential Patents*). Oltre queste ipotesi, l'accordo di cooperazione può configurarsi come impegno di messa in comune di brevetti, accompagnato dalla creazione di un'organizzazione comune di tipo consortile, a cui viene affidato il compito esclusivo di offrire licenze dell'insieme di brevetti nel mercato (c.d. *licensing administrator*). A questo tipo di accordi viene propriamente dato il nome di *patent pool*. Infine, in tempi recenti comincia a manifestarsi il fenomeno – in certo senso speculare a quello del *patent pool* – della costituzione di gruppi d'acquisto (sul punto, in generale, v. il § successivo) di brevetti, anch'essi in forma consortile, volti a favorire l'acquisto di nuove tecnologie da parte di piccole e medie imprese ¹⁵.

La valutazione di accordi di questo tipo da parte delle autorità antitrust ha oscillato fra diverse posizioni. In passato, si è talora pensato che qualsiasi atto di disposizione di un diritto di proprietà intellettuale fosse da valutare positivamente sotto il profilo concorrenziale, perché comportava comunque un'attenuazione di un monopolio. Tesi certamente errata, perché gli IPR attribuiscono di norma vantaggi competitivi in un mercato aperto e non danno luogo alla formazione di monopoli. Da qui l'idea opposta, per cui la volontà di mettere in comune possibili vantaggi competitivi avrebbe comunque rappresentato il segno di un'alleanza volta a restringere la concorrenza fra le imprese partecipanti. Idea anch'essa inaccettabile, perché la condivisione di innovazioni tecniche, accompagnata da competizione nell'utilizzazione commerciale dei risultati condivisi, può offrire la migliore base di sviluppo di un intero settore (in questo modo si sono affermate alcune delle principali industrie innovative del secolo XX: dal cinema alla telefonia mobile).

¹⁵ Cfr. D. MASTRELIA, *Standard, patent pool e gruppi d'acquisto di brevetti. Verso un nuovo modello di trasferimento di tecnologia nel settore hi-tech*, in *Dir. ind.*, 2013, 505 ss.

Oggi, anche scorta dell'esperienza statunitense, l'analisi del fenomeno si è affinata e, tendenzialmente, porta a distinguere tre possibili situazioni ¹⁶:

- *pool* di brevetti sostitutivi: sono valutati negativamente, perché producono tipicamente un effetto di pareggiamento delle condizioni concorrenziali;

- *pool* di brevetti complementari: sono valutati positivamente, perché portano alla costruzione e al miglioramento di standard condivisi in industrie ad alto contenuto tecnologico (es. GSM, DVD ecc.);

- *pool* di brevetti dipendenti ¹⁷: sono valutati positivamente, perché stimolano l'innovazione seriale e rispondono ad una logica che è già presente nella legge (cfr. art. 71 c.p.i.).

Nella prassi applicativa, la Commissione ha ritenuto meritevoli di esenzione diversi accordi di cooperazione brevettuale (come quelli sugli standard GSM o DVD, sopra ricordati) ponendo come condizione che l'oggetto dell'accordo sia limitato ai brevetti effettivamente *essenziali* per l'affermazione di un certo standard e che le parti si impegnino a concedere licenza dei rispettivi brevetti, a condizioni FRAND (*Fair, Reasonable and Non Discriminatory*), a tutte le imprese che ne facciano richiesta ¹⁸.

2.4. - Gli accordi di acquisto in comune.

Accordi di acquisto in comune possono essere conclusi sia da imprese manifatturiere (in questo caso avranno in comune materie prime o prodotti semilavorati) o, più spesso, da imprese di distribuzione commerciale, che con questo strumento rafforzano il loro potere contrattuale nei confronti dei produttori. Questi accordi di costituzione di “gruppi d'acquisto” o “centrali d'acquisto”, consentono di realizzare economie di scala condivise. L'abbassamento dei costi di acquisto può essere facilmente trasferito, in tutto o in parte, sul consumatore, con relativo abbassamento dei prezzi finali.

¹⁶ Cfr. M. CALDERINI-A. GIANNACCARI-M. GRANIERI, *Standard, proprietà intellettuale e logica anti-trust nell'industria dell'informazione*, Bologna, 2005.

¹⁷ Cioè quelli che non potrebbero essere utilizzati senza, a loro volta, utilizzare un brevetto precedente, di cui costituiscono uno sviluppo (cfr. art. 71 c.p.i.).

¹⁸ V., per una rassegna della casistica in materia, B. CARUSO, *Diritti di proprietà intellettuale e intese restrittive della concorrenza. Principali decisioni e sviluppi normativi dell'ultimo decennio nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, 497 ss.

Il vincolo di esclusiva temporaneo a favore della centrale d'acquisto è anch'esso, in linea di principio, lecito, se proporzionato all'esigenza di garantire una efficiente programmazione aziendale alla centrale stessa ¹⁹. Il vincolo diviene sproporzionato, e quindi illecito, se ha lunga durata o se il recesso è impedito da penali di ammontare eccessivo ²⁰.

Un primo punto critico (oltre a quello generale di dar vita a pratiche facilitanti come allineamenti di prezzi e simili), è dato però dalla considerazione del potere di mercato dei partecipanti nel mercato finale della vendita agli utilizzatori. Se i partecipanti alla centrale controllassero l'intero mercato finale avrebbero minori incentivi a trasferire le riduzioni di prezzo a favore dei consumatori ²¹.

Un secondo rischio sta nella possibilità che la centrale d'acquisto escluda gli operatori estranei dal mercato dell'acquisto di determinati prodotti ²². Un terzo rischio di questi accordi sta nel possibile controllo oligopolistico degli sbocchi per i fornitori. Quest'ultimo rischio ha assunto peso crescente con l'evolversi delle caratteristiche tecniche della distribuzione commerciale ²³, che hanno visto, ormai da qualche decennio, il netto rafforzamento del potere contrattuale della GDO (Grande Distribuzione Organizzata) nei confronti dei produttori, che (salvo poche eccezioni) sono imprese di dimensione medio-piccola. Al contempo, si sono di molto ridotti gli altri circuiti tradizionali di distribuzione (piccoli negozi indipendenti). Per le imprese fornitrici l'eventuale esclusione dai circuiti commerciali controllati dalle centrali d'acquisto può dunque avere effetti gravissimi e non riparabili ²⁴. V'è anche il rischio che il potere contrattuale delle

¹⁹ Corte giust. CE, 15 dicembre 1994, C-250/92, *Gottrup-Klim*. Cfr. anche *Linee direttrici*, cit., § 218.

²⁰ Corte giust. CE, 12 dicembre 1995, C-399/93, *Oude Luttikhuis*.

²¹ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 219.

²² Trib. I gr. CE, 8 ottobre 2002, T-185/00, *M6 e aa.* (nella specie si trattava di un accordo di acquisto in comune di programmi televisivi, con clausola di esclusiva ai danni di imprese televisive non partecipanti all'accordo). Cfr. anche *Linee direttrici*, cit., § 203.

