

IL POTERE VERTICALE DELLA DOMANDA

di Simonetta Vezzoso *

Bozza, gennaio 2000
(si prega di non citare senza il consenso dell'autrice)

* Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, svezzoso@economia.unitn.it.

„It is a world of change in which we live, and a world of uncertainty. We live only by knowing something about the future; while the problems of life, or of conduct at least, arise from the fact that we know so little. This is true of business as of other spheres of activity. The essence of the situation is action according to *opinion*, of greater or less foundation and value, neither entire ignorance nor complete and perfect information, but partial knowledge“

F.H.KNIGHT, *Theory of knowledge*, 1921, p.199

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE

Il fenomeno del potere verticale della domanda	11
1 Sul potere economico del domandante ed il suo esercizio	11
2 Il monopsonista fra due mercati	13
3 Il trasferimento <i>diretto</i> di ricchezze dal venditore all'unico acquirente.....	14
4 La dimensione solo „verticale“ del potere economico del domandante	16
5 Potere verticale della domanda ed investimenti specifici	17
6 Potere verticale della domanda e sovracapacità produttiva	21
7 Oggetto e piano dell'indagine	26

I PARTE

L'esercizio del potere verticale della domanda nella teoria della concorrenza30

I CAPITOLO

Sulla rilevanza antimonopolistica della discriminazione subita dai concorrenti dell'impresa domandante relativamente dominante	31
1 Introduzione	31
2 La pratica discriminatoria a danno dei concorrenti dell'impresa che detiene potere verticale della domanda.....	32
3 Mercato dei compratori e pregiudizio alla capacità concorrenziale delle imprese discriminate	33
4 Segue: La discriminazione delle condizioni di acquisto dei prodotti dal marchio notorio	34
5 La tesi che vede nel trattamento differenziato il riconoscimento di una particolare prestazione fornita dall'acquirente.....	36
6 Segue: Il meccanismo di premio/sanzione	38
7 Limiti della concorrenza di prestazione sul lato della domanda	39

8 Concorrenza di prestazione sul lato della domanda e processo di apprendimento	41
9 Il „filtro“ della distribuzione nei confronti delle innovazioni dei produttori...	42
10 Conclusioni: Salvaguardia del processo innovativo sul lato della domanda v. tutela del concorrente dal pregiudizio alla propria capacità concorrenziale...	43

II CAPITOLO

Sulla rilevanza antimonopolistica delle pratiche di <i>sfruttamento</i> a danno dell'impresa offerente.....	45
1 Introduzione	45
2 La tesi che giustifica la spillatura del fornitore per il motivo che contribuisce al riallineamento dell'offerta con la domanda.....	46
3 Sovraproduzione e concorrenza.....	47
4 La tesi della funzione economica degli investimenti irreversibili a favore della controparte come condizione della transazione in condizione di incertezza	49
5 Segue: Diritto antitrust e cooperazioni <i>benefiche</i>	53
6 Costi della transazione e circostanze di mercato.....	53
7 Segue: Sulla relazione fra incertezza e gerarchia.....	56
8 Segue: Incertezza concorrenziale, costi della transazione e modalità della cooperazione.....	57

III CAPITOLO

La tutela della dimensione «concorrenziale» della relazione verticale fra imprese.....	61
1 Tutela della concorrenza intrabrand verticale ?	61
2 „Nuove“ conoscenze relative al migliore svolgimento di una funzione economica	63
3 Segue: La competizione per l'attribuzione del compito imprenditoriale.....	64
4 Segue: Margini d'azione e subordinazione <i>ingiustificata</i>	65
5 Sui limiti dell'intervento da parte del diritto antitrust.....	68
6 La sottrazione di risorse sufficienti per investire in attività innovativa	70

7 Conservazione degli incentivi a sperimentare in modo autonomo il proprio ambiente	71
8 Segue: Conservazione degli stimoli a trattare con altre imprese.....	72
9 L'obbligo di non falsare la concorrenza fra imprese dipendenti.....	73
10 Tutela dall'esercizio del diritto di recesso della controparte?	74

II PARTE

Il controllo sull'esercizio del potere verticale della domanda nella legislazione antimonopolistica.....	76
---	-----------

I CAPITOLO

La normativa in tema di potere verticale del domandante nella legislazione <i>antitrust</i> tedesca e francese.....	78
---	----

1 Il divieto di pratiche discriminatorie e impediti messe in atto da imprese dalle quali altre dipendono nella legislazione antimonopolistica tedesca	78
2 Segue: La dipendenza di fornitori ed acquirenti	79
3 Segue: La pratica discriminante od impedito.....	80
4 Segue: Tutela dei concorrenti dell'impresa relativamente dominante ?	81
5 Segue: La presunzione di dipendenza.....	84
6 Il divieto di sfruttamento abusivo della dipendenza economica di un fornitore od acquirente che non dispone di soluzione equivalente nella legislazione <i>antitrust</i> francese	85
7 Segue: La non disponibilità di soluzioni equivalenti.....	86
8 Segue: Lo sfruttamento abusivo	87
9 Segue: La repressione della pratiche discriminatorie ed impediti in sede civile e commerciale	87
10 Segue: Divieto generale di pratiche discriminatorie e tutela della concorrenza di prestazione nel contesto delle filiere.....	90

II CAPITOLO

Sull'origine della preoccupazione in ordine al comportamento dell'impresa relativamente dominante.....	92
--	----

1 Nell'ordinamento tedesco: La problematica del potere del domandante	92
2 Segue: La repressione dell'imposizione <i>indiretta</i> del prezzo da parte dei produttori di beni di marca.....	93
3 Segue: Sulla doppia vocazione del § 20, II c. GWB.....	95
4 La preoccupazione nei confronti dello squilibrio contrattuale fra produttori e distributori all'origine della disposizione sull'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento francese	96
5 Segue: la repressione degli abusi di potere economico relativo, sia del domandante che dell'offerente	97

III CAPITOLO

La fattispecie della dipendenza	99
1 La dipendenza per ragioni di assortimento nell'ordinamento tedesco.....	99
2 Segue: La dipendenza da assortimento delle sole imprese di dimensioni medio-piccole	100
3 Segue: Revisione della finalità della dipendenza da assortimento ?	101
4 La dipendenza per ragioni di assortimento nell'ordinamento francese	102
5 Segue: Cenni in tema di potere verticale <i>dell'offerente</i> e tutela della concorrenza di prestazione nel contesto della filiera.....	104
6 La dipendenza per ragioni di impresa nel diritto antitrust tedesco	105
7 La dipendenza per ragioni d'affari ai sensi dell'art. 8-2 della <i>Ordonnance</i> n° 86-1243 ?	107
8 La dipendenza da (potere della) domanda nell'ordinamento tedesco.....	108
9 Segue: La causa del potere verticale del domandante viene vista nell'esistenza di una relazione, presenti certe condizioni di mercato	109
10 Conseguenze della limitazione dimensionale introdotta dalla V Novella nei confronti dell'accertamento dello stato di dipendenza da uno specifico acquirente	110
11 La dipendenza da (potere della) domanda nell'ordinamento francese.....	111
12 Conclusioni sulla fattispecie di dipendenza da uno specifico acquirente	112

IV CAPITOLO

l' illegittimità dell'esercizio del potere verticale della domanda.....	115
---	-----

1 L'illegittimità dell'impedimento e della discriminazione nell'ordinamento tedesco: Il bilanciamento di interessi	115
2 Segue: Il bilanciamento dell'interesse del produttore dipendente (ed ostacolato) con quello del distributore relativamente dominante.....	116
3 Breve excursus sulla valutazione antimonopolistica del fenomeno del potere della domanda da parte del Bundeskartellamt.....	118
4 Conseguenze sulla tutela dei processi concorrenziali all'interno delle filiere: Tutela della libertà di scelta del partner	119
5 Il pregiudizio alla concorrenza nell'ordinamento francese ai sensi dell'art. 8-2	121
Conclusioni	123
Elenco delle fonti citate	127

INTRODUZIONE

IL FENOMENO DEL POTERE VERTICALE DELLA DOMANDA

1 Sul potere economico del domandante ed il suo esercizio

Il singolo consumatore non è di regola dotato di potere economico nei confronti delle imprese alle quali si rivolge per soddisfare il proprio bisogno di beni. Il quantitativo domandato per la fruizione personale corrisponde a una parte infinitesimale dell'offerta complessiva dell'impresa e quest'ultima solitamente non ha particolari motivi per preferire uno specifico utilizzatore finale dei propri prodotti ad un altro. Per il singolo consumatore il prezzo della cessione dei beni è dunque un dato esterno, sul quale il suo comportamento non è in grado di influire.

Il fenomeno del potere del domandante rileva invece nel quadro dei rapporti fra imprese¹ collocate a stadi diversi dei processi produttivi o distributivi e si manifesta essenzialmente nella capacità dell'acquirente di influenzare il prezzo (nonché le altre condizioni²) della transazione.

¹ Il termine „impresa“ va ovviamente interpretato ai sensi della legislazione antimonopolistica. Di conseguenza anche lo Stato, indipendentemente dallo strumento giuridico cui concretamente ricorre, nel momento in cui prende parte alla vita economica attraverso la domanda di beni e servizi, è soggetto agli obblighi da essa scaturenti. In alcune industrie, si pensi ad esempio a quella areospaziale o della fornitura di equipaggiamento militare, il ruolo dello Stato come acquirente di beni o servizi è indubbiamente nevralgico, cfr. anche OECD (Committee of Experts on Restrictive Business Practices), *Buying Power*, Paris 1981, p. 26.

² Cfr. in part. OECD, *Buying Power*, cit., p.22 ss. e H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, Münster 1982 per due articolate esemplificazioni delle possibili manifestazioni di potere della domanda.

Si consideri innanzitutto il caso³ di un soggetto che è l'unico acquirente di uno specifico bene⁴. A seconda della quantità complessivamente domandata alle imprese fornitrici, l'acquirente assiste ad una variazione del prezzo d'acquisto del bene. Egli si rende ben presto conto che maggiore è il volume della domanda, più alto è il prezzo che deve pagare.

La ragione per cui ad un ampliamento della produzione complessiva di un'industria corrisponde di regola l'aumento del costo unitario di produzione (e di conseguenza del prezzo) è sintetizzata nella c.d. legge dei rendimenti decrescenti⁵. Essa, come noto, postula che si ottengono quantità supplementari di prodotto via via minori aggiungendo unità di un fattore produttivo e mantenendo al tempo stesso invariati gli altri fattori. Si supponga, ad esempio, che aumenti la domanda di grano duro. Si può lavorare il terreno in modo sempre più intensivo, ma applicando unità aggiuntive di lavoro alla quantità *fissa* di terra si ricavano incrementi meno che proporzionali di prodotto. Se la retribuzione per unità di lavoro rimane invariata, il costo marginale del grano duro, e di conseguenza il prezzo, crescono.

Il nostro monopsonista, eventualmente all'oscuro della particolare relazione fra *output* e prezzo appena evidenziata, è tuttavia ben consapevole del fatto che il *costo* da lui sopportato all'aumento della quantità domandata di una unità è superiore al prezzo pagato. Ad esempio, acquistando 5 quintali di grano duro paga la somma complessiva di 10. Se decide di acquistarne 6 quintali, la spesa complessiva sarà invece di 13. Il suo costo marginale, pari a $13-10=3$, è dunque superiore al prezzo (il costo medio) pari invece a $13:6=2,16$. Quest'ultima circostanza si spiega considerando che il monopsonista paga il prezzo più elevato non solo per le unità di prodotto aggiuntive, bensì per *tutta* la produzione acquistata.

Date quelle premesse, appare possibile predire come si comporterà il monopsonista che voglia massimizzare i propri profitti. Egli è interessato ad individuare il compromesso più conveniente tra quantità domandata e prezzo

³ Quello che segue è un semplificato esposto della teoria del monopsonio, rinvenibile in un qualsiasi manuale di microeconomia. Per una trattazione più dettagliata v. R.D.BLAIR, J.L.HARRISON, *Monopsony: antitrust law and economics*, Princeton 1993. Non potrà sfuggire la simmetria fra le considerazioni esposte e gli assunti della teoria del monopolio.

⁴ Nell'ipotesi in cui risulti difficile alle imprese convertire la propria attività economica alla produzione di un articolo diverso, cfr. R.A.POSNER, F.H.EASTERBROOK, *Antitrust*, Minnesota, 1980, p.150.

⁵ Cfr. P.A.SAMUELSON, W.D.NORDHAUS, *Economia*, 1993, ed.it. Bologna, p. 109.

sufficientemente basso, che corrisponde ovviamente a quella situazione in cui massima è la differenza tra quanto «guadagnato» e quanto speso.

Il monopsonista estende dunque la propria domanda fino al punto in cui il ricavo ottenuto dall'acquisto di un'unità aggiuntiva di bene (espressa ad esempio in termini di reddito imputabile a quel fattore successivamente utilizzato nella produzione del prodotto finale) sia superiore o pari al costo marginale. Riprendendo i valori dell'esempio sopra illustrato, egli in quel caso acquisterà unità aggiuntive del bene solo ove il ricavo marginale sia superiore o pari a 3, il costo marginale appunto. Diversamente, se l'impresa domandante avesse operato in condizione di concorrenza perfetta, avrebbe acquistato „accontentandosi“ di una soddisfazione (ricavo marginale) più contenuta, pari al prezzo di acquisto di 2,16. In conclusione, il quantitativo di beni acquistato dal monopsonista è inferiore rispetto al quantitativo che sarebbe stato prodotto e venduto se sul lato della domanda vi fosse stata concorrenza perfetta⁶.