²³ Su di esso è infatti posta oggi la maggiore attenzione (cfr. *Linee direttrici*, cit., § 198).

²⁴ La forza negoziale delle centrali d'acquisto della G.D.O. ha provocato anche un fenomeno di formazione di cartelli "difensivi", tra le imprese di certi settori, per coordinare i loro comportamenti di prezzo e di condizioni nei confronti della G.D.O. V. p.e., per un'intesa di tal tipo nel settore dei cosmetici, T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 17 novembre 2011, n. 8948.

centrali d'acquisto condizioni la varietà e la qualità dei prodotti fabbricati²⁵.

Per questo le centrali d'acquisto sono valutate dalle autorità antitrust con un certo rigore e, generalmente, devono contenere clausole specifiche atte a prevenire i rischi sopra elencati²⁶. La Comunicazione del 2001 sugli accordi di cooperazione ha fissato la "soglia di attenzione" antitrust per le centrali d'acquisto nel controllo di una quota superiore al 15% del mercato rilevante, sia sotto il versante dell'acquisto, sia sotto quello della vendita. Questa "soglia" è stata confermata nelle linee direttrici del 2011²⁷.

2.5. - Gli accordi di vendita in comune. Le "collecting societies" nel campo del diritto d'autore.

Figura speculare alla centrale d'acquisto è quella dell'intesa di commercializzazione in comune dei prodotti provenienti da più imprese indipendenti. Gli "accordi di commercializzazione" sono definiti, nelle Linee guida della Commissione (§ 225) come quelli che «riguardano la cooperazione tra concorrenti nella vendita, distribuzione o promozione dei rispettivi prodotti». Qui preferiamo trattare solo dei primi (accordi di vendita), considerando a parte (§ 14.7) gli accordi di sola promozione, che presentano minori profili critici.

La figura concettualmente più semplice è quella dell'ufficio vendite in comune (che, in Italia, assumerà di norma la figura giuridica del consorzio *ex artt. 2602 ss., c.c.*). Se la struttura di vendita si limita a svolgere attività esecutiva su mandato delle imprese partecipanti (ciascuna di queste rimanendo poi libera nella determinazione dei prezzi e dei contenuti della propria offerta), essa è di norma compatibile con le norme antitrust, perché dovrebbe comportare un miglioramento dell'offerta, mediante una maggiore facilità di reperimento di prodotti che, altrimenti, avrebbero maggiore difficoltà ad entrare in contatto con i potenziali utilizzatori (si

²⁵ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 202.

²⁶ Nella prassi applicativa italiana, alcuni accordi di tal genere sono stati esaminati e considerati privi di restrizioni illecite della concorrenza. V. AGCM, 17 aprile 1997, n. 4915 (1174), *Generale Supermercati - Standa / Supercentrale / Il Gigante*.

²⁷ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 208.

pensi ad un'organizzazione comune di export-import di prodotti provenienti da un singolo e lontano paese straniero, o anche ad un negozio specializzato nella vendita di prodotti provenienti da una certa regione). L'analisi della figura diviene più complessa se la struttura comune gode di discrezionalità nel trattare con i terzi, e quindi può incidere su prezzi e condizioni di offerta e, direttamente o indirettamente, sulla ripartizione delle risorse disponibili (p.e. contingentamento dell'offerta, degli spazi espositivi, etc.). Strutture del genere presentano elevati rischi di dar vita a pratiche facilitanti ed a veri e propri cartelli. Anche per essi deve essere applicata con rigore la *black list* relativa agli accordi di prezzo e di ripartizione dei mercati ²⁸. A parte le clausole contenute nella *black list*, la Commissione ritiene privi di rischi per la concorrenza effettiva gli accordi che coprano una quota non superiore al 15% del mercato rilevante ²⁹.

In certi campi, tuttavia, la struttura di gestione collettiva delle vendite può avere come funzione precipua non tanto quella di facilitare l'accesso degli utilizzatori a certi prodotti, quanto quella di rafforzare il potere contrattuale dei venditori (è il caso propriamente speculare, rispetto a quello delle centrali d'acquisto). L'ammissibilità della figura sembra in questo caso problematica, perché l'effetto – opposto a quello che si verifica nelle centrali d'acquisto – è quello di aumentare i prezzi dei prodotti venduti, con possibili ricadute per i consumatori finali.

Tuttavia, anche queste strutture in certi casi sono valutate come lecite, se e in quanto vi sia una giustificazione oggettiva della loro esistenza, al fine di fornire incentivi ai piccoli produttori, in mercati particolari in cui vi è un forte interesse al pluralismo dell'offerta.

Su questa base sono state giustificate le intese per la gestione collettiva dei c.d. diritti audiovisivi sportivi ³⁰, e sono anche tradizionalmente giustificate le società di gestione collettiva dei diritti d'autore, sorte storicamente

²⁸ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 234 ss.

²⁹ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 240.

³⁰ Comm. CE, 24 luglio 2003, COMP/C.2-37.398, *UEFA Champions League*.

Si noti che il fondamento giuridico dei diritti audiovisivi sportivi è stato a lungo discusso e incerto (cfr. E. PODDIGHE, *Diritti televisivi e teoria dei beni*, 2^a ed., Padova, 2003); si è oscillato fra concezioni che trovavano come unico possibile fondamento quello della disponibilità giuridica esclusiva dello spazio fisico in cui si svolge l'evento, ad altre che tendevano a riconoscere un diritto di esclusiva *extra legem* (richiamandosi a principi generali di tutela del lavoro o dell'impresa, ma senza il coraggio di proporre un'applicazione analogica delle norme sul

anche con funzioni di protezione sindacale degli autori affiliati³¹. Queste società godono ovunque di una posizione di monopolio di fatto o di diritto a livello nazionale [in Italia, com'è noto, la S.I.A.E. (costituita, su base volontaria, nel 1882) è divenuta poi titolare di monopolio legale (art. 180, l. dir. aut.), cioè del diritto esclusivo di svolgere la funzione di intermediario per la cura degli interessi degli autori ed editori nei confronti di chi utilizza commercialmente opere dell'ingegno (i.e. per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, esecuzione, diffusione audiovisiva, riproduzione delle opere protette)].

2.6. - Gli accordi di fornitura reciproca di servizi.

In molti settori economici, soprattutto in materia di servizi, un'impresa si trova spesso di fronte al problema di assistere occasionalmente il proprio cliente anche quando questi si trova al di fuori del territorio in cui l'impresa fornitrice del servizio è dotata di una propria organizzazione produttiva. Si pensi, per esempio, alla fornitura di servizi telefonici al cliente che si trova all'estero. In tali situazioni, le imprese ricorrono ai c.d. accordi di *roaming* internazionale, in base ai quali il cliente potrà accedere alla rete di un operatore del paese visitato, convenzionato con l'operatore di rete nazionale e con questo interconnesso, e così potrà telefonare e ricevere telefonate anche trovandosi all'estero. Per ottenere tale risultato, le imprese stipulano fra loro una rete di accordi reciproci di cooperazione tecnico-commerciale per la fornitura di servizi e di assistenza ai clienti di

diritto d'autore), ad altre ancora che trovavano come unico fondamento la disciplina della concorrenza sleale.

Un altro dubbio sistematico riguardava la stessa titolarità dei diritti (se in capo al solo club organizzatore dell'evento, o alle due o più squadre partecipanti allo stesso, ovvero ancora in capo all'organizzatore del campionato; la prima tesi prevaleva in Europa, la seconda in America).

Il problema può dirsi oggi superato, almeno in Italia, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 9 del 2008 (v. nota suc.), che ha, da un lato, dato un fondamento legale ai diritti audiovisivi sportivi, dall'altro ha attribuito la contitolarità degli stessi agli organizzatori della competizione (p.e. la Lega Calcio) e agli organizzatori degli eventi (p.e. il club ospitante una partita ufficiale di serie A).

³¹ Per l'inquadramento storico-comparatistico della materia v. G.M. RICCIO, *Copyright Collecting Societies e regole di concorrenza*, Torino, 2012; nonché, per un'introduzione sintetica, E.J. MESTMÄCKER-P.G. NEWMAN, *Collecting Societies*, European Law Institute, Firenze, 2005.

altre imprese. Lo stesso fenomeno si presenta anche in molti altri mercati di produzione di servizi (assicurazioni, gestione di diritti d'autore, ecc.). In linea di massima questi accordi determinano guadagni di efficienza e benefici per i consumatori: l'impresa fornitrice di servizi non è costretta a fare investimenti diretti in territori lontani dalla sua base operativa e il consumatore non è costretto a cercare ed acquisire un nuovo fornitore di servizi occasionale. Perciò essi non sono vietati dal divieto delle intese.

Ovviamente il giudizio cambia se l'accordo rivela una finalità prevalente di ripartizione dei mercati, frenando quella che potrebbe essere la crescita fisiologica dei mercati di riferimento dell'impresa, ovvero rivela una finalità di allineamento dei prezzi finali. Per tali ragioni, mentre un accordo senza esclusiva può presumersi idoneo a produrre soltanto i sopra descritti effetti positivi, sono guardate con sospetto eventuali clausole di esclusiva³². Un altro pericolo costante di questi accordi sta nella possibilità che le parti concordino sovrapprezzi ingiustificati a carico del consumatore che, facendo ricorso occasionale ai servizi "esterni" ed avendo comunque forte interesse ad avvalersi degli stessi, si trova in posizione di debolezza contrattuale. A questo pericolo si può reagire applicando le norme sul divieto di abuso di posizione dominante, considerando quello dei servizi reciproci occasionali come un *aftermarket*, in cui il cliente si trova in posizione di dipendenza economica. Il punto non è però del tutto sicuro. Nel caso degli alti prezzi del *roaming* internazionale, la Commissione ha preferito intervenire direttamente con regolamenti che hanno disposto d'autorità la riduzione dei prezzi³³, anziché applicare le norme antitrust.

2.7. - Accordi di cooperazione nell'attività promozionale.

Gli accordi di cooperazione possono avere ad oggetto azioni collettive di promozione delle vendite di una determinata categoria di prodotti: per esempio una campagna pubblicitaria in comune, volta a sostenere un certo

³² Corte giust. CE, 9 giugno 1977, C-90/76, *Van Ameyde / UCI*.

³³ Reg. CE/717/2007 del 27 giugno 2007; Reg. UE/531/2012 del 13 giugno 2012. La Corte di Giustizia, adita dagli operatori telefonici, ha dichiarato la legittimità di questo intervento della Commissione, giustificandolo alla stregua dell'esigenza di migliore funzionamento del mercato interno e di tutela dei consumatori (Corte giust. UE, Grande Sez., 8 giugno 2010, C-58/08, *The Queen / Vodafone Ltd*).

tipo di prodotto, una campagna promozionale di offerta di sconti a determinate categorie di soggetti, ecc.

Fin quando tali campagne presentino carattere di temporaneità, esse sono da considerare ammissibili, cioè non restrittive della concorrenza, perché in realtà introducono elementi di dinamica concorrenziale, attirando l'attenzione del consumatore medio verso un particolare tipo di offerta e incentivando risposte competitive da parte di altre imprese. Diverso sarebbe il giudizio se la cooperazione assumesse carattere permanente (o regolare e ricorrente): in tal caso essa potrebbe essere indice di un costume collusivo o comunque poco dinamico e farebbe da freno ad ogni iniziativa individuale della singola impresa operante nel settore.

Più delicato è il problema relativo al trattamento di accordi volti all'organizzazione di fiere od esposizioni in comune. In questo caso si pone un problema ulteriore, che è quello della possibile discriminazione a carico di determinati concorrenti: perché l'accordo sia lecito, occorre che l'esclusione di un espositore sia giustificata da criteri oggettivi e ragionevoli³⁴. In altri termini, le condizioni di partecipazione all'esposizione comune devono essere oggettive, trasparenti e non discriminatorie.

2.8. - Raggruppamenti temporanei di imprese. Gruppi europei di interesse economico (G.E.I.E.).

Una particolare forma di cooperazione fra imprese, affermata soprattutto in materia di pubblici appalti, ma utilizzabile anche nei rapporti fra privati, è costituita dall'accordo fra due o più imprese per presentare un'offerta in comune ad un certo committente, ai fini dell'effettuazione di una certa prestazione (costruzione, fornitura o servizio). Si tratta quindi di una collaborazione temporanea, limitata all'esecuzione di una determinata commessa (di solito di notevoli dimensioni). Sul piano giuridico, com'è noto, l'associazione temporanea (o raggruppamento temporaneo) di imprese (A.T.I. o R.T.I.) non dà luogo ad un'organizzazione stabile, come accade per le società o i consorzi, bensì ad un insieme di rapporti di mandato, in cui i diversi partecipanti assumono la veste di mandanti, salvo

³⁴ Cfr. Comm. CE, dec. 11 luglio 1988, L233/1988, *British Mental Trade Association*.

uno, che assume la veste di mandatario (o “capofila” o “capogruppo”), divenendo come tale unico soggetto legittimato ad agire, per conto di tutti gli interessati, nei confronti del committente ³⁵.

Questo tipo di accordo è stato storicamente giustificato, nella disciplina degli appalti pubblici, proprio in funzione procompetitiva, cioè come strumento atto a consentire alle piccole imprese, non in grado di partecipare da sole con successo ad una gara pubblica, di formulare un’offerta competitiva mettendo insieme le rispettive forze, e programmando una certa ripartizione di compiti per l’esecuzione del lavoro. Si tratta però di uno strumento che, in determinate situazioni, può essere utilizzato anche per realizzare non un programma cooperativo, bensì un programma spartitorio, cioè un’alleanza fra due o più imprese per ripartirsi una certa commessa e, più spesso, una serie di commesse ³⁶.