2 *Il monopsonista fra due mercati*

Il ragionamento su cui si fonda la previsione, ricordata al paragrafo precedente, in ordine al comportamento tenuto dal monopsonista razionale presuppone che quest'ultimo non esiti a diminuire la quantità domandata se in quel modo è sicuro di massimizzare il proprio profitto⁷.

Quella sicurezza è ovviamente fondata nel momento in cui il monopsonista sia anche monopolista; infatti, se una riduzione della quantità

⁶ Quindi, „there are unrealized gains from further trade“, P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, Research Paper 16, Office of Fair Trading, London, p.12.

⁷ Il caso analizzato dalla teoria del monopsonio vede un unico domandante confrontarsi con un'offerta perfettamente concorrenziale. Il domandante si trova però più di frequente ad affrontare un mercato dell'offerta caratterizzato da concorrenza imperfetta. La teoria microanalitica del prezzo inquadra una tale situazione nella struttura di mercato dell'oligopolio bilaterale. Il prezzo in quell'ipotesi è il risultato della trattativa fra le parti, in cui contano sia la forza di contrattazione rispettivamente detenuta, che l'efficacia delle strategie cui si fa ricorso. La teoria economica in questione non appare tuttavia in grado di indicare il prezzo al quale la transazione, date quelle condizioni, si realizza (non è perciò possibile confrontare il prezzo, e la quantità prodotta, con le stesse variabili in una situazione di concorrenza perfetta). Quella che segue nel testo è una critica al modo di percepire ed analizzare gli effetti economici dell'esercizio di potere della domanda proprio della teoria microanalitica del prezzo, valida anche nell'ipotesi in cui quest'ultima si dimostrasse in grado di uscire dalla *impasse* di cui si è appena detto.

acquistata implica necessariamente una diminuzione della quantità venduta, la restrizione dell'offerta complessiva determina in quell'ipotesi l'aumento del prezzo di vendita⁸. In sostanza: l'impresa monopsonista-monopolista acquista e dunque vende di meno ma ad un prezzo unitario superiore, perciò il profitto ricavato dalla vendita sul mercato a valle rimane invariato⁹.

La situazione è ben più incerta per il monopsonista che (sul mercato a valle) si trovi ad affrontare la concorrenza di altre offerenti. Si consideri infatti che in quell'ipotesi l'impresa, la quale ha ottenuto un abbassamento del prezzo d'acquisto *attraverso* la riduzione del volume delle ordinazioni, sul mercato a valle vende di meno¹⁰ e il suo ricavo totale diminuisce. La riduzione dell'offerta, data la presenza sul mercato a valle di altri operatori, non comporta infatti in quel caso una variazione al rialzo del prezzo di vendita.

3 *Il trasferimento diretto di ricchezze dal venditore all'unico acquirente*

Nel paragrafo precedente si è rilevato che per il monopsonista in concorrenza con altre imprese sul mercato a valle, la riduzione del prezzo pagato ottenuta *attraverso* una diminuzione della quantità acquistata non sia sempre conveniente¹¹.

L'unico acquirente dispone in effetti di un modo più agevole ed efficace per massimizzare il proprio profitto: può *semplicemente* pretendere dalle imprese offerenti una modifica della percezione del valore della propria prestazione¹²,

⁸ «(Thus) a firm with a buyer's monopoly might be in a position to squeeze down the prices of its major supplies if it were actually willing to bring about an absolute reduction in its physical volume of output - something that happens far oftener in theoretical models than in reality“ J.M.CLARK, *Competition as a Dynamic Process*, Washington D.C. 1961, p.389.

⁹ P.A.AREEDA, H.HOVENKAMP, J.L.SOLOW, *Antitrust Law*, 1995, ¶574, p.299, n.1.

¹⁰ Salvo che, a seguito di circostanze particolari, non sia in grado di sostituire un fattore produttivo con un altro senza che debba temere una perdita di qualità (in senso lato) del prodotto finito tale da influenzarne le vendite. V. ad esempio la fattispecie oggetto di decisione in *National Macaroni Manufacturers Ass'n v. FTC* 65 F.T.C.583 (1964): un'associazione che riuniva circa il 70% di produttori di pasta decise di reagire ad una improvvisa scarsità sul lato dell'offerta di grano duro sostituendo quest'ultimo con grano morbido in una percentuale fissa per tutti gli associati.

¹¹ Come notato anche da R.D.BLAIR, J.L.HARRISON, *Monopsony: antitrust law and economics*, p.73 „It would be more desirable from the monopsonist's perspective to pay the lower price *without* reducing the quantity purchased“ (corsivo mio).

¹² H.ARNOLD, *Wirtschaftliche Macht*, München, 1974, 132 s.

ponendole di fronte all'alternativa fra vendere al prezzo offerto loro oppure non vendere nulla¹³.

I venditori, se incapaci di coordinarsi fra loro¹⁴, vengono in quell'ipotesi costretti dall'unico acquirente ad operare delle *ri-valutazioni* (*Umwertungen*), consistenti nell'accettare di modificare a proprio svantaggio le condizioni della relazione di scambio. Un fornitore può ad esempio venire indotto ad attribuire ai prodotti da esso offerti un valore più basso di quello che avrebbe loro riconosciuto ove tali pressioni non fossero state esercitate, oppure ad assumere particolari obbligazioni di fare e la sopportazione di determinati costi, ecc.¹⁵. Tali *ri-valutazioni* sono considerate dagli offerenti (soggettivamente) razionali nella misura in cui gli svantaggi ottenuti (ricavo inferiore, spese aggiuntive) sono comunque inferiori ai danni che deriverebbero loro dal non vendere nulla¹⁶. I singoli offerenti continuano dunque a fornire lo stesso quantitativo di beni ottenendo tuttavia una remunerazione per unità inferiore¹⁷.

¹³ La curva dell'offerta in quel caso non è ricavata dalla quantità offerta a seconda dei diversi prezzi ma è la curva dell'offerta *all-or-none*. Si individuano le quantità massime che il produttore è disposto a offrire per ogni prezzo nella consapevolezza che, non accettandolo, egli non venderà nulla, cfr. M.FRIEDMANN, *Price Theory*, Chicago, 1962, p. 15. Ad. es., se normalmente al prezzo di 3 il produttore avrebbe venduto 100 quintali di grano duro, mentre al prezzo di 5 sarebbe stato disposto a venderne 150 quintali, posto di fronte a quella sgradevole alternativa, è verosimile che il produttore accetti a quegli stessi prezzi di vendere dei quantitativi maggiori di quello che avrebbe altrimenti offerto.

¹⁴ Come giustamente precisato da P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, cit., p.73.

¹⁵ Cfr. H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., p. 134 s.

¹⁶ Il compratore mira dunque a sottrarre al venditore *tutto* il suo surplus, cfr. P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, cit., p.73.

¹⁷ L'acquirente razionale in concorrenza sul mercato a valle si comporterebbe dunque in modo diverso da quanto descritto dalla teoria del monopsonio (salvo quando abbia la possibilità di ricorrere a prezzi d'acquisto di un fattore produttivo predatori al fine di escludere i concorrenti dal mercato a valle, v. i casi discussi dalla giurisprudenza statunitense citati da R.D.BLAIR, J.L.HARRISON, *Monopsony: antitrust law and economics*, cit., p.64 ss.). A ciò si aggiungano le perplessità maturate all'interno della stessa teoria economica ortodossa in ordine alla plausibilità della legge dei rendimenti decrescenti (sulle quali anche P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, cit., p.14, che però paiono concludere, sulla base di riscontri empirici, a favore della sua accettabilità), nonché le critiche rivolte alla staticità della stessa, ed alla limitatezza della considerazione del numero delle imprese come l'unica fonte di potere di mercato (cfr. in part. OECD, *Buying Power*, cit., p. 28).

4 La dimensione solo „verticale“ del potere economico del domandante

Finora si è considerato il comportamento del monopsonista, ma non è dubbio che le considerazioni esposte valgono nella loro sostanza anche per le imprese (da sole od assieme ad altre) le quali, pur in presenza di acquirenti concorrenti, riconoscono la loro abilità di influenzare i prezzi sul mercato dell'approvvigionamento¹⁸.

Si è poi parlato della sola manifestazione del potere della domanda che consiste nell'imposizione al venditore del prezzo, ma è affatto plausibile che il domandante sfrutti il proprio potere anche per pretendere dalla controparte l'assunzione di un atteggiamento discriminante nei confronti degli altri domandanti, o per influire in altro modo sul suo comportamento di mercato¹⁹.

Va ora osservato che quel particolare potere goduto dal monopsonista e da chi detiene una posizione dominante sul lato della domanda è talvolta condiviso da imprese che detengono una quota di mercato dell'approvvigionamento estremamente contenuta e che risultano soggette alla concorrenza degli altri domandanti. In altri termini, pur in presenza di acquirenti equivalenti cui rivolgersi, il fornitore posto di fronte all'alternativa fra abbassare (anche sensibilmente) il prezzo di vendita e rinunciare alla relazione con quello specifico acquirente, preferisce cedere alle pressioni di quest'ultimo.

All'origine dei margini d'azione detenuti dal domandante in questione vi sono le difficoltà che l'offerente è consapevole di dovere superare se decide di rinunciare alla relazione con quella determinata controparte, difficoltà comunemente espresse in termini di un c.d. costo della commutazione. Nel momento in cui il fornitore giudica quel costo superiore al danno economico subito a causa della diminuzione del prezzo di vendita od a quant'altro da lui si pretenda, egli, se razionale, preferisce cedere alle pressioni del domandante in questione²⁰, pur non godendo quest'ultimo di alcuna posizione dominante sul

¹⁸ Cfr. P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, cit., p.13; R.D.BLAIR, J.L.HARRISON, *Monopsony: antitrust law and economics*, cit., p.49.

¹⁹ V. l'esemplificazione di possibili manifestazioni di potere della domanda le fonti citate sopra, alla nota 2.

²⁰ Cfr. H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., 136; v. anche la *Monopolkommission* (Germania), XXIII Parere Straordinario *Marktstruktur und Wettbewerb im Handel*, Baden-Baden, 1994, p.139 s., che utilizza appunto l'espressione di «vertikale Nachfragemacht», per distinguerlo da quello orizzontale (con un'origine invece strutturale, dipendente dal possesso di quote di mercato che rendono

mercato dell'approvvigionamento. L'impresa a monte si piega alle pressioni del domandante in quanto *nel caso concreto* non dispone di un modo agevole per sottrarsi ad esse²¹.

In termini forse più precisi, il soggetto domandante ha in quei casi la possibilità di imporre la propria volontà all'impresa a monte, e quindi fra l'altro estorcerle delle concessioni ingiustificate, semplicemente perchè quest'ultima risulta da lui dipendente *più* di quanto egli a sua volta non lo sia nei confronti di quella specifica controparte²².

Si possono immaginare *almeno* due specifiche situazioni, che varranno di seguito separatamente esaminate, in cui un offerente presumibilmente incontra difficoltà di sostituzione del partner di un'entità tale da garantire alla controparte beneficiata un confortevole margine di manovra: a seguito della realizzazione di investimenti specifici ed in presenza di sovracapacità sul lato dell'offerta.

5 *Potere verticale della domanda ed investimenti specifici*

L'ideale classico di mercato perfettamente concorrenziale presuppone, come noto, che l'identità delle persone che effettuano lo scambio non abbia alcuna influenza sui termini dello stesso²³: per i soggetti economici è del tutto indifferente chi sia a domandare e a offrire beni e servizi sostanzialmente equivalenti fra loro²⁴. Neppure la ripetizione dello scambio fra i medesimi soggetti inciderebbe sulle condizioni a cui quello si realizza. Ogni rapporto

impossibile per il produttore rivolgersi altrove). Sia Helmut Arndt che la Monopolkommission considerano tuttavia la *sola* fattispecie del potere che nasce dall'aver, il produttore, effettuato degli investimenti specifici e irreversibili a favore di un determinato distributore.

²¹ Anche in questa ipotesi si può dunque affermare con H.-J. BUNTE, *Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Probleme der Konditionenspreizung*, in *Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, Köln, 1985, p.121 che «Ursache der Nachfragemacht sind die fehlenden Ausweichmöglichkeiten für die Anbieter», qui nel *singolo caso concreto*.

²² H.ARNOLD, *Wirtschaftliche Macht*, cit., 136. V. anche OECD, *Buying Power*, cit., p.29 „As Arndt has explained, buying power exists when a seller is more dependent upon a buyer than the buyer is upon the seller. Monopsony is an extreme case of dependency.“

²³ L'altra condizione da soddisfare perché la concorrenza sia perfetta è che il mercato sia trasparente.

²⁴ Cfr. W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, Baden-Baden, 1989, p. 95. In altri termini, „there must enough specialists...so that the discrete exchanges *remain* discrete“, cfr. I.R.MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, in *Winsconsin L.Rev.*1985, p. 489 (corsivo mio).

continuativo viene dunque raffigurato come una sequenza di singoli atti, ognuno dei quali è indipendente sia dai precedenti che dai successivi²⁵.