Sulla base di questo rilievo, si è giunti talora a capovolgere la presunzione di pro-concorrenzialità, che aveva storicamente accompagnato la figura dell’ATI, e ad affermare che le stazioni appaltanti dovrebbero sempre «limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara» ³⁷. Questa affermazione appare però, se intesa alla lettera, troppo rigida: in applicazione dei criteri dell’art. 101, par. 3, TFUE, un’associazione temporanea dev’essere considerata lecita se sia comunque in grado di formulare un’offerta migliorativa rispetto a quelle che ciascuna impresa partecipante sarebbe stata in grado di presentare da sola ³⁸.

³⁵ Per l’esecuzione dei lavori, in caso di aggiudicazione, si costituisce normalmente – almeno nel campo dei lavori pubblici – un’apposita società, avente oggetto sociale limitato all’esecuzione dell’appalto. La costituzione della società è puramente strumentale rispetto al contratto principale di R.T.I. e non presenta, pertanto, un’autonoma fisionomia dal punto di vista delle norme antitrust.

³⁶ Per un caso recente, riguardante la spartizione delle concessioni per la gestione dei servizi idrici integrati, v. Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067.

³⁷ Questa posizione rigoristica è espressa da AGCM, 30 gennaio 2003, parere AS251, *Bandi predisposti da Consip S.p.A.*

Nel citato parere l’Autorità afferma che il principio affermato potrebbe essere derogato soltanto in circostanze eccezionali, che dovrebbero essere precisate in anticipo nei bandi di gara.

³⁸ Per l’applicazione di questo criterio in un caso recente, con conseguente annullamento della condanna rigoristica irrogata dall’AGCM, v. T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 7 agosto 2012, n. 7286 (in questo caso, riguardante la fornitura di apparecchiature medicali ad aziende ospedaliere).

Le stesse considerazioni, sopra svolte con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese, possono valere per i gruppi europei d'interesse economico (G.E.I.E.), disciplinati dal Reg. n. 2137/85/CE.

2.9. - Gli scambi di informazioni.

È noto che la condivisione di tutte le informazioni rilevanti per il funzionamento del mercato costituisce uno degli elementi fondamentali del modello teorico di *concorrenza perfetta*, adottato nell'analisi economica neoclassica. In tale prospettiva, la cooperazione informativa fra imprese apparirebbe, a prima vista, come una pratica addirittura filoconcorrenziale (e un *favor* in tal senso poteva ravvisarsi nelle prime prese di posizione della Commissione sul fenomeno ³⁹).

Nell'economia reale, caratterizzata da mercati oligopolistici e da concorrenza "monopolistica" (cioè tendenzialmente fondata sulla differenziazione delle offerte), l'informazione aziendale riservata è divenuta, invece, risorsa essenziale dell'attività d'impresa e del processo concorrenziale ⁴⁰.

Corrispondentemente, lo scambio e la condivisione di informazioni sono oggi tendenzialmente visti come pratiche restrittive della concorrenza, o almeno come "pratiche facilitanti" comportamenti collusivi. In particolare, si è affermata l'idea che gli scambi di informazioni costituiscono segnali che suggeriscono l'allineamento di prezzi e comportamenti di mercato, nonché, in molti casi, segnali di conferma di un comportamento "normale", non orientato a rompere equilibri di mercato preesistenti ⁴¹.

In proposito, si deve distinguere fra gli scambi di informazioni fra imprese, che avvengono in modo informale e riservato fra imprese concorrenti, che sono di per sé visti – nell'applicazione delle norme antitrust – come forte indizio dell'esistenza di una pratica di cartello segreta ⁴², e gli scambi di

daliere, le parti dimostravano che la collaborazione era stata necessaria per costruire un'offerta economicamente sostenibile). Nello stesso senso T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 7 maggio 2013, n. 4478.

³⁹ V. *supra*, nt. 4.

⁴⁰ Cfr. M. LIBERTINI, *Le informazioni aziendali segrete come oggetto di diritti di proprietà industriale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2011, 137 ss.

⁴¹ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 59.

⁴² V., p.e., Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 548.

informazioni che avvengono sulla base di uno specifico accordo avente tale oggetto.

Gli scambi di informazioni fra imprese appartenenti a questo secondo tipo spesso avvengono nell'ambito di associazioni di categoria, e qualche volta sono affidati ad imprese terze incaricate di raccogliere ed elaborare dati di mercato. Che anche queste intese possano avere gli scopi o gli effetti restrittivi della concorrenza, sopra descritti, è fuori discussione⁴³. Si deve però evitare di pensare che tutti gli scambi di informazioni siano di per sé illeciti. Anzi, la condivisione di certi dati, riguardanti il funzionamento del mercato o determinati aspetti tecnici, può essere utile – in un contesto di indipendenza di comportamento delle imprese, per tutto ciò che non rientra nell'accordo – a rendere più efficiente il processo concorrenziale⁴⁴.

Occorre pertanto distinguere, nell'analisi dei casi, tenendo conto di diverse circostanze rilevanti⁴⁵: struttura del mercato (presenza o meno di un oligopolio ristretto); oggetto limitato a dati "storici" o esteso a dati "prospettici" (cioè "informazioni strategiche"⁴⁶ iniziative, previsioni, proiezioni riguardanti il futuro, più o meno prossimo)⁴⁷; oggetto limitato a dati "pubblici" (i.e. ricostruibili mediante accesso a fonti di informazioni disponibili a chiunque, anche se richiedenti impegno di risorse da parte degli interessati) o esteso a dati "riservati" (anche qui la condivisione dei primi è di per sé meno pericolosa, anche se non può dirsi lecita in ogni caso⁴⁸); informazioni su dati "aggregati" o su dati "individualizzati"⁴⁹;

⁴³ Sul punto v. la sentenza di Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, riguardante una pratica concordata nel settore R.C. Auto. A questa sentenza hanno fatto seguito migliaia di cause di risarcimento danni, molte delle quali ancora non concluse.

⁴⁴ Cfr. *Linee direttrici*, cit., § 57-8.

⁴⁵ Cfr. Trib. I gr. CE, 27 ottobre 1994, T-34/92, *Fiatagri-New Holland Ford*. Nonché *Linee direttrici*, cit., § 64 ss.

⁴⁶ Così definite nelle *Linee direttrici*, cit., § 86.

⁴⁷ Cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007, 232.

⁴⁸ Il punto ha dato luogo, alcuni anni fa, ad un clamoroso contrasto giurisprudenziale, in un caso italiano riguardante la fornitura, a molte imprese di assicurazione operanti nel ramo vita, di dati di mercato elaborati da un'impresa terza. L'AGCM, benché l'impresa terza operasse in modo apparentemente autonomo e raccogliesse le informazioni – poi elaborate – presso le imprese del settore, ma con modalità che erano a disposizione di qualsiasi interessato, affermò ugualmente la sussistenza di una pratica concordata, volta a realizzare l'allineamento dei comportamenti di mercato delle imprese che acquistavano le informazioni dall'impresa

informazioni aperte al pubblico – o comunque accessibili, senza limiti, a tutti gli operatori del settore interessato – e informazioni fornite solo entro circuiti chiusi.

Dalla combinazione dei criteri suesposti può desumersi il valore indiziario dello scambio o della condivisione di informazioni, ai fini della prova dell'esistenza di una pratica concordata⁵⁰. Naturalmente, un valore indiziario può essere attribuito anche al funzionamento complessivo del mercato: p.e., la stabilità nel tempo delle quote di mercato dei concorrenti, in un ambiente caratterizzato dallo scambio frequente di informazioni fra concorrenti, è indice dell'esistenza di un accordo di cartello⁵¹.

Un trattamento differenziato (con riconoscimento della liceità dell'accordo di cooperazione) è fatto per quegli scambi di informazioni che abbiano lo scopo esclusivo di condividere dati sui rischi inerenti all'attività, come le "centrali rischi" contenenti elenchi di clienti inaffidabili⁵², o gli scambi di informazioni sui sinistri, essenziali per le elaborazioni statistiche su cui si fonda il mercato dei servizi assicurativi.

In questa stessa prospettiva, una disciplina speciale è tradizionalmente prevista nel campo delle assicurazioni, ove la condivisione di informazioni riguardanti dati statistici sui sinistri è essenziale al fine di misurare l'entità dei rischi assicurati e quindi determinare razionalmente i relativi premi. Perciò in questo campo sono stati emanati speciali regolamenti di esenzione: da ultimo il Reg. UE/267/2010 del 24 marzo 2010, che pone tuttavia,

terza che le aveva elaborate (AGCM, 30 settembre 2004, provv. n. 13622 [1575], *RAS – Generali / IAMA Consulting*). Il provvedimento fu annullato da TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2005, n. 6088, che ritenne insufficienti gli indizi su cui l'Autorità aveva fondato la propria valutazione; ma, successivamente, Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9565, ribaltò la decisione del TAR, ripristinando la validità della decisione di condanna dell'Autorità antitrust (ritenendo, in motivazione, sufficiente – ai fini dell'accertamento di una pratica concordata – la circostanza che la condivisione di informazioni non facilmente accessibili, da parte di imprese concorrenti, portasse con sé un effetto almeno potenziale di allineamento dei comportamenti).

⁴⁹ Questa distinzione è nelle *Linee direttrici*, cit., § 89.

⁵⁰ Il precedente più significativo, a livello comunitario, riguardava il mercato della vendita di trattori agricoli in Gran Bretagna e presentava tutti gli indizi di collusione, elencati nel testo: cfr. Corte Giust. CE, 28 maggio 1998, C-7/95, *John Deere* (sentenza conclusiva della controversia cui si riferisce anche la sentenza citata *supra* alla nt. 45).

Per un caso opposto, in cui gli indizi sono stati interpretati in senso contrario, v. TAR Lazio, sez. I, 20 aprile 2005, n. 6088.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 421.

⁵² Cfr. Corte giust. CE, 23 novembre 2006, C-238/05, *Asnef-Equifax*.

come condizione di esenzione, che le parti dell'accordo rimangano libere nell'utilizzazione dei dati raccolti e nella determinazione dei premi richiesti alla clientela.

3. - I contratti di rete.

3.1. - Premessa.

In anni recenti, il legislatore italiano ha ritenuto di potere dare impulso alla crescita delle piccole e medie imprese offrendo alle stesse un nuovo schema contrattuale tipico, chiamato "contratto di rete".

Secondo la definizione legislativa (art. 3, comma 4-ter, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. in l. 9 aprile 2009, n. 33, e s.m.i.)⁵³, «con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa».

Si è affermato in dottrina che il contratto di rete «non è definito quanto ai suoi contenuti»⁵⁴. In realtà, mi sembra difficilmente negabile, già dalla lettura della definizione normativa, che il contratto di rete abbia un contenuto essenziale e tipizzante, che è proprio quello della "cooperazione fra imprese" a fini di accrescimento della propria competitività complessiva nei mercati in cui operano. Fenomeno a sua volta ampiamente disciplinato – come abbiamo visto – dalle norme antitrust.

In realtà, ciò che, nella disciplina del contratto di rete, appare scarsamente definito, è la disciplina dell'organizzazione. Infatti, il contratto di rete può

⁵³ La cronaca delle iniziative legislative che hanno portato – con diversi cambiamenti – alla vigente disciplina del contratto di rete è stata esposta tante volte, in dottrina. Rinvio, per tutti, a P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.

⁵⁴ Così G. VILLA, *Il contratto di rete*, in G. GITTI-M.R. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012, I, 504.

dare vita ad un'organizzazione più o meno complessa, che va dalla semplice creazione di rapporti obbligatori fra i partecipanti, alla costituzione di una comunione incidentale su alcune risorse comuni (senza creazione di un nuovo soggetto giuridico) alla costituzione di un nuovo soggetto giuridico, difficilmente distinguibile dalla figura del "consorzio", disciplinata dagli artt. 2602 ss., c.c.⁵⁵.

3.2. - Le agevolazioni fiscali a favore delle reti e la disciplina europea sugli aiuti di Stato.

È noto però che alcuni benefici amministrativi e fiscali (sospensione d'imposta: art. 42, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122) sono stati riservati alle "reti" e non ai consorzi.

Ciò ha comportato la necessità di verificare il regime di agevolazioni a favore delle reti di impresa alla stregua delle norme europee in materia di aiuti di Stato (artt. 107 ss., TFUE). Il risultato è stato che la Commissione U.E. ha valutato il regime come compatibile con il Trattato, in quanto costituente misura "generale" e non "selettiva"⁵⁶, ma ha anche precisato che tale valutazione si fondava anche sulla circostanza che le reti di impresa, per come erano state descritte dal Governo italiano, sono prive di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, sicché non potevano considerarsi come imprese beneficiarie dirette dell'aiuto.

⁵⁵ La discussione, che ha portato all'adozione delle vigenti norme sul contratto di rete, è stata caratterizzata da molti equivoci. Basti segnalare che, nel provvedimento della Commissione UE, che ha autorizzato l'introduzione di aiuti a favore delle imprese italiane partecipanti alle reti (v. *infra*, § 3.2), si legge l'ambigua affermazione (evidentemente frutto di informazioni fornite dal Governo italiano) secondo cui «Attualmente, nel sistema giuridico italiano non esiste alcuna figura di contratto plurilaterale con scopo di lucro che non preveda la costituzione di un fondo specifico in cui far confluire tutti gli utili».