Si consideri tuttavia il caso di un'impresa che, avendo strutturato la propria attività economica in modo da rispondere alle particolari esigenze di uno specifico cliente, deve, per mettersi in grado di soddisfare le richieste di acquirenti differenti, sopportare delle spese di notevole entità. In primo luogo essa si trova ad affrontare la necessità di realizzare nuovi investimenti; inoltre, a seguito della conversione dell'attività economica, una parte consistente dei beni materiali ed immateriali di cui essa dispone rimane inutilizzata²⁶. In una tale ipotesi l'impresa è comprensibilmente interessata alla continuità del rapporto con quella *specifica* controparte a favore della quale ha effettuato degli investimenti irreversibili²⁷.

Si può forse utilmente considerare l'ipotesi di non perfetta sostituibilità (eterogeneità) fra soggetti economici appena esemplificata come la *trasformazione* di un rapporto di scambio di mercato²⁸. Se all'inizio l'agente sceglie fra più alternative offerte da imprese in concorrenza fra loro, nel momento in cui egli effettua degli investimenti specifici a favore dell'impresa scelta, quest'ultima acquisisce un vantaggio *particolare* rispetto ai concorrenti, del quale precedentemente non godeva. In altre parole, mentre prima della realizzazione degli investimenti specifici fra le imprese „orizzontalmente“

²⁵ È chiaro tuttavia che neppure la realizzazione dello scambio fra soggetti anonimi può prescindere dall'esistenza di specifiche relazioni, come quelle create da un linguaggio comune, da un sistema giuridico che fra l'altro riconosca e tuteli i diritti di proprietà, di un sistema monetario, ecc. I.R.MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, cit., p. 485, nota 7, afferma perciò che il „discrete exchange“, vale a dire quello di mercato, è lo „exchange relatively free of relations“ (corsivo dell'a.).

²⁶ Oppure la loro utilizzazione risulta tecnicamente possibile ma ad un costo elevato cfr. M.BRAULKE, *Contestable Markets - Wettbewerbskonzept mit Zukunft ?*, in WuW 1983, «Verluste..., die im Falle einer nur endlichen Verweildauer im Markt bei der Verwertung noch vorhandener realer oder immaterieller Kapitalgüter anfallen können».

²⁷ In quell'ipotesi si può dire che la specifica identità delle parti ha dunque „cost-bearing consequences“, cfr.O.E.WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, J.L.&Econ.1979, p. 239 s. Le locuzioni alle quali la dottrina economica ricorre per esprimere la diversità fra le relazioni, di cui nel testo si è proposto un esempio, rispetto alle transazioni anonime di mercato non sono prive di fantasia: si parla fra l'altro di quasi-contratti, ibridi, accordi simbiotici, clan, network, keiretsu e, più di recente, di alleanze strategiche.

²⁸O.E.WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, JITE, 1993, p. 104 parla di „Fundamental Transformation“ (maiuscole dell'a.).

considerate vi era una sostanziale equivalenza (omogeneità), *successivamente* non potrà più essere così.

Vi sono delle situazioni in cui il costo della commutazione di cui si è appena detto risulta tipicamente²⁹ gravoso per l'offerente. Una tale circostanza caratterizza in particolare il rapporto del subfornitore industriale con il relativo committente.

La subfornitura industriale, come noto, è essenzialmente un metodo produttivo: singole fasi o interi processi di fabbricazione vengono delegate ad imprese giuridicamente indipendenti, che svolgono la loro attività attenendosi alle indicazioni fornite dai relativi committenti³⁰, e la cui prestazione va ad integrare i prodotti (o servizi) successivamente offerti ai consumatori³¹. In concreto, la prestazione realizzata dal subfornitore può consistere nella fornitura di un semplice semilavorato (es., un profilato metallico), di un pezzo finito (ad es., la maniglia di un'automobile) o di un intero sistema (ad esempio, la porta di un'automobile comprensiva di ogni singola parte). Talvolta la prestazione del subfornitore, pur destinata ad essere incorporata nel prodotto finale, è di natura tale da potere essere offerta direttamente ai consumatori (ad es., lo specchietto retrovisore, che può essere ovviamente venduto separatamente dall'automobile).

²⁹ La difficoltà della conversione che risulta dall'ammontare dei costi dovuti alla presenza di beni inutilizzabili e dal bisogno di effettuare nuovi investimenti varia poi, anche nell'ipotesi che viene esaminata nel testo, a seconda della *specifica* capacità di finanziamento della singola impresa nel caso concreto.

³⁰ V. la Guida pratica agli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità Europea, Bruxelles, 1989. p.9. V. anche la voce „indotto“, Vocabolario della lingua italiana Treccani, Roma, 1987.

³¹ Caratteristica essenziale del rapporto in questione è dunque la fornitura di beni (o servizi) che sono destinati ad essere incorporati e coordinati ai risultati delle prestazioni realizzate da una o più altre imprese, v. H.-P.GEBHARDT, *Der Zuliefervertrag*, Köln 1994, p.5 s. Se il ricorso alla subfornitura è sempre più diffuso e ampio, viene comunemente osservato dalle imprese un limite *strategico* alla scomposizione pur tecnicamente possibile del prodotto finito: il committente si riserva la progettazione e la produzione di quei pezzi e componenti che a causa delle caratteristiche del prodotto finale così come apprezzate dalla domanda finale ne determinano la capacità concorrenziale, così, ad esempio, il produttore di automobili si riserverebbe di solito la produzione del motore.

Negli ultimi anni, in svariate industrie³², di nota la tendenza a limitare il numero dei subfornitori di uno specifico pezzo, cui viene confidata non solo l'attività di produzione, ma anche quella di ricerca e sviluppo³³. Il committente in questo caso, invece di specificare il prodotto finale in ogni singola parte, definisce le sole regole progettuali *visibili*, cioè i vincoli sulle successive decisioni progettuali³⁴. Il subfornitore vi si deve meticolosamente attenere, ma è autonomo nei confronti degli elementi „nascosti“ della progettazione del modulo che gli è stato affidato, e cioè di quegli elementi che non hanno ripercussioni sulla progettazione di altri moduli³⁵.

Il subfornitore industriale di regola realizza dei consistenti investimenti specifici a favore del committente³⁶, sia in beni materiali che immateriali³⁷. La presenza di un costo della commutazione significativo mette in particolare i

³² Soprattutto l'industria, in senso lato, dei computer (*software* e *hardware*), ma una evoluzione di questo tipo è osservabile anche in quella automobilistica. Ciò non toglie che nella stessa industria (e quella automobilistica è ancora un buon esempio) possano essere rappresentate tutte le modalità di relazione fra subfornitore e committente: da quella in cui il subfornitore riceve il „dischetto“ che inserisce nel proprio macchinario e che non apporta alcun contributo in termini di conoscenze tecnologico-produttive, al quale si riferisce S.KLAUE, *Nationales Kartellrecht und Zuliefererproblematik unter besonderer Berücksichtigung der Automobilindustrie*, in ZIP 1989, p. 1313, a quella in cui al subfornitore è demandata l'attività di R&S, menzionato nel testo.

³³ H.-P.GEBHARDT, *Der Zuliefervertrag*, cit., p.13. .

³⁴ Tali regole possono essere di tipi diversi, ad es. *l'architettura*, che specifica quali sono i moduli (subsistemi) che fanno parte del sistema ed in cosa consiste la loro funzione; le *interfacce*, che descrivono in dettaglio le interazioni fra i vari moduli, in particolare come si assembleranno, si collegheranno e come comunicheranno; infine, gli *standards*, cioè i parametri in base ai quali si verifica la conformità del subsistema alle regole progettuali e la loro efficienza relativa, v. C.Y.BALDWIN, K.B.CLARK, *Managing in an Age of Modularity*, Harvard Business Review 1997, p. 86.

³⁵ Rispetto al subfornitore tradizionale (di sistemi), il progettatore di moduli gode perciò di una ben più ampia autonomia, il suo ruolo non limitandosi alla sperimentazione nell'ambito dei processi produttivi o nella logistica.

³⁶ Ciò non toglie tuttavia che parte delle spese venga talvolta anticipata dal fornitore, come fatto notare da H.FENNETEAU, *La structuration d'une filière et l'organisation des relations entre les firmes - le cas des industries liées a l'automobile*, in ADEFI, *L'analyse de filière*, Paris 1985, p.114.

³⁷ La dipendenza tecnologica dall'acquirente, vale a dire la circostanza che il bene la cui produzione è affidata al subfornitore è spesso concepito, in tutto o in parte, dal committente, può dare luogo a degli specifici ed ulteriori costi di commutazione. Sostituire l'acquirente risulta in questo caso particolarmente gravoso per il subfornitore industriale nella misura in cui ciò comporti la necessità di imparare ad utilizzare tecnologie diverse e comunque di rinunciare all'utilizzo di conoscenze specifiche formate in relazione all'utilizzo di una particolare tecnologia, cfr. H.SATZKY, *Nachfragemacht im Zulieferbereich*, in ZHR 1984, p.605. OECD, *Buying Power*, cit., p. 80 menziona(no), come causa della dipendenza del subfornitore dal committente, anche la necessità di usufruire dell'assistenza tecnica di quest'ultimo.

subfornitori di medie e piccole dimensioni³⁸ in situazione di dipendenza nei confronti del rispettivo committente³⁹: la specificità delle risorse, necessaria per instaurare una relazione di subfornitura industriale, è in quei casi molto spesso all'origine di significativi margini di manovra goduti dal domandante nei confronti dell'offerente⁴⁰.

6 Potere verticale della domanda e sovracapacità produttiva

Nel paragrafo precedente ci si è soffermati sulla realizzazione di investimenti specifici, in cui si è vista la fonte di un significativo costo della commutazione. Un'ulteriore circostanza che rende gravosa per l'offerente la sostituzione di una specifica controparte, che ora si esaminerà, è la sovrapproduzione sul mercato in cui si trova ad operare. Si pensi al caso di un'impresa di produzione che smercia una quota significativa dei propri prodotti attraverso un singolo distributore. In presenza di un c.d. mercato dei compratori, venuto meno quello specifico sbocco, l'impresa deve di regola superare delle notevoli difficoltà (e sopportare dunque dei costi ingenti) al fine di individuare uno o più controparti in grado di assorbire una quota altrettanto sostanziale della propria produzione⁴¹.

³⁸ Vi sono dei settori, ad esempio quello dell'indotto automobilistico nell'Unione Europea, composti prevalentemente da imprese di dimensioni medio-piccole, cfr. per quest'ultimo uno studio della *Boston Consulting Group* del 1991.

³⁹ Non è così invece per i subfornitori di grandi dimensioni, dotati di notevoli risorse finanziarie, ad es. il gruppo tedesco Bosch. Di questo avviso anche H.-M.GECK/G.PETRY, *Nachfragemacht gegenüber Zulieferern*, Köln 1983, p.15 «Die Realität des Zulieferwesens besteht also offenbar darin, daß der Umstand, Zulieferer zu sein, Nachfragemacht auf der Abnehmerseite begründen kann, aber nicht muß».

⁴⁰ Cui i committenti farebbero sempre più spesso ricorso fra l'altro al fine di scaricare sui subfornitori almeno parte dell'aumentata pressione concorrenziale sui mercati del prodotto finale, H.-P.GEBHARDT, *Der Zuliefervertrag*, cit., p. 11 s. Cfr. in questo senso anche la dichiarazione del Presidente del *Bundeskartellamt*, riportata da WuW 1994, p. 96. I subfornitori verrebbero in altri termini spesso utilizzati dai committenti come «ammortizzatori delle fluttuazioni congiunturali», secondo l'espressione di B.CORIAT, *Penser à l'envers - Travail et Organisation dans l'Entreprise japonaise*, 1991, p. 109.

⁴¹ Secondo uno studio effettuato dal *Bundeskartellamt*, citato da P.ULMER, *Muß der Leistungswettbewerb stärker geschützt werden ?*, in WuW 1987, p.704, un distributore detiene nei confronti del produttore dei margini di manovra non controllati dalle forze di mercato se i propri acquisti rappresentano una percentuale del 5-8% del fatturato del produttore.

L'acquirente in questione gode dunque di un margine di manovra nei confronti del fornitore, che può sfruttare, ad esempio, al fine di strappare alla controparte un prezzo particolarmente conveniente, *oltre* al trattamento già eventualmente privilegiato dovuto alla circostanza che grazie all'acquisto sostanziale il produttore riesce a realizzare delle economie di scala, nonché a contenere i costi della transazione.

La dipendenza di cui qui si parla può interessare ovviamente varie tipologie di offerenti, vista la diffusione del fenomeno della sovrapproduzione⁴². Una grande attenzione viene da qualche tempo dedicata alle difficoltà incontrate dai produttori che si rivolgono per lo smercio, in particolare dei prodotti alimentari⁴³, alla distribuzione commerciale.

In poco più di un ventennio⁴⁴ il mercato della distribuzione al dettaglio di prodotti alimentari è passato da una composizione estremamente frammentata, ad una struttura caratterizzata dalla presenza di operatori dotati di quote di mercato significative, sia sul lato dell'offerta ai consumatori che su quello dell'approvvigionamento⁴⁵. Il concomitante verificarsi di tutta una serie di

⁴² La condizione opposta, quella della scarsità, non è infatti particolarmente ricorrente: essa caratterizza i soli mercati in fase di espansione, vale a dire quelli in cui un nuovo prodotto incontra il favore dei consumatori in misura tale che la domanda cresce più velocemente dell'offerta, oppure situazioni in cui quest'ultima viene artificialmente limitata. Non va poi dimenticato che la c.d. globalizzazione dei mercati, vale a dire la progressiva eliminazione delle barriere al commercio internazionale, in particolare quelle doganali, ha anch'essa provocato, localmente, un ampliamento dell'offerta, convogliando verso i paesi più agiati l'offerta proveniente da tutto il mondo. V. anche *Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht* (=Rapporto sull'attività svolta nell'anno) 1979/80, p. 35

⁴³ I prodotti alimentari si caratterizzano per prestarsi meglio di altri ad una distribuzione di massa: si tratta di beni di acquisto e consumo ricorrenti, venduti in quantitativi rilevanti ad una velocità di rotazione (riapprovvigionamento) elevata, e che non necessitano di prestazioni di consulenza pre- e post-vendita. Tipologicamente, i prodotti in questione apparrebbero dunque agli „experience goods“: l'informazione alla base della decisione d'acquisto si forma attraverso il consumo.

⁴⁴ All'inizio degli anni '80 si parla di „new...trend pronounced in all Member countries“ cfr. OECD, *Buying Power*, cit. p.7, e ancora nel 1980 si poteva affermare che „no industry (save agriculture) is more atomized than distribution“, v. R.A.POSNER, F.H.EASTERBROOK, *Antitrust*, cit., p.951.

⁴⁵ La spinta alla concentrazione dei punti vendita, notava la Commissione nel *Libro Verde sul Commercio*, § 19, non avrebbe mostrato la stessa intensità in tutti gli Stati (membri dell'Unione Europea). In particolare, sarebbe risultata *tendenzialmente* più accentuata nel settentrione dell'Europa. La realtà spagnola fa tuttavia caso a sé: nel 1994 il grado di concentrazione per i primi dieci operatori nel settore della distribuzione alimentare raggiungeva nella penisola iberica l'80%, ed era addirittura superiore a quello tedesco (78%), cfr. I.SCHMIDT, *Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB - Novelle*, in WuW 1997, p.102.

condizioni⁴⁶, ha fatto sì che, in tempi brevi, nel settore della distribuzione al dettaglio emergessero delle figure imprenditoriali, ad esempio l'ipermercato, in grado da una parte di assorbire un quantitativo sempre maggiore di beni e dall'altra di offrire ai consumatori una scelta sempre più vasta.

La trasformazione della struttura del mercato della distribuzione al dettaglio non ha tuttavia di regola comportato l'emersione di imprese che detengono una posizione dominante sul mercato dell'approvvigionamento di singoli prodotti⁴⁷. Secondo un calcolo recentemente proposto, il mercato tedesco,

⁴⁶ Un accadimento che ha indubbiamente contribuito a mutare i rapporti fra produttori e distributori è stato il diffuso ricorso, nel settore del commercio al dettaglio, a specifiche tecnologie dell'informazione. Grazie in particolare all'implementazione di una serie di modalità tecnologiche (fra le quali i codici a barre per l'identificazione dei prodotti e relativi lettori ottici e l'interscambio elettronico di dati - EDI, *electronic data interchange*), la gestione del commercio al dettaglio sarebbe diventata più efficace (fattore che forse contribuisce, assieme ad altri, a spiegare perché, come rilevato dalla *Gesellschaft für Konsumforschung*, il fatturato dei *discounter* nel settore alimentare - in Germania - sia passato dal 10% del 1975, al 30% del 1994, dati riportati da I.SCHMIDT, *Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB - Novelle*, cit., p.101). La grande distribuzione avrebbe fra l'altro largamente adottato il c.d. *just-in-time*, arrivando a ridurre il livello delle scorte e di conseguenza a risparmiare degli altrimenti ingenti costi. I distributori si sarebbero infine largamente emancipati dai produttori nella definizione delle strategie di marketing, grazie alla possibilità (offerta appunto dalle nuove tecnologie dell'informazione) di raccogliere agevolmente i dati di mercato in modo autonomo (mentre precedentemente i distributori si dovevano più che altro basare sulle informazioni fornite dai produttori). Anche la mutazione dello scenario economico ha giocato un ruolo non irrilevante nella revisione dei tradizionali rapporti fra produttori e distributori. L'attuazione del mercato unico europeo e più in generale la c.d. globalizzazione degli scambi hanno dato un forte impeto ai fenomeni concentrativi nel settore distributivo, così come peraltro avvenuto in altri settori economici: «Es ging dabei um die besten Startpositionen und die ausreichende kritische Größe für die Internationalisierung von Einkauf und Vertrieb», v. R.LADEMANN, *Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelsspezifische Sektoralisierung ?*, in WuW 1997, p.498 s. Vi sarebbe infine stata inoltre, secondo alcuni, una sensibile rivisitazione delle abitudini d'acquisto dei consumatori, i quali, diventati mobili grazie all'autovettura, preferirebbero tuttavia concentrare la maggior parte degli acquisti di prodotti in un solo punto vendita al fine di minimizzare i costi del trasporto. Altri costi, in ordine ad esempio al raffronto di qualità fra prodotti di marche diverse, verrebbero risparmiati grazie alla presenza in un solo luogo di una vasta gamma di prodotti concorrenti, cfr. L.VOGEL, *Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe*, E.C.L.R. 1998, p.5 s..

⁴⁷ Non viene di regola messo in dubbio che, al fine dell'accertamento di una posizione dominante sul lato della domanda, sia preliminarmente necessario precisare i contorni del mercato rilevante, qui il mercato dell'approvvigionamento (per il diritto *antitrust* della UE, v. la *Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante*, in GUCE C 372 del 9/12/97 e la decisione *Kesko/Tuko* del 20 novembre 1996, in G.U.C.E. 1997 L 110/53, § 33 ss.). Secondo l'opinione che mi pare prevalente, anche in questa ipotesi il punto di vista dal quale procedere dovrebbe essere quello della controparte, vale a dire l'impresa offerente il cui „bisogno“ consiste nella alienazione degli specifici beni da lei trattati (v. per il diritto dell'Unione Europea, v. W.MÖSCHEL, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht*, München 1997, p. 700, nm.61). In estrema sintesi, se si deve accertare la posizione detenuta da una specifica impresa di distribuzione sul mercato

uno tra quelli maggiormente interessati da fenomeni concentrativi al livello della distribuzione al dettaglio, vedrebbe un rapporto di concentrazione⁴⁸ nel settore alimentare su dieci acquirenti (medio fra tutti i gruppi di prodotti) del 45%, e cioè non particolarmente elevato in raffronto ad altri settori industriali⁴⁹.

dell'approvvigionamento, si deve prima di tutto distinguere a seconda delle singole tipologie di prodotto domandate. In un secondo momento, si verifica se i fornitori di una *specifica tipologia* di prodotto possono sottrarsi alle eventuali pressioni della domanda attraverso una conversione della propria attività produttiva, e si faranno rientrare nel mercato rilevante i prodotti che rappresentano delle accettabili alternative produttive. Si può così infine verificare quali siano le imprese sul lato della domanda considerate da un offerente *ragionevole* come delle valide alternative in quanto acquirenti di quel bene (o quei beni). Una tale delimitazione del mercato rilevante sarebbe tuttavia secondo altri poco soddisfacente in quanto l'importanza della posizione detenuta sul mercato dell'approvvigionamento non dipenderebbe tanto dalla quota della domanda complessiva per una *singola* tipologia di prodotto espressa dall'acquirente, bensì dal potenziale di vendita controllato, inteso sia quantitativamente (totalità di acquisti di beni, appartenenti all'assortimento tipico di quel settore merceologico, realizzata) che qualitativamente (l'accesso ad un particolare insieme di acquirenti, la capillarità della diffusione sul territorio nazionale, ecc.). Il mercato rilevante non si determinerebbe nel caso di specie riferendosi ad uno o più prodotti, bensì ad un *settore economico merceologicamente definito*, quale quello della distribuzione di beni alimentari. Su un tale mercato andrebbe accertata la posizione detenuta dall'impresa (la determinazione in questi termini del mercato ha permesso al Bundeskartellamt di vietare delle operazioni di concentrazione fra imprese di distribuzione, v. in part. «Coop-Wandmaker», in WuW 1985, p.265, 268 s. -WuW/E BKart. 2161-). In effetti, probabilmente, alla percentuale della quota di mercato dell'approvvigionamento di un singolo prodotto detenuta non va (e qui forse ancora meno che altrove) attribuita un'importanza risolutiva per misurare i margini di libertà d'azione detenuti rispetto ai concorrenti. Mi pare tuttavia che, rimanendo anche in questa sede la reazione della controparte (intesa qui come *generalità* delle imprese a monte) il meccanismo *principale* attraverso il quale il comportamento di un'impresa si può dire controllato dalle forze di mercato, sia del tutto opportuno porre la prospettiva del produttore alla base dell'identificazione delle imprese da considerare fra loro concorrenti. Poiché nessun produttore diversifica in modo tale la propria attività da riuscire, da solo, a soddisfare, neppure in parte, le complesse esigenze di assortimento della distribuzione commerciale di prodotti alimentari (che può arrivare a comprendere fino a 10.000 articoli diversi !) la identificazione del mercato rilevante con quello dell'approvvigionamento di beni alimentari finirebbe invece per accogliere la prospettiva dell'acquirente. Il „bisogno“ di vendere del produttore non può che riferirsi ai prodotti o ai gruppi di prodotto in relazione ai quali si è specializzato (cfr. la sentenza «Coop-Wandmaker», in WuW 1987, p. 531 ss., 541, - WuW/E OLG 3917- che annullando la decisione del Bundeskartellamt sopra citata ha riaffermato la necessità di accertare la posizione dominante del domandante in relazione a singoli mercati del prodotto). Svincolarsi dalla determinazione per prodotto del mercato rilevante non è invece di per sé censurabile quando l'obiettivo non sia tanto quello di tutelare la controparte (in virtù della funzione concorrenziale sopra ricordata) bensì le imprese concorrenti oppure la concorrenza su mercati terzi, cfr. MÖSCHEL, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., 745 s. (nm 22).

⁴⁸ Il rapporto di concentrazione è la percentuale di produzione (o di fatturato) totale dell'industria attribuibile ad un certo numero di imprese di maggiori dimensioni, cfr. P.A.Samuelson, W.D.Nordhaus, *Economia*, cit., p. 186.

⁴⁹ Cfr. R.LADEMANN, *Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelspezifische Sektoralisierung ?*, cit., p. 497.

Si è tuttavia indubbiamente prodotta una c.d. asimmetria della dipendenza quantitativa fra le parti. Ad esempio, ancora in Germania, mentre l'industria alimentare realizza mediamente tra il 5 e il 10% del proprio fatturato con le sette imprese più importanti della distribuzione commerciale⁵⁰, la dipendenza quantitativa dell'impresa distributiva di dimensione ragguardevole nei confronti di singoli produttori raggiungerebbe al massimo il 2-3% del fatturato complessivo⁵¹.

Sul mercato dell'approvvigionamento di prodotti alimentari sono dunque di regola presenti varie imprese equivalenti in quanto a prestazioni offerte (immagine, assorbimento produzione, ecc.) potenzialmente in grado di trattare i beni offerti. Tuttavia, nel caso concreto, nessuno degli acquirenti è motivato a prendere il posto dell'acquirente che esercita delle pressioni di prezzo o di altra natura perché già trattano prodotti alternativi ed equivalenti. Per convincerli, l'offerente dovrebbe concedere loro delle condizioni particolarmente allettanti: più agevole e, a conti fatti⁵², meno dispendioso può rivelarsi in determinate situazioni cedere alle richieste della controparte.

Appare ragionevole supporre che l'esercizio del potere dell'acquirente che trova origine nella condizione della sovracapacità sul lato dell'offerta colpisca con più forza le imprese produttrici di piccole e medie dimensioni dotate di marchi che non godono di significativa notorietà⁵³. Più limitati sono i margini di manovra della distribuzione commerciale nei confronti dei produttori c.d. di marca.

⁵⁰ Con punte di 40% del fatturato in caso di produttori medi e piccoli, v. *MONOPOLKOMMISSION, Mißbräuche der Nachfragemacht*, cit., p.131.

⁵¹ V. ancora *MONOPOLKOMMISSION, Mißbräuche der Nachfragemacht*, cit., p. 132 in cui si evidenzia che produttori del calibro di Unilever, Procter & Gamble e Jacobs-Suchard contribuiscono con la loro gamma di articoli ad un massimo del 2-3% del fatturato complessivo delle più importanti imprese di distribuzione.

⁵² Nel calcolo il fornitore terrà ovviamente conto anche del risparmio dei costi della transazione ottenuto per il fatto di potere intrattenere delle relazioni con *pochi* acquirenti invece che con molti.