Si può facilmente osservare che questo atteggiamento denota un ingiustificato oblio sulla complessa storia dell'istituto del consorzio fra imprese, disciplinato dall'art. 2602 c.c., originariamente come vero e proprio cartello disciplinante la concorrenza fra i partecipanti, poi (dopo la riforma del 1976) come accordo di cooperazione fra imprese, in senso compatibile con la disciplina antitrust. Sul piano politico-legislativo, sarebbe stato più opportuno che il legislatore italiano si fosse impegnato in un progetto di ammodernamento della disciplina dei consorzi, anziché introdurre una nuova e confusa disciplina, com'è quella del contratto di rete. In tal senso v. la meditata riflessione di G.D. MOSCO, *Coordinamento consortile per la competitività delle imprese fra codice civile e leggi speciali*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, 151 ss.

⁵⁶ Comm. europea, 26 gennaio 2011, dec. C(2010)8939, *Aiuto di Stato N 343/2010 – Italia – Sostegno a favore della costituzione di reti di imprese*.

Ciò ha comportato la conseguenza che l'incentivo maggiore alla conclusione di contratti di rete finiva per essere rivolto solo alle reti prive di soggettività giuridica. Così, del resto, la decisione della Commissione europea è stata interpretata dall'Agenzia delle entrate ⁵⁷.

È innegabile che questa scelta abbia limitato – credo non di poco – gli incentivi a stipulare contratti di rete (anche se garantisce la compatibilità con le norme sugli aiuti di Stato). È facile infatti osservare che gran parte dei più significativi accordi di cooperazione fra imprese (così come descritti nei nn. precedenti) non sono concepibili, o comunque non possono essere gestiti in modo efficiente, senza una *joint-venture* “corporativa”, cioè dotata di organizzazione stabile e di soggettività giuridica (scelta organizzativa certo compatibile con la disciplina sostanziale del contratto di rete ⁵⁸, ma divenuta praticamente poco appetibile). Per contro, rimane un incentivo alla conclusione di accordi “leggeri”, in cui l'intento di fruire del beneficio fiscale può essere motivo determinante, più della stessa attuazione di un programma comune innovativo.

Quindi la disciplina della concorrenza (sotto il profilo dell'applicazione delle norme sugli aiuti) ha comportato un primo effetto – non positivo, direi – sull'impiego dello strumento del contratto di rete e sulle scelte organizzative ad esso inerenti.

3.3. - Il contratto di rete e il divieto delle intese restrittive della concorrenza.

La stessa decisione della Commissione europea, che ha dichiarato la compatibilità delle misure italiane di sostegno delle reti (ritenute figure strutturalmente prive di soggettività giuridica) con le norme europee sugli aiuti di Stato, ha precisato che «questa decisione non pregiudica l'applicazione dell'articolo 101 del TFUE alla misura». In altri termini, il fatto che

⁵⁷ Agenzia delle Entrate, 18 giugno 2013, circolare 20/E.

⁵⁸ La dottrina si era già impegnata nello sviluppare le possibili ipotesi di organizzazione societaria, o comunque corporativa, delle reti. V., in particolare, G. SCOGNAMIGLIO-E.M. TRIPPUTI, *Il Contratto di Rete per l'esercizio di attività comune: profili patrimoniali ed organizzativi*, in AA.VV., *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamenti e rating. Il Contratto di Rete e le sue caratteristiche*, a cura dell'Associazione Italiana Politiche Industriali – AIP, Milano, 2011, 37 ss.; R. SANTAGATA, *Il “contratto di rete” fra comunione (d'impresa) e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 3232 ss.

la norma che disciplina il contratto di rete non contenga, secondo la Commissione U.E., una misura di aiuto, non significa anche che non dia luogo ad un accordo di cooperazione fra imprese, la cui liceità dev'essere valutata alla stregua dell'art. 101 TFUE ⁵⁹.

Questa indicazione della Commissione è già sufficiente a superare l'idea che, sembra desumersi dalla definizione legislativa sopra riportata, da cui sembrerebbe che il contratto di rete, per definizione, sia da valutare positivamente alla stregua delle norme a tutela della concorrenza. Idea peraltro abbastanza diffusa. Infatti, è stata spesso ripetuto, fino a divenire luogo comune, che lo strumento del contratto di rete consente alle p.m.i. di "aggregarsi per competere" ⁶⁰ e quindi, per definizione, produce effetti positivi sulla competitività complessiva nei mercati.

⁵⁹ In linea di principio, può esservi un ulteriore profilo di rilevanza antitrust del contratto di rete [cfr. C. OSTI, *I limiti imposti dalla concorrenza al coordinamento delle imprese*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 147 ss.], e ciò nel caso (improbabile, per quanto si è notato nel testo) di costituzione di un contratto associativo di rete che determini una situazione di controllo congiunto di due o più partecipanti sulla struttura di nuova costituzione. Se la *joint venture* così costituita è destinata ad attuare il progetto comune di rete operando sul mercato come impresa dotata di autonomia rispetto alle società-madri (c.d. impresa *full function*) si avrà un'operazione di concentrazione rilevante per il diritto antitrust e bisognosa di previa autorizzazione da parte dell'autorità competente.

⁶⁰ Cfr., p.e., L. TIRABENI, *Reti d'impresa*, in *Centro di Ricerca e Documentazione Luigi Einaudi* [sito telematico], 6 febbraio 2013.

Devono essere criticate, come puramente ideologiche, le descrizioni apologetiche degli effetti progressivi dei contratti di rete e le affermazioni secondo cui questi consentirebbero «un nuovo modo di farsi concorrenza: non più intra-rete ma inter-rete» (così, come esempio di questo tipo di letteratura, G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, 501 ss.).

In realtà, il fenomeno della cooperazione fra imprese, e dei possibili effetti positivi in termini di sviluppo ed innovazione, è noto da tempo (v. *supra*); così com'è noto che tali effetti benefici non sono sempre garantiti, ma possono talora trasformarsi in effetti collusivi e di freno alle trasformazioni.

Per la verità, non mancano voci fortemente critiche, che fanno rilevare, in primo luogo, la scarsa efficacia delle agevolazioni d'imposta ottenibili (sia per la modestia degli stanziamenti finanziari *ad hoc* nel bilancio dello Stato, sia per il fatto che, nelle piccole e medie imprese, ben di rado l'interesse degli operatori interessati si realizza mediante distribuzione di utili di bilancio (di norma si prevedono altre forme di *private benefits*, in primo luogo compensi per attività di lavoro o di amministrazione). In secondo luogo, si nota come, intorno all'introduzione normativa dei contratti di rete e alla relativa retorica, si sia formata una schiera di consulenti che promuovono la conclusione di tali contratti, al fine precipuo di promuovere i servizi degli organismi asseveratori (che poi sono le principali confederazioni associative imprenditoriali). In tal senso v. D. MARTIGNANI, *L'inganno delle reti di impresa*, in *Innovando – Nuove idee per comunicare* [sito telematico], 19 maggio 2012.

È chiaro che l'opinione di chi scrive inclina più verso queste posizioni critiche che non verso quelle apologetiche.

È evidente, invece, che la compatibilità con le norme antitrust non può essere data dal semplice *nomen iuris* (e, in particolare, dalla circostanza che le imprese interessate si siano avvalse di uno schema negoziale legalmente tipico ⁶¹), ma richiede che il concreto programma di attività, per cui il contratto di rete è concluso, sia compatibile con la regola di esenzione dell'art. 101, par. 3, TFUE. In tal senso, del resto, si è immediatamente pronunciata anche l'AGCM ⁶².

A questo proposito, i requisiti da verificare sono quelli, peraltro ben noti, del terzo paragrafo dell'art. 101, cioè: (i) il miglioramento dell'offerta ("miglioramento della produzione o della distribuzione, o promozione del progresso tecnico od economico"); (ii) trasferimento agli utilizzatori di una congrua parte dell'utile derivante dall'accordo; (iii) indispensabilità delle restrizioni della concorrenza ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell'accordo; (iv) non eliminazione della concorrenza nel mercato rilevante.

Un altro requisito significativo, derivante dalla disciplina antitrust, è che il contratto di rete non deve contenere clausole discriminatorie, tali da determinare, per i soggetti esclusi, un ingiustificato svantaggio nella concorrenza ⁶³.

La valutazione circa la sussistenza di tutti questi requisiti deve farsi caso per caso, con riferimento al concreto contenuto dell'accordo. Le imprese devono dunque procedere al necessario *self-assessment*, avvalendosi di consulenti di fiducia ⁶⁴.

Il controllo di compatibilità con le norme antitrust dovrebbe essere svolto,

⁶¹ Regola consolidata nel diritto antitrust. V., per un'applicazione al contratto di rete e per indicazioni giurisprudenziali, AM. GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2012, 712.

⁶² Cfr. AGCM, 16 maggio 2011, n. 22362, *Comunicazione relativa all'istituto delle reti di imprese, così come disciplinate dall'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge n. 5/2009, come convertito in legge n. 33/2009 e s.m.i.*

La presa di posizione dell'autorità antitrust (peraltro scontata) è approvata dalla dottrina (cfr. G. VILLA, *Il contratto di rete*, cit., 503-4; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, cit., 118 ss.).

⁶³ Cfr. D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 175.

⁶⁴ A tal fine, si precisa giustamente in dottrina, «per evitare che il contratto possa essere qualificato come un'intesa restrittiva della concorrenza, il programma di rete deve dunque definire con precisione gli obiettivi strategici di innovazione e le modalità di realizzazione degli stessi. In particolare i benefici connessi alla collaborazione tra le imprese devono derivare direttamente dall'esercizio dell'attività economica che costituisce oggetto del pro-

peraltro, anche dagli organismi asseveratori, le cui dichiarazioni devono accompagnare le istanze di ammissione ai benefici fiscali. Il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 febbraio 2011, che ne disciplina l'attività, sancisce (art. 4) che «l'asseverazione del Programma comporta la verifica preventiva della sussistenza degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto». Benché non sia detto espressamente, questa verifica non può trascurare proprio i requisiti di validità e di efficacia del contratto, sia formali sia sostanziali (la “verifica degli elementi” non può essere puramente esteriore, ma deve comprendere una valutazione della idoneità di tali elementi a dare luogo alla produzione degli effetti giuridici propri del contratto).

Tra i requisiti sostanziali si pone anche quello della compatibilità del contratto con le norme antitrust sul divieto delle intese.

È noto infatti che, in caso di incompatibilità, si ha «nullità di pieno diritto» (art. 101 TFUE) o «nullità ad ogni effetto» (art. 2, l. n. 287 del 1990) dell'accordo contrastante con il divieto. La nullità potrà essere parziale, se ricorrono i presupposti per l'applicazione della relativa disciplina, ma ciò non fa venir meno l'impedimento all'asseverazione⁶⁵.

Questa valutazione preventiva della validità del contratto, che sarà normalmente condotta in sede di asseverazione (in astratto, potrebbe avvenire anche al di fuori di questo procedimento, dal momento che la rete non è obbligata a fare domanda di accesso alle agevolazioni fiscali), deve quindi, prima ancora di verificare la ricorrenza dei requisiti di esenzione dal divieto delle intese, accertare che sussistano *cumulativamente* e “in concreto”⁶⁶ i requisiti causali indicati dalla norma istitutiva (art. 3, comma

gramma comune e devono essere consistenti, non essendo sufficiente allegare un qualche ipotetico vantaggio» (AM. GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, cit., 718).

⁶⁵ In caso di rete costituita in forma di società di capitali, potrebbe trovare applicazione l'art. 2332 c.c., per cui l'eventuale incompatibilità del programma di rete con le norme antitrust si tradurrebbe in illiceità dell'oggetto sociale e darebbe luogo allo scioglimento *ex lege* della società (così C. PATRIARCA, *La “costituzione” delle reti d'impresa*, in AA.VV., *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamenti e rating*, cit., 115 ss.).

⁶⁶ L'espressione si riferisce, ovviamente, alla nota dottrina della “causa in concreto”, da ultimo riassunta in Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in <http://www.iusexplorer.it/dejure> («Allo scopo di valutare la validità di un contratto, non è sufficiente affidarsi ad uno dei tipi già previsti dalla legge o dalla consuetudine sociale secondo un'ottica di causa in astratto, sostanzialmente coincidente con la funzione tipica e sociale del modello contrattuale prescelto; è, infatti, necessario valutare se il

4-ter, d.l. n. 5 del 2009): accrescimento della «capacità innovativa» e accrescimento della «competitività» delle imprese partecipanti all'accordo.

I due requisiti devono essere entrambi presenti: quindi l'aumento della competitività non può essere fine a se stesso (perché altrimenti finirebbe per essere legittimata anche una rete/cartello, o comunque un accordo avente come unico effetto quello di aumentare l'efficienza produttiva e i profitti dei partecipanti⁶⁷), ma dev'essere collegato all'effettiva capacità di innovazione (produttiva, organizzativa o commerciale). In altri termini: il programma di attività, prefigurato nel contratto di rete, dev'essere idoneo a contribuire al processo concorrenziale dinamico, che costituisce la finalità stessa per cui è costruito il diritto antitrust⁶⁸. La definizione legale del contratto di rete è, inoltre, significativa sotto un altro profilo: innovatività e competitività sono scopi che il contratto *deve* perseguire (per potere essere qualificato come contratto di rete), ma accanto a questi elementi tipizzanti finalistici vi è un elemento tipizzante contenutistico, costituito dalle specifiche prestazioni di cooperazione fra le imprese partecipanti («scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commer-

contratto abbia determinato un apprezzabile mutamento nella sfera giuridica dei contraenti sotto il profilo dell'idoneità a perseguire il risultato economico voluto dalle parti, è necessario, in sostanza, testare la causa in concreto, pena la nullità del contratto medesimo per difetto di causa».

⁶⁷ Cfr. AM. GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, cit., 718.