⁵³ Talvolta, in particolare le imprese di produzione di piccola dimensione, assumono addirittura il ruolo di subfornitore *commerciale*: il distributore-committente indica le caratteristiche (in termini di qualità, immagine, ecc.) che il prodotto successivamente acquistato deve avere, sul quale appone poi il proprio marchio, cfr. F.FISCHWICK, *La dépendance du petit fournisseur au grand distributeur: une question pour les autorités de la concurrence ?*, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1997, p. 19. La dipendenza dall'acquirente, oltre che sulla circostanza della sovracapacità produttiva, si basa in quel caso sui costi legati alla irreversibilità dell'investimento necessario per soddisfare le particolari esigenze del grande acquirente.

Va tuttavia rammentato che i distributori, sfruttando le conoscenze sulle abitudini d'acquisto dei propri clienti (informazioni raccolte in particolare attraverso la diffusione delle carte di pagamento e di fedeltà), ed essendo comunque informati circa le politiche commerciali dei produttori, sono in grado di proporre con evidente successo dei prodotti recanti il proprio marchio⁵⁴. Di conseguenza, anche per i produttori che dispongono di marchi noti si fa sempre più concreta la minaccia di vedersi estromessi dall'assortimento⁵⁵.

Per quanto qui direttamente interessa, si è prodotta una situazione per cui, mentre un'impresa offerente che detiene una quota di mercato del 10% di solito non è in grado di determinare il prezzo di vendita dei propri prodotti in quanto è largamente soggetta ai vincoli imposti al suo comportamento dal meccanismo concorrenziale⁵⁶, un'impresa di distribuzione che possiede una quota di mercato dell'approvvigionamento di uno specifico bene ben al di sotto di quella soglia ma i cui acquisti rappresentano una percentuale non infinitesimale del fatturato di imprese a monte, può avere la capacità di influenzare i prezzi e le altre condizioni della transazioni con quelle realizzate.

7 *Oggetto e piano dell'indagine*

Nella raffigurazione corrente del mercato⁵⁷, il lato della domanda, occupato dai consumatori finali, è atonomistico, omogeneo e passivo⁵⁸, dunque perfettamente concorrenziale. Quando l'impresa vende i propri prodotti ai consumatori, oppure quando la domanda complessiva è comunque frammentata fra un vasta moltitudine di imprese, le eventuali restrizioni della concorrenza si

⁵⁴ V. *supra*, alla nota 53. In Francia, nel 1996, i prodotti venduti con il marchio del distributore rappresentavano il 20% delle vendite.

⁵⁵ Come riconosciuto dalla Commissione in occasione della decisione in merito all'operazione di concentrazione *Kesko/Tuko*, cit., § 152. V. oltre, a p. 34.

⁵⁶ Con riserve dovute in particolare alla possibilità di differenziare i prodotti.

⁵⁷ Mi riferisco più precisamente alla descrizione del funzionamento dei mercati che fa capo alla teoria neoclassica del prezzo.

⁵⁸ Cfr. W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, op.cit., 24 s. Non che si escluda a priori la possibilità che due diversi consumatori valutino diversamente lo stesso bene: semplicemente, al di fuori di rare e specifiche ipotesi, il produttore fissa di regola un unico prezzo per tutti i consumatori, *op.ult.cit.*, p. 95.

manifestano sul lato dell'offerta, e di quelle appunto il diritto *antitrust* tradizionalmente si occupa⁵⁹.

Come si è visto sopra sul lato della domanda operano talvolta dei soggetti i quali, ben lungi dall'essere passivi, sono potenzialmente in grado di influenzare l'esito della contrattazione con gli operatori collocati sul mercato antistante. Sulla ricomprensione della tutela della concorrenza sul lato della domanda fra gli scopi propri alla legislazione antimonopolistica non vi sono dubbi: vietati sono gli abusi di posizione dominante sul lato dell'approvvigionamento e le operazioni di concentrazione che danno luogo alla creazione o all'aumento di potere della domanda⁶⁰.

A differenza dell'impresa che gode di una posizione dominante sul lato dell'approvvigionamento, il domandante di cui qui ci si vorrebbe occupare non detiene potere economico nei confronti della generalità delle imprese collocate sul lato dell'offerta. Il domandante in questione è difficilmente sostituibile dal punto di vista di una o più *specifiche* controparti e in virtù di ciò gode nei loro confronti di margini d'azione. In una formula: mentre il dominio di mercato tradizionalmente considerato riflette una situazione in cui il potere è *unilateralmente* esercitato, la problematica in esame fa riferimento a situazioni in cui il potere è suddiviso in modo *inequale*⁶¹.

L'idoneità del potere verticale della domanda a pregiudicare la funzionalità dei processi concorrenziali, nonché l'opportunità di esercitare un controllo sul suo esercizio, sono estremamente controverse, anche in quegli ordinamenti in cui pur sono presenti disposizioni antimonopolistiche che vietano

⁵⁹ Anche la restrizione della concorrenza *intra-brand*, cioè fra imprese che trattano (ad es., distribuiscono) lo stesso bene dal medesimo marchio è *essenzialmente* una restrizione sul lato dell'offerta.

⁶⁰ Cfr. anche *Segnalazione AS121* del 10 febbraio 1998, in *Bollettino* 5/98. Questo, nonostante lo scarso interesse mostrato dalla scienza economica nei confronti del fenomeno del potere del domandante. Interrogandosi sulle ragioni di un tale disinteresse P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, cit., p.7, ne suggeriscono due: da una parte, la diffusa convinzione che il potere del compratore potesse essere analizzato come l'immagine speculare del potere del venditore (come si è potuto constatare quando *supra*, al par. 1 si è esposta la teoria del monopsonio), rifacendosi dunque in larga misura al medesimo apparato teorico (v. però già J.M.CLARK, *Competition as a Dynamic Process*, cit., p. 387ss.); dall'altra, la (fino a pochi anni addietro) scarsa rilevanza economica del fenomeno. Si sono già peraltro menzionati studi di recente pubblicazione che testimoniano di una nuova consapevolezza da parte della scienza economica nei confronti della particolare natura del fenomeno potere del domandante.

⁶¹ L'espressione è di H.ARNOLDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., p. 86.

gli abusi di potere (solo) relativo, sia del domandante che dell'offerente. A ciò si aggiunga che il legislatore italiano ha recentemente deciso di collocare una disposizione che vieta l'abuso di dipendenza economica *al di fuori* della disciplina propriamente antimonopolistica⁶².

L'indagine oggetto del presente lavoro muove dall'esame delle tesi che appaiono formare le principali obiezioni di carattere teorico alla rilevanza antimonopolistica del potere verticale della domanda (I e II Capitolo della I Parte). Verrà successivamente motivata l'esigenza di un controllo antimonopolistico dello stesso (III Capitolo della I Parte, §§ 1-5) e si tratteranno alcune possibili modalità di intervento (identificando *alcune* tipologie di pratiche

⁶² Si tratta dell'art.9 della legge 18 giugno 1998, n.192 (G.U. n.143 del 22 giugno 1998) sulla „Disciplina della subfornitura nelle attività produttive“. La regola giuridica è collocata nel contesto di una legge la cui finalità principale è, da una parte garantire, attraverso la tipicizzazione del rapporto contrattuale, una maggiore trasparenza e certezza nei rapporti di subfornitura, e, dall'altra offrire una protezione *diretta* al subfornitore da possibili abusi del committente. Il disegno di legge originariamente licenziato dalla 10^o Commissione del Senato prevedeva invece che la disposizione sull'abuso di dipendenza economica fosse inserita nella disciplina antimonopolistica (legge 10 ottobre 1990, n.287). L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato si espresse tuttavia in termini negativi nei confronti di quella proposta, (*Segnalazione* AS121 del 10 febbraio 1998, in *Bollettino* 5/98), contribuendo in modo forse decisivo all'attuale collocazione della disposizione sull'abuso di dipendenza economica (cfr. C.OSTI, *Riflessioni sul controllo della dipendenza economica*, BOZZA p.8). Essa sottolineò infatti, in parte rivedendo un'opinione precedentemente espressa (*Segnalazione* AS046 del 20 giugno 1995, in *Bollettino* 23/95), che la fattispecie in questione non avrebbe potuto trovare posto fra le norme propriamente *antitrust*, dunque fra regole „dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato“, bensì sarebbe dovuta rientrare nella tematica dell'equilibrio contrattuale, con rilevanza *esclusivamente* civilistica.

che, a seconda delle condizioni del caso concreto, potranno apparire illegittime §§ 6-10). Nella II Parte del presente lavoro verranno infine esaminate le soluzioni elaborate in Germania e in Francia, Stati in cui il fenomeno del potere verticale del domandante ha ottenuto una esplicita considerazione nella rispettiva legislazione *antitrust*, alla luce delle esigenze di tutela dei processi concorrenziali emerse nella I Parte dell'indagine.

I PARTE

**L'ESERCIZIO DEL POTERE VERTICALE DELLA DOMANDA
NELLA TEORIA DELLA CONCORRENZA**

I CAPITOLO

SULLA RILEVANZA ANTIMONOPOLISTICA DELLA DISCRIMINAZIONE SUBÌTA DAI CONCORRENTI DELL'IMPRESA DOMANDANTE RELATIVAMENTE DOMINANTE

1 Introduzione

L'impresa in posizione di dominio su un mercato è tenuta, in termini estremamente generali, ad esercitare il proprio potere in modo tale da non rendere più ardue ai propri concorrenti (attuali o solo potenziali) la sopravvivenza e l'eventuale affermazione nel gioco concorrenziale¹.

Tra le pratiche che possono avere quell'effetto, e che andrebbero di conseguenza vietate, vi sono le discriminazioni di cui sono vittima i concorrenti dell'impresa beneficiata: ad esempio, l'impresa che detiene potere di mercato sul lato dell'approvvigionamento, lo esercita per costringere un'impresa fornitrice a concederle condizioni migliori di quelle offerte a concorrenti dotati di minore potere (senza dunque che vi sia alcuna *valida* giustificazione alla base del trattamento differenziato, ad es. in termini di costo risparmiato dal fornitore che si trasforma in un prezzo di vendita del bene rifornito più basso).

Se l'impresa detiene una posizione dominante anche sul mercato a valle, la circostanza che l'impresa favorita disponga di un margine commerciale più ampio di quello concesso ai concorrenti meno forti rende, pare evidente, ancora più complicata la sopravvivenza di questi ultimi nella lotta concorrenziale².

Diversamente, se il mercato a valle è concorrenziale, il vantaggio di partenza ottenuto da chi domina il mercato dell'approvvigionamento potrebbe

¹ Cfr. per tutti MÖSCHEL, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht*, cit., p. 720 s. (§ 118).

² La Commissione, nella decisione *Kesko/Teko*, cit., non si è pronunciata espressamente sulla questione della detenzione di potere dominante sul mercato dell'approvvigionamento. Essa ha rilevato l'esistenza di un potere d'acquisto „eccezionale“, che avrebbe permesso di strappare ai fornitori dei prezzi che nessun altro acquirente avrebbe potuto pretendere, rendendo l'ingresso sul mercato della distribuzione più difficile per i potenziali concorrenti (§ 133 s.).

comunque avere l'effetto di pregiudicare la concorrenza (in particolare, di prestazione) fra offerenti³.

2 *La pratica discriminatoria a danno dei concorrenti dell'impresa che detiene potere verticale della domanda*

Ci si chiede ora se una cautela equiparabile debba essere pretesa dalle imprese che detengono un potere della domanda *esclusivamente* verticale. Si intende più precisamente verificare l'eventuale portata pregiudizievole per il gioco concorrenziale di concessioni dirette od indirette (sconti, prestazioni accessorie, ecc.)⁴ di cui beneficiano acquirenti in posizione di potere relativo, ma dalle quali sono escluse imprese che godono di un potere minore nei confronti di quella specifica controparte.

La concessione di condizioni di vendita differenziate ad acquirenti che non detengono alcuna posizione dominante è diffusa nel contesto delle relazioni fra produttori e distributori commerciali. Si è già ricordato che, indipendentemente dalla quota di mercato dell'approvvigionamento detenuta, il fatto di assorbire una percentuale non insignificante della produzione di un singolo offerente, in presenza di mercato dei compratori, fa sì che l'impresa domandante detenga dei margini di azione nei confronti della controparte a monte, che può sfruttare per pretendere dalla stessa condizioni migliori di quelle offerte ai concorrenti i quali smerciano una frazione inferiore della produzione della medesima impresa⁵.

³ Cfr. per tutti H.KÖHLER, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, ZHR-Beiheft, Heidelberg 1979, in part. p. 11 ss. Il tema, che esula dai circoscritti obiettivi del presente lavoro, è estremamente dibattuto. Quello che in ogni caso mi pare inaccettabile è ritenere che l'unica cosa di cui tenere conto, ai fini della valutazione antimonopolistica dell'esercizio di potere dell'impresa che domina il mercato dell'approvvigionamento, sia il risparmio di costi ottenuto dagli acquirenti, poi (eventualmente) passato ai consumatori, v. per una tale opinione fra gli altri P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, cit., p.15 s., p.27ss., ecc. La concorrenza sul lato della domanda *merita*, come spero possa emergere anche dal presente lavoro, una considerazione ben maggiore di quella che un'analisi condotta utilizzando concetti tipo «benessere del consumatore» è in grado di riconoscerle.

⁴ Quest'ultima „might embrace any difference in the way a supplier treats different customers...because each element of a transaction or relationship has a theoretical monetary equivalent“, cfr. P.A.AREEDA, L.KAPLOW, *Antitrust Analysis*, 1988, § 601b.

⁵ Fenomeno evidenziato già da A.SÖLTER, *Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage*, in WuW 1968, p. 321.

Pratiche di differenziazione degli acquirenti in senso stretto sono invece molto rare nel contesto dei rapporti di subfornitura industriale. Tale circostanza può venire agevolmente spiegata considerando che a differenza del produttore, il quale tratta con numerosi acquirenti-rivenditori, cui vende articoli largamente⁶ omogenei, il subfornitore industriale produce di regola per pochi acquirenti, ad ognuno dei quali fornisce un bene dalle caratteristiche peculiari, realizzato spesso utilizzando delle conoscenze trasmesse dagli stessi committenti. Il difficile (se non impossibile) raffronto fra le prestazioni realizzate dal subfornitore a favore dei diversi acquirenti, nonché il titolo di proprietà di frequente vantato dal committente sulle conoscenze cui fa ricorso il subfornitore, fanno sì che il potere verticale dell'acquirente non si espliciti solitamente nella pretesa da parte del fornitore di un trattamento differenziato in senso stretto⁷.

3 *Mercato dei compratori e pregiudizio alla capacità concorrenziale delle imprese discriminate*

L'interesse è dunque rivolto alle pratiche di discriminazione a danno dei concorrenti dell'impresa che detiene potere verticale della domanda⁸. Non ci si occupa invece della concessioni di condizioni di acquisto differenziate imputabili esclusivamente alla politica commerciale dell'offerente⁹.

⁶ Salvo il caso del produttore-subfornitore commerciale del quale si è detto nell'Introduzione, in part. alla nota 53.

⁷ Le pratiche di sfruttamento a danno del subfornitore possono tuttavia incidere sulla posizione concorrenziale dei concorrenti di chi esercita potere della domanda su *altri* mercati, si pensi ad es. ad un accordo in base al quale un subfornitore si vincola ad utilizzare nel processo di fabbricazione esclusivamente bulloni prodotti da una controllata del committente. Tali pratiche verranno tuttavia analizzate per il loro *diretto* contenuto impedente nei capitoli successivi (anche H.-M.GECK/G.PETRY, *Nachfragemacht gegenüber Zulieferern*, cit., p. 69 le inquadrano nella categoria del *Behinderungsmißbrauch*) e solo *indirettamente* dal punto di vista della tutela dei concorrenti su mercati terzi.

⁸ Si tratta dunque di pratiche di discriminazione c.d. passiva, espressamente oggetto di attenzione da parte del legislatore tedesco, come si vedrà nella II Parte del lavoro.

⁹ Mentre il produttore di marca è spesso costretto a cedere nei confronti dei distributori dotati di potere di contrattazione, è infatti proprio nella trattativa con i distributori più deboli che riuscirà a sfruttare appieno il *goodwill* del marchio notorio. Mi pare che sia da ritenere una decisione di politica commerciale *dell'offerente* anche quella di privilegiare una particolare formula distributiva (ad es., il commercio specializzato) rispetto ad un'altra (ad es., *discount*). Nella pratica di differenziazione messa in atto dal produttore potrà eventualmente vedersi un abuso del potere di mercato (od, eventualmente, solo relativo) dell'offerente.

Nel momento in cui il fornitore concede condizioni preferenziali ad un acquirente che detiene potere economico solo relativo (prescindendo per ora dalla questione se tale trattamento differenziato sia o meno *giustificato*) si deve constatare che il pregiudizio alla capacità concorrenziale dei concorrenti risulta in molti casi di lieve entità.

Va innanzitutto notato che la condizione della sovrapproduzione, la quale, assieme alla percentuale della produzione assorbita, è all'origine del potere relativo dell'acquirente-distributore, viene più fortemente patita dai prodotti omogenei, scarsamente innovativi (o anche, semplicemente, poco differenziati). Sono loro a dovere lottare per trovare un posto sullo scaffale dei distributori, mentre una difficoltà inferiore incontrano quei prodotti la cui fama sia affermata. Ma proprio nella misura in cui si tratta di prodotti omogenei, in una situazione di mercato dei compratori, i concorrenti dell'acquirente relativamente dominante, ai quali si vorrebbe fare pagare appunto un prezzo superiore¹⁰, non dovrebbero subire alcun danno rilevante alla propria capacità imprenditoriale, data la possibilità di rifornirsi di prodotti alternativi largamente equivalenti¹¹.

4 *Segue: La discriminazione delle condizioni di acquisto dei prodotti dal marchio notorio*

Il potere verticale della domanda può essere tuttavia esercitato anche nei confronti di produttori che dispongono di marchi notori. Confrontati con il prestigio della specifica marca, i distributori possono a loro volta fare leva sulla disponibilità di svariati prodotti contrassegnati da marchi che godono di una celebrità paragonabile e sul successo dei prodotti venduti sotto il proprio marchio¹² per imporre alla controparte di praticare un trattamento discriminante a danno dei propri diretti concorrenti¹³.

¹⁰ Sull'eventualità che la concessione di un prezzo differenziato rimanga segreta, v. oltre, a p.36

¹¹ Non è realistico immaginare che il distributore *solo* relativamente dominante ottenga un trattamento di favore da tutti, e nemmeno dalla maggioranza di fornitori di un certo bene.

¹² V. sopra, a p. 26.

¹³ La riunione di quelle due condizioni rende infatti credibile per il produttore di beni di marca la minaccia di espulsione dall'assortimento.

Nei confronti dei beni c.d. di marca, l'elasticità di sostituzione¹⁴, la quale esprime la surrogabilità di una marca di prodotto nell'assortimento al variare delle condizioni di acquisto della stessa, è in effetti bassa. Nel momento in cui il distributore riconosce un valore superiore ad un determinato prodotto a causa della sua particolare notorietà presso i consumatori, la diminuzione del margine commerciale (= aumento del prezzo pagato) non comporta l'abbandono dello stesso a favore di un altro¹⁵.

Il pregiudizio subito dai concorrenti discriminati nell'ipotesi qui considerata può apparire talvolta sensibile, soprattutto se si trovano in una fase in cui la loro presenza sul mercato deve ancora essere pienamente consolidata. Nel momento in cui il prodotto in questione gode di rinomanza fra i consumatori, l'esclusione dal proprio assortimento oppure la presenza dello stesso a condizioni non concorrenziali può infatti ripercuotersi sui profitti (i consumatori cambiano il luogo dove effettuano gli acquisti) o sull'immagine dell'impresa (l'impresa non è in grado di distribuire la marca prestigiosa, ed i consumatori deducono da una tale circostanza che il marchio e l'insegna distributive non possono essere tali¹⁶).

Si consideri tuttavia che se l'acquisto è stato fatto a condizioni poco vantaggiose, il distributore concorrente può sempre offrire il bene ad un prezzo basso, rinunciando totalmente al margine pur di non subire un pregiudizio alla propria immagine. Appena avuto sentore della perdita di notorietà del prodotto, il distributore non esiterà dunque a toglierlo dallo scaffale, sostituendolo con un altro dai margini commerciali più allettanti. Va inoltre considerato che la condizione della sovracapacità assicura al distributore, anche a quello di dimensioni ridotte, una forza di contrattazione che altrimenti non avrebbe, e gli permette di approfittare (indirettamente) dell'esercizio di potere verticale della domanda detenuto dagli altri distributori¹⁷. Infatti, si osserva che le condizioni

¹⁴ Sul concetto di elasticità di sostituzione v. in part. R.STEINER, *How Manufacturers Deal with the Price Cutting Retailers: When are Vertical Restrictions efficient?*, *Antitr.L.J.* 1997., p.409.

¹⁵ Al contrario, quando i prodotti sono fra loro omogenei, la presenza nell'assortimento di un distributore dipende essenzialmente dal margine commerciale che quest'ultimo riesce a realizzare. In quei casi si può dunque affermare che l'elasticità di sostituzione è elevata: ad una minima diminuzione del margine commerciale il distributore non esita a sostituire il prodotto A, diventato *meno* interessante, con quello B, per lui maggiormente conveniente.

¹⁶ Normalmente, però, data la presenza di svariati marchi notori fra loro equivalenti, il distributore può contare nel proprio assortimento almeno alcuni di quelli.

¹⁷ P.ARHEL, *Les pratiques discriminatoires* (I parte), *Revue de la Concurrence et de la Consommation* 1992, p. 40.

privilegiate ottenute da alcuni acquirenti in tempi contenuti vengono spesso estese agli altri domandanti¹⁸. Solo fino a quando la concessione delle condizioni privilegiate rimane segreta¹⁹, il domandante è in grado di approfittare appieno dei margini di manovra goduti nei confronti delle imprese a monte. Maggiore è il numero e l'eterogeneità degli „osservatori“, in particolare di imprese domandanti, più probabile sarà dunque che quella concessione venga invece svelata e più veloce l'estensione di condizioni equivalenti alle altre imprese²⁰.

Infine, la dannosità del trattamento differenziato nei confronti dei concorrenti potrebbe venire *ulteriormente* ridotta se sul mercato dell'offerta ai consumatori vi è una concorrenza sufficiente, che costringe a passare il margine ottenuto ai consumatori, nella forma di sconti, e i vantaggi ottenuti dal domandante non si trasformano perciò in un miglioramento costante del proprio reddito²¹.

5 *La tesi che vede nel trattamento differenziato il riconoscimento di una particolare prestazione fornita dall'acquirente*

Secondo un'autorevole opinione²², neppure nell'ipotesi in cui il pregiudizio per i concorrenti di chi detiene potere verticale della domanda si riveli significativo, la pratica di differenziazione degli acquirenti dovrebbe essere vietata ai sensi della legislazione antimonopolistica²³. Si potrebbe infatti ragionevolmente supporre che, normalmente, la differenziazione di condizioni offerte dai produttori ai distributori sia dovuta alle diverse capacità concorrenziali sul mercato dell'approvvigionamento da questi ultimi dimostrata.

18 Come ammette pure V. A. SÖLTER, *Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage*, cit., p. 321. Cfr. anche MONOPOLKOMMISSION, «*Mißbräuche der Nachfragemacht*», cit., fra l'altro a p. 43 (nm 84)

¹⁹ Con ciò non si mette tuttavia in discussione l'importanza di tutelare la c.d. *Geheimwettbewerb*.

²⁰ Quanto appena osservato rappresenta credo, una ulteriore ragione per tutelare la dimensione strutturale della concorrenza sul lato della domanda, in particolare attraverso una coerente applicazione della normativa (esistente) in tema di controllo delle operazioni di concentrazione.

²¹ *Monopolkommission*, «*Mißbräuche der Nachfragemacht*», cit., p. 145.

²² Mi riferisco in part. alla *Monopolkommission* tedesca, ed alle tesi esposte nel XXIII Parere Straordinario «*Marktstruktur und Wettbewerb im Handel*», già più volte citato (sul quale mi pare evidente l'influenza del lavoro di W. KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, anch'esso già menzionato).

Il trattamento differenziato sarebbe in una tale ipotesi non solo giustificato, ma andrebbe considerato parte integrante ed imprescindibile della dinamica concorrenziale²⁴.

In termini più generali, fra i distributori vi sarebbe una concorrenza *di prestazione* (offerta alle imprese a monte), che premia appunto, attraverso la concessione di condizioni di acquisto migliori di quelle offerte agli altri domandanti, l'impresa che si rivela più efficace ed innovativa delle altre. Le imprese meno capaci sono invece sanzionate attraverso l'esclusione dalle condizioni vantaggiose. Vietare la differenziazione fra acquirenti significherebbe di conseguenza pregiudicare un tale meccanismo (a pieno titolo) concorrenziale.

Dovendosi ora confrontare con quest'ultima opinione, va innanzitutto notato che l'esistenza di una concorrenza di prestazione sul lato della domanda è tutt'altro che scontata. Secondo la teoria del prezzo, innanzitutto, la rivalità fra acquirenti avrebbe esclusivamente la natura di una competizione fra le imprese al fine di garantirsi la fornitura di un certo bene attraverso la formulazione di offerte di acquistare ad un prezzo più elevato di quello proposto dai concorrenti²⁵. Non può tuttavia sfuggire che la modalità di competizione fra acquirenti appena descritta presuppone che sul lato dell'offerta vi sia scarsità di beni, vale a dire una situazione caratterizzata dall'impossibilità che vengano soddisfatte tutte le richieste formulate (c.d. mercato dei venditori). È *esclusivamente* in quel caso che fra i domandanti si instaura un'asta: per ottenere il bene essi sono costretti ad offrire più degli altri. Il prezzo unitario non diminuisce a seconda della quantità acquistata, perché l'impresa offerente è comunque sicura che riuscirà a vendere tutto quanto ha prodotto. Non sarà dunque normalmente²⁶ invogliata a concedere sconti od altre condizioni

²³ Lo stesso varrebbe per le pratiche di sfruttamento che colpiscono *direttamente* la controparte dipendente.