⁶⁸ Rinvio, in proposito, a M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Annali III*, Milano, 2010, 191 ss. L'opinione è, comunque, largamente rappresentata nella dottrina in materia. Qui rinvio soltanto a J.G. SIDAQ-D.J. TEECE, *Dynamic Competition in Antitrust Law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 5, 581 ss. [2009]; A. CUCINOTTA, *Mercato Regole Conoscenza. L'analisi giuridico-economica tra neoinstituzionalismo e market process*, Milano, 2010.

Da ultimo G.F. LICATA, *Provvedimenti antitrust a contenuto normativo*, Milano, 2013, svolge una critica di metodo alla tesi che qualifica la concorrenza, come bene giuridicamente protetto, in termini di efficienza dinamica dei mercati, sostenendo che la configurazione del bene "concorrenza" può variare nel tempo, sicché la stessa costruzione in termini di efficienza dinamica può essere valida solo in una prospettiva contingente. L'osservazione è tanto valida in una prospettiva "esterna" allo studio del diritto, quanto inconsistente in una prospettiva "interna" (che è quella del giurista positivo, impegnato nell'applicazione delle norme all'interno di un ordinamento dato ed accettato). In questa seconda prospettiva è necessario fare una scelta interpretativa. Questa, storicamente, apparirà un giorno – con ogni probabilità – superata; ma questo non rende oggi criticabile la proposta interpretativa, a meno che non si sostituisca ad essa una diversa proposta interpretativa, persuasivamente presentata come preferibile.

ciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa) ⁶⁹.

Non direi dunque che il contratto di rete abbia una «tenue caratterizzazione» causale ⁷⁰: esso ha una caratterizzazione economico-funzionale forte, ma è assai variabile nei possibili contenuti (così come, in genere, può dirsi per gli accordi di cooperazione fra imprese). Da qui anche la frequente affermazione, secondo cui il contratto di rete avrebbe carattere “transtipico” (cioè sarebbe una «fattispecie trasversale ai tipi normativi e ai social tipi» ⁷¹). Tesi compatibile con la struttura normativa di cui si discute: questa può comprendere anche l'ipotesi di un consorzio/rete o di una società/rete. Solo che queste organizzazioni, come si è prima segnalato, non potrebbero accedere ai benefici fiscali previsti per i contratti di rete, sicché sfugge l'utilità pratica della qualificazione, oltre che la sua rilevanza normativa (dal momento che la disciplina delle strutture associative di riferimento sarebbe idonea a coprire il funzionamento complessivo dell'organizzazione).

I contratti di rete, che possono essere concretamente utili per le imprese, sono dunque contratti di scambio (*sub specie* di cooperazione reciproca), rispetto ai quali la caratterizzazione economico-funzionale voluta dalla legge mi sembra presentare tratti di tipicità piuttosto forti (fermo restando che i contenuti della collaborazione fra le imprese interessate possono essere i più vari ⁷²).

In questa prospettiva, può dirsi – a mio avviso – che “innovatività” e “competitività” siano prerequisiti della validità del contratto sotto il profilo della compatibilità con le norme in materia di concorrenza. I requisiti di validità previsti dalla norma di esenzione delle intese (a cominciare dai benefici per i consumatori) si aggiungono a questi requisiti di base, che

⁶⁹ La distinzione fra questi due piani, che caratterizzano la tipizzazione normativa del contratto di rete, è ben segnalata in dottrina [cfr. P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 24-5].

⁷⁰ L'espressione è di G. PALMIERI, *Profili generali del Contratto di Rete*, in AA.VV., *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamenti e rating*, cit., 8.

⁷¹ Così P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete*, cit., 32.

⁷² V. comunque, per un significativo approfondimento sulla disciplina dei trasferimenti di tecnologie realizzabili mediante contratti di rete, A. MUSSO, *Reti contrattuali fra imprese e trasferimento della conoscenza innovativa*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., 177 ss.

attengono già alla tipizzazione del contratto e quindi alla sua stessa qualificazione come “contratto di rete”. In linea molto astratta, potrebbe darsi anche il caso di un contratto, irregolarmente qualificato come “contratto di rete”, ma privo dei requisiti tipizzanti (innovatività / competitività) indicati dalla legge, eppure non contrastante con il divieto delle intese antitrust. In tal senso ha ragione la dottrina civilistica prevalente, che nega che “innovatività” e “competitività” siano requisiti di validità del contratto, riconoscendo comunque alle stesse il carattere di requisiti tipizzanti, come tali rilevanti ai fini dell’accesso della rete alle agevolazioni fiscali ⁷³.

In pratica, tuttavia, sarà ben difficile che un contratto, qualificato come contratto di rete e privo di quei requisiti, abbia una causa in concreto idoneo a consentirgli di superare il vaglio di legittimità.

In sede eseguitica, un punto aperto – che vorrei infine segnalare – è quello del “*programma comune di rete*” ⁷⁴, che, sempre nella norma istitutiva del contratto di rete, è previsto come un elemento strutturale del contratto stesso ⁷⁵. Deve trattarsi – come farebbe pensare l’uso del termine “programma” – di un vero e proprio progetto di azione, dotato di tempi e risultati previsti, o l’espressione “programma” potrebbe essere solo riassuntiva degli obblighi reciproci delle parti? Probabilmente l’intenzione del legislatore è vicina a questa seconda direzione: basti considerare il larghissimo spazio che la legge dà all’autonomia privata, nella determinazione del contenuto effettivo del programma, nonché la considerazione che i contenuti del “programma”, così come definiti nel testo normativo,

⁷³ In tal senso G. VILLA, *Il contratto in rete*, cit., 496, ove indicazioni di autori (C. Scognamiglio, Festi) conformi, ed altri (Gentili, Zanelli) che intendono “innovatività” e “competitività” come requisiti causali del contratto.

⁷⁴ Il testo normativo dispone che il programma di rete deve contenere «l’enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante; le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l’istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo, nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l’esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato, costituito ai sensi dell’articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile».

⁷⁵ In dottrina si è affermato (C. PATRIARCA, *La “costituzione” delle reti d’impresa*, cit., 99) che la mancanza del “programma di rete” renderebbe nullo il contratto. In realtà, vale anche per questo profilo quanto rilevato *supra*, alla nt. 64: la mancanza di questo elemento strutturale osterebbe alla qualificazione del contratto come contratto di rete, ma non impedirebbe, di per sé, la conversione dello stesso in un contratto di tipo diverso o atipico.

fanno pensare piuttosto ad un documento statutario o regolamentare interno, che ad un programma d'azione vero e proprio ⁷⁶.

Credo però che sarebbe auspicabile – perché più coerente con i principi antitrust in materia di accordi di cooperazione fra imprese – la prima interpretazione, più restrittiva.

⁷⁶ Cfr. G. RATTO, *Il programma di rete*, in AA.VV., *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamenti e rating*, cit., 71 ss. Per l'orientamento prevalente, secondo cui il contratto di rete può avere struttura associativa, ma può anche limitarsi al profilo di rapporti di scambio fra i partecipanti, v. P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete*, cit.