²⁴ La debolezza della forza di contrattazione di singoli produttori, e la conseguente esistenza di margini di contrattazione della controparte, sarebbero dunque, a detta della MONOPOLKOMMISSION, *Marktstruktur und Wettbewerb im Handel*, cit., da ricondurre essenzialmente ad una insufficiente capacità nel proprio ambito di attività (p.133) e sarebbe perciò la *normale* conseguenza dell'esistenza di concorrenza (p. 139).

²⁵ Il suo operare risulta evidentemente vantaggioso per le imprese collocate sul mercato a monte ma non per gli altri attori economici, in quanto fa sì che venga mantenuto *alto* il prezzo d'acquisto dei beni che, sia le imprese collocate su mercati intermedi, sia i consumatori finali, devono pagare.

²⁶ Salvo nel caso in cui i costi della transazione (ad es., dovuti all'opportunismo) siano particolarmente elevati.

favorevoli a quella impresa in grado di assorbire una parte consistente della propria produzione.

La fattispecie qui esaminata è invece caratterizzata da sovracapacità: i beni sono prodotti in quantità più che sufficiente per soddisfare le richieste di tutti i domandanti. Nel momento in cui l'offerta supera la domanda, le imprese acquirenti non si trovano costrette ad offrire più dei concorrenti per ottenere la merce, ma si può ragionevolmente supporre che la rivalità fra esse non venga meno. In situazioni siffatte, la competizione fra domandanti ha appunto ad oggetto l'ottenimento di condizioni di acquisto *migliori* di quelle concesse agli altri acquirenti²⁷.

6 Segue: Il meccanismo di premio/sanzione

La concorrenza fra acquirenti sarebbe di conseguenza non di prezzo ma bensì di prestazione: avrebbe in particolare ad oggetto l'innovazione di uno o più di quegli aspetti della attività dei distributori normalmente vagliati dai produttori nell'ambito della scelta dei propri canali distributivi²⁸. Il distributore ha interesse a migliorare la capacità attrattiva nei confronti dei produttori²⁹, in quanto, se ha successo, viene di regola premiato attraverso la concessione di condizioni particolarmente favorevoli, dalle quali sono appunto esclusi i concorrenti meno capaci³⁰.

La vivace concorrenza fra offerenti avrebbe infatti condotto ad una situazione per cui anche la scelta dei canali distributivi è operata con grande attenzione: il produttore ha interesse ad optare per la modalità di smercio che più

²⁷ V. Comm.CE «Sulphuric Acid Association» GUCE 1980 L260/24, in part. § 31 ss, in cui si è riscontrata l'esistenza di una restrizione della concorrenza nel fatto che alle imprese venisse impedito di prodigarsi al fine di ottenere dal fornitore delle *condizioni più convenienti* di quelle garantite all'associazione alla quale appartenevano.

²⁸ W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen*, ORDO 1991, p.334 s., menziona i seguenti aspetti :“ das Sortiment, die Geschäftsausstattung, der Standort, der Service, die Preisstellung,.. Umtauschrechte, Rücktrittsmöglichkeiten, Gewährleistungsansprüche“, nonché l'accesso ad un particolare tipologia di consumatori.

²⁹ Sul ruolo innovativo della distribuzione v. anche W.KIRCHHOFF, *Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge*, Köln, 1990, p. 335.

³⁰ *Monopolkommission*, «Marktstruktur und Wettbewerb im Handel», cit., p.132: «Der Bedeutungszuwachs der führenden Handelsunternehmen als Marktpartner ist allerdings nicht allein auf

gli appare promettente a seconda delle caratteristiche del proprio prodotto, operando dunque una selezione fra le diverse „prestazioni distributive“ offerte³¹. Il produttore che *prima* degli altri è in grado di riconoscere la superiorità (relativa) di un particolare canale distributivo, risulterà a sua volta avvantaggiato nella lotta concorrenziale con i propri diretti concorrenti³².

La concorrenza di prestazione sul lato della domanda e la particolare capacità imprenditoriale dimostrata da alcune imprese nel fornire determinati servizi alle imprese a monte potrebbero di conseguenza spiegare il trattamento differenziato e privilegiato goduto da alcuni acquirenti nei confronti di altri, senza che in esso possa vedersi l'esercizio di potere economico. Nella misura in cui nel trattamento di favore³³ vi è il riconoscimento di una particolare capacità imprenditoriale della controparte, non si dubita che la pratica in questione sia del tutto conforme alla tutela della funzionalità del gioco concorrenziale.

7 Limiti della concorrenza di prestazione sul lato della domanda

La circostanza che le imprese di distribuzione si differenzino non solo dal punto di vista del consumatore³⁴, ma anche da quello del *produttore* e l'esistenza di un rapporto concorrenziale di prestazione fra acquirenti sul lato della domanda appaiono in effetti difficilmente contestabili. Il settore della distribuzione al

das gestiegene Nachfragevolumen zurückzuführen, sondern ist auch Folge ihrer zumeist hohen absatzwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit».

³¹ W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen*, cit., 332 ss.

³² „So regt der innovative Vorstoß auf der Handelsstufe zugleich den evolutionären Wettbewerb auf der Stufe der Industrie an“, ancora W.Kerber, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen*, cit., 335.

³³ Il meccanismo di premio/sanzione descritto nel testo, come noto, è stato ampiamente studiato. La realizzazione dell'innovazione richiede l'impiego di risorse ed implica un rischio, perciò lo sforzo innovativo deve venire ricompensato. La ricompensa può consistere nel riconoscimento di un diritto esclusivo temporaneo di utilizzare l'invenzione *oppure*, così come nelle ipotesi delle quali qui ci si occupa, nell'ammettere che venga esercitato un certo potere nei confronti dei concorrenti, attuali o potenziali.

³⁴ La differenziazione delle formule distributive esclusivamente dal punto di vista del consumatore, proposta da una recente pronuncia giurisprudenziale statunitense, ha ad es. identificato il mercato rilevante con quello dei grandi superfici specializzate nella vendita di materiale da ufficio deperibile, v. *Federal Trade Commission v. Staples Inc. and Office Depot Inc.*, in part. ivi il testo che precede il riferimento alla nota 11.

dettaglio è contraddistinto da un forte dinamismo³⁵ che ha portato allo sviluppo di nuove formule distributive, ma anche ad una profonda revisione della suddivisione verticale dei compiti lungo la catena dell'approvvigionamento³⁶. Molte delle innovazioni che si sono prodotte negli ultimi anni (delle quali hanno approfittato anche i consumatori, e non solo attraverso l'abbassamento dei prezzi di vendita al dettaglio) sono direttamente ascrivibili al rapporto concorrenziale fra acquirenti volto ad ottenere dalla controparte a monte delle condizioni d'acquisto migliori di quelle concesse ai propri concorrenti (e non solo dunque ricollegabili all'operare della c.d. *secondary line competition*). Del tutto legittima appare dunque la preoccupazione di assicurare ad una tale dimensione (concorrenziale) una consapevole tutela, soprattutto, mi pare, in occasione di operazioni di concentrazione fra imprese di distribuzione.

La tesi di chi vede in *ogni* manifestazione di trattamento differenziato³⁷ il riconoscimento della capacità innovativa (= innovazione di un aspetto della prestazione distributiva offerta ai fornitori) detenuta da particolari distributori mi sembra invece difficilmente accettabile. La condizione della sovracapacità sul lato della domanda, alimentata dalla estrema differenziazione fra prodotti, mette talvolta in primo piano un'elementare preoccupazione del produttore: trovare, in tempi brevi, degli acquirenti disposti ad assorbire il quantitativo più vasto di beni. In altri termini, la semplice entità del quantitativo acquistato è non di rado la più importante misura della *prestazione* che i concorrenti sul lato della domanda offrono alle imprese a monte, e che queste ultime onorano attraverso la concessione di condizioni particolarmente vantaggiose. Se gli offerenti fossero meno assillati dalla preoccupazione degli sbocchi (prima ancora che delle *vendite* sul mercato finale), più agevole sarebbe invece riconoscere nella differenziazione delle condizioni offerte agli acquirenti *esclusivamente* il funzionamento del meccanismo di premio-sanzione proprio della concorrenza di prestazione. La condizione della sovracapacità (sul lato dell'offerta) ed il fenomeno della concentrazione degli sbocchi (sul lato della domanda), pur non pregiudicandone

³⁵ Cfr. in part. l'analisi del settore della distribuzione al dettaglio che emerge da *London Economics, Competition in Retailing*, Research Paper 13, Office of Fair Trading, London 1997, p.12 ss.

³⁶ Si è già parlato, ad es., del fenomeno dei marchi della distribuzione.

³⁷ Nei confronti dei concorrenti di chi esercita potere della domanda.

la funzionalità, rendono quel meccanismo tuttavia meno efficace di quanto l'opinione qui esaminata sembri disposta ad ammettere³⁸.

8 Concorrenza di prestazione sul lato della domanda e processo di apprendimento

Il radicalismo addebitato alla tesi che vede in *ogni* episodio di trattamento differenziato il riconoscimento della capacità innovativa di particolari distributori può essere tuttavia mosso da almeno due concrete e (in parte) condivisibili preoccupazioni. La prima va ricondotta all'esigenza di salvaguardare la concorrenza di prestazione sul lato della domanda da interventi esterni che, a causa delle peculiarità dei processi innovativi, potrebbero solo raramente rivelarsi opportuni.

Il processo attraverso il quale le innovazioni emergono e si sperimentano è necessariamente costellato di tentativi, errori, revisioni, ecc³⁹. Le imprese formulano un'*ipotesi* circa il modo migliore di soddisfare le preferenze dei consumatori. Esse non sanno «what will work best»: si provano diverse strategie, e col tempo alcune vengono adottate ed altre invece scartate⁴⁰. I consumatori, che costituiscono la realtà del mercato, forniscono alle imprese la *verifica* pur *imperfetta* della ipotesi da loro formulata⁴¹.

Si verifica dunque spesso che quella che al produttore è sembrata una prestazione da premiare con un trattamento privilegiato, alla prova del mercato non si è rivelata tale, e la differenziazione delle condizioni concesse può dunque

³⁸ Di questo avviso mi pare anche W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse*, cit., p. 334 nel momento in cui fra le varie condizioni „für diesen wettbewerblichen Prozeß der Schaffung neuen Wissens über die Verbesserung von Vertriebsleistungen“ menziona l'assenza „der wirtschaftlichen Macht der Marktgegenseite“ (corsivo mio).

³⁹ Come è inevitabile per ogni processo di *vero* apprendimento.

⁴⁰ Cfr. R.NELSON, S.G.WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, 1982, p. 399.

⁴¹ S.G.WINTER, *On Coase, Competence and Corporation*, in WILLIAMSON/WINTER (editori), *The Nature of the Firm*, New York, Oxford, 1991, p.191. Infatti, se il profitto è il più importante „informational feedback“ per l'organizzazione economica, bisogna però tenere presente, come è stato giustamente notato, che esso „premia“ o „punisce“ l'intera organizzazione e non le sue singole componenti (ad es., il fatto che il produttore abbia aumentato le vendite può essere attribuito con sicurezza alla scelta di un determinato canale distributivo ?), cfr. G.DOSI, R.R.NELSON, *An introduction to evolutionary theories in economics*, *J.of Evolutionary Economics* 1994, p. 156. A ciò va aggiunto che i consumatori, a causa della loro conoscenza imperfetta, fra l'altro in ordine alle caratteristiche dei prodotti offerti, formulano delle decisioni d'acquisto tutt'altro che ottimali e, soprattutto, soggette a continua revisione, cfr. F.DENOZZA, *Antitrust*, Bologna 1988, in part. p. 146ss.

sembrare nel caso concreto *ex-post* ingiustificata⁴². Un controllo sulla ragione per cui si è concesso un trattamento differenziato, inteso a distinguere fra pratiche ricollegabili al solo esercizio di potere economico e pratiche che onorano invece una specifica, anche se impalpabile, „controprestazione“ potrebbe dunque porre un freno ad un tale processo di sperimentazione, che deve invece rimanere il più vasto possibile.

9 Il „filtro“ della distribuzione nei confronti delle innovazioni dei produttori

La seconda preoccupazione forse all'origine della generalizzazione che caratterizza la tesi qui in esame (generalizzazione sopra, al paragrafo 0, criticata) attiene ad una ulteriore peculiarità dei processi concorrenziali di prestazione su e fra mercati verticalmente distinti.

Andrebbe infatti considerato che i distributori possono anche *sbagliarsi* nelle loro decisioni di composizione dell'assortimento⁴³, perché dispongono di una conoscenza *limitata* circa quali prodotti, fra tutti quelli offerti, siano veramente i migliori. Vi sarebbe dunque il rischio, reso sempre più incombente a seguito dei processi di concentrazione sul lato della domanda⁴⁴, che il prodotto non venga selezionato dai distributori e non possa venire sottoposto alla verifica di mercato (consumatori). Nella pratica discriminatoria potrebbe essere visto il tentativo dell'impresa che ha sviluppato un nuovo prodotto di vincere le (*legittime*) resistenze della controparte attraverso la concessione di condizioni particolarmente attraenti che attesterebbero la disponibilità ad assumersi parte del rischio legato al lancio del prodotto sul mercato. In quel modo il produttore si finanzierebbe un test di mercato per i propri prodotti⁴⁵.

L'argomento appena esposto non appare del tutto convincente. Esso può, fra l'altro, venire agevolmente riformulato in modo tale da giungere ad una conclusione diametralmente opposta: l'impresa distributiva non si fa convincere

42 Poiché il soggetto economico si trova ad esercitare "action according to opinion" (KNIGHT, THEORY OF KNOWLEDGE, 1921, p.199), la sfera soggettiva risulta infatti inaccessibile all'osservatore esterno. Cfr. sul punto anche U.WITT, *Wirtschaft und Evolution*, in *WiSt* 1994, p. 504.

43 Collocando sui propri scaffali prodotti che non sarebbero stati scelti dai consumatori se si fosse presentata loro l'alternativa „scartata“ dal distributore.

44 Sopra, p.22.

45 W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen*, cit., 334s..

spontaneamente a trattare un certo prodotto perché *sa* (facendo appunto ricorso alla sua imprenditorialità), che il gruppo numericamente preponderante dei propri clienti ha delle preferenze diverse e il suo acconsentire a trattare i prodotti generalmente meno graditi (indirizzati, comunque, alla minoranza) dipende esclusivamente dalle prospettive di guadagni dai quali i concorrenti sarebbero in ogni caso esclusi⁴⁶

10 Conclusioni: Salvaguardia del processo innovativo sul lato della domanda v. tutela del concorrente dal pregiudizio alla propria capacità concorrenziale

La considerazione della *prima* delle peculiarità della concorrenza di innovazione nel contesto delle filiere, di cui si è appena detto, unita a quanto precedentemente accertato in merito alla normale tenuità del pregiudizio concorrenziale subito dai concorrenti discriminati⁴⁷, credo che in effetti scongiuri di vietare le pratiche che abbiano *solo* quell'effetto. Ad una conclusione diversa si potrebbe tuttavia giungere se si pervenisse ad identificare il modo, senza pregiudicare la concorrenza di prestazione nell'accezione identificata, di isolare le pratiche di differenziazione che hanno il *solo* scopo di assicurare alla parte beneficiata delle condizioni migliori di quelle offerte ai concorrenti. Vale a dire, non si sanziona tanto la pratica di differenziazione, bensì la circostanza che il domandante abbia fatto in modo che i suoi concorrenti non possano ottenere condizioni altrettanto vantaggiose da quello specifico offerente⁴⁸.

Diversa dovrà invece essere la valutazione quando l'effetto discriminatorio si accompagni ad una pratica di sfruttamento a danno

⁴⁶ Il problema del filtro delle innovazioni sul mercato a monte rappresentato dalle condizioni del mercato intermedio è invece sicuramente reale e preoccupante dal punto di vista della tutela della funzionalità della concorrenza, come si evidenzierà sotto, in part. p. 72 s. e p.124.

⁴⁷ La discriminazione dell'acquirente è tanto più grave quanto importante sul relativo mercato è il prodotto la cui fornitura gli viene negata. Nelle ipotesi più *pregiudizievoli* per l'acquirente si può dunque verificare se non vi sia un abuso di posizione dominante dell'offerente.

⁴⁸ Di questo tipo potrebbero essere ad esempio le clausole di migliore trattamento, come mi pare sostenga W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p. 395. V. anche H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., p.29.

dell'impresa dipendente, nella quale si ritenga di individuare un pregiudizio al gioco concorrenziale⁴⁹.

⁴⁹ Come ad esempio si concluderà in relazione alle clausole di migliore trattamento, menzionate alla nota precedente, nel momento in cui l'impresa offerente tenuta a non concedere condizioni migliori sia dipendente dal domandante, v. sotto, p. 72.

II CAPITOLO

SULLA RILEVANZA ANTIMONOPOLISTICA DELLE PRATICHE DI *SFRUTTAMENTO* A DANNO DELL'IMPRESA OFFERENTE

1 *Introduzione*

Si è visto nel capitolo precedente che chi detiene potere verticale della domanda lo esercita talvolta per imporre alla controparte di trattare in modo discriminatorio gli altri acquirenti. Il potere di cui qui si tratta è tuttavia più spesso all'origine di quella che viene da alcuni eloquentemente definita la *spillatura*¹ della controparte, vale a dire il trasferimento di *vantaggi* (soldi, opportunità, ecc.) dall'offerente al domandante, senza che sia prevista alcuna controprestazione.

Diffusa è l'opinione che non vi sarebbe di regola alcuna necessità per il diritto *antitrust* di intervenire nei confronti delle pratiche di sfruttamento della controparte a monte: si tratterebbe di una semplice lotta fra le imprese verticalmente ordinate al fine di accaparrarsi la fetta più ampia di margine (commerciale). Poiché danno luogo semplice ad un trasferimento di ricchezza *fra imprese*, pur dannose per chi soccombe in una tale lotta, esse non pregiudicherebbero in modo rilevante la funzionalità della concorrenza².

Vi sarebbero tuttavia ulteriori, specifiche ragioni per non intervenire nei confronti delle pratiche di spillatura *proprio* quando la loro esistenza sia ricollegabile all'esistenza di sovracapacità ed all'effettuazione di investimenti irreversibili, e dal confronto con queste ultime ritengo opportuno iniziare.

¹ Dal tedesco *anzapfen*, spillare (botti, denaro, ecc.)

² Questa è in part. l'opinione dell'economia „ortodossa“

2 *La tesi che giustifica la spillatura del fornitore per il motivo che contribuisce al riallineamento dell'offerta con la domanda*

Secondo una specifica opinione, l'*obiettivo* della riduzione della sovracapacità produttiva giustificerebbe la spillatura dei fornitori. Più precisamente, il divieto delle pratiche messe in atto da domandanti che sfruttano in particolare l'esistenza di un c.d. mercato dei compratori a danno della controparte produrrebbe ben più danni che benefici, perché l'esercizio del potere del domandante in quell'ipotesi contribuirebbe al processo *concorrenziale*, di adattamento fra offerta e domanda. L'esercizio di potere della domanda in un tale situazione, e cioè lo sfruttamento dei margini di manovra nei confronti dei produttori, non può rappresentare *di per sé* un problema di diritto *antitrust*, perché contribuisce a ridurre la sovracapacità produttiva, ed è perciò conforme alla funzione concorrenziale di aggiustamento fra domanda ed offerta³.

La natura concorrenziale delle pratiche di spillatura viene argomentata nel modo seguente. I distributori maggiormente intraprendenti sarebbero in grado di individuare prima degli altri le condizioni d'acquisto vantaggiose, offerte dai fornitori più capaci ed efficienti, alle quali i relativi concorrenti sarebbero costretti ad allinearsi. Le pressioni sul prezzo esercitate dai domandanti nei confronti dei fornitori meno capaci, nel momento in cui danno luogo all'uscita dal mercato di questi ultimi, contribuiscono ad una riduzione della sovracapacità produttiva, facendo contemporaneamente in modo che la produzione venga realizzata dalle sole imprese efficienti⁴. In una formula: chi subisce le pratiche di spillatura della controparte, dovrebbe imputare una tale circostanza alla propria mediocre riuscita imprenditoriale⁵.

L'individuazione dell'impresa offerente più capace sarebbe dunque un modo attraverso il quale l'acquirente esplicita la propria imprenditorialità. Così

³ Cfr. E.KATZENBACH, in *Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, FIW-Schritreihe (collana), Heft (quaderno) 116, p.20; R.LADEMANN, *Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelspezifische Sektoralisierung* ?, cit., p.501: «Gerade die Marktlage...spiegelt einen marktwirtschaftsimmanenten Anpassungsprozeß wider, der mit wettbewerbspolitischen Mitteln nicht reguliert werden kann», nonché la Monopolkommission, riferimenti nelle note seguenti.

⁴ MONOPOLKOMMISSION, *Marktstruktur und Wettbewerb im Handel*, cit., p.138.

⁵ «Auf der Seite der Herstellerunternehmen besitzen insbesondere die weniger leistungsfähigen Produzenten kaum Verhandlungsspielräume gegenüber den großen Handelsunternehmen», MONOPOLKOMMISSION, *Marktstruktur und Wettbewerb im Handel*, cit., p.133.

come il consumatore finale sceglie il bene più gradito fra quelli offerti in conformità alle proprie personali preferenze, si potrebbe infatti ragionevolmente presumere che il distributore in concorrenza con altri distributori scelga, guidato dalla propria esperienza e dal proprio intuito, quali beni inserire nel proprio assortimento ritenendolo il modo per lui più conveniente di soddisfare le preferenze del più ampio numero di consumatori. Tra (tutti) i beni offerti dai produttori essi cercano più precisamente di indovinare quali fra essi meglio siano in grado di soddisfare le preferenze dei propri clienti. Il distributore avrà di regola interesse ad offrire un *mix* fra beni che si distinguono per la loro qualità e beni che gli permettono un conveniente margine commerciale⁶. Egli è dunque indubbiamente interessato a scoprire quali siano le imprese più capaci ed efficienti sul lato dell'offerta, ed in quel modo contribuisce alla loro selezione.

Si dubita tuttavia che la imprenditorialità dei distributori possa da sola contribuire in modo efficace all'adattamento dell'offerta alla domanda. Le imprese domandanti di piccole dimensioni non sarebbero di regola in grado di ottenere dei ribassi di prezzo, cosa che invece riesce possibile alle imprese che, proprio *grazie* alla consistenza della quantità domandata, sono in grado di esercitare una pressione verticale *sufficientemente forte* sulle controparti a monte da spezzarne il coordinamento oligopolistico fra loro altrimenti esistente⁷.

3 Sovraproduzione e concorrenza

Ad avviso di chi si riconosce nella tesi sopra brevemente ricordata, nelle ipotesi in cui l'acquirente riesce a spuntare dei prezzi bassi alla controparte senza ridurre la sua domanda, ma bensì talvolta ampliandola, nient'altro si tratterebbe dunque che di processi *concorrenziali* di adattamento fra offerta e domanda⁸. La sovrapproduzione viene (almeno implicitamente) associata al cattivo funzionamento della concorrenza: in una situazione di concorrenza perfetta il quantitativo prodotto sarebbe infatti *uguale* a quello domandato.

⁶ Il produttore di qualità non dovrebbe allora temere di non trovare sbocchi adeguati per i propri prodotti. Diversamente, il produttore non innovativo si dovrà assicurare la commercializzazione dei prodotti anche attraverso la concessione di sconti.

⁷ W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p. ?.

⁸ V. anche H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., p. 130 che lo ritiene un fenomeno «vorübergehend».

Non mi pare tuttavia corretto vedere nella sovrapproduzione di per sé considerata un indice di cattivo funzionamento della concorrenza⁹. Essa probabilmente è una conseguenza, indiretta e probabilmente non voluta dell'operare della concorrenza così come oggi la conosciamo¹⁰. Vi è poi una sovrapproduzione che si potrebbe chiamare endemica, che dipende dalla natura stessa dei beni in questione, in particolare quelli velocemente deteriorabili. Credo dunque che la sovrapproduzione debba essere *perlomeno* considerata un fenomeno di lungo periodo¹¹, anche a causa della sua capacità di autorinnovarsi¹².

Esistono peraltro sicuramente situazioni di sovracapacità imputabili ad un funzionamento della concorrenza tutt'altro che soddisfacente, si considerino ad esempio i mercati dei beni agricoli nell'Unione Europea, ma ciò corrisponde molto spesso ad una precisa (anche se distante dagli obiettivi cui tradizionalmente si ispira la disciplina antimonopolistica) volontà politica¹³. Si capisce dunque che proprio nel settore agricolo, caratterizzato dalla massiccia presenza di operatori di scarsa "efficienza", la cui sopravvivenza è assicurata non tanto dalla riuscita sul mercato ma dalla possibilità di usufruire di sovvenzioni, l'esercizio dell'imprenditorialità dell'acquirente-distributore, che cerca semplicemente di scoprire chi sia nonostante tutto in grado di offrirgli le condizioni di acquisto migliori, può venire vissuta come una grave minaccia¹⁴.

⁹ È facile fra l'altro rendersi conto che più ampia e variegata risulta la scelta, maggiore è la scelta, più i beni *scartati* sono numerosi.

¹⁰ Nonché dell'operare del sistema economico nel suo complesso. Cfr. in part. N.LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, II ed., Frankfurt am Main 1996 sulle conseguenze della sua relativa chiusura: fra l'altro, l'informazione sui prezzi non conterrebbe un *feedback* sufficiente circa le ripercussioni delle operazioni economiche sull'ambiente naturale (« die Wirtschaft (ist) strukturell auf Abweichung von gegebenen Zuständen eingestellt. (Sie verfolgt) Steigerungs- und Verbesserungsziele. Die gesellschaftsinternen Folgen dieser Dynamik sind kaum abzusehen», op.ult.cit., p. 169 s.).

¹¹ Cfr. per questa conclusione anche il *Bundeskartellamt*, *Tätigkeitsbericht* (=Rapporto sull'attività svolta nell'anno) 1979/80, p. 35..

¹² Sono tuttavia d'accordo con chi sostiene che non sia auspicabile un intervento di politica della concorrenza *ad hoc* nei confronti della sovrapproduzione, v. fra gli altri il più volte citato R.LADEMANN, *Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelsspezifische Sektoralisierung* ?, in part. p. 502.

¹³ Si pensi appunto alla politica di sostegno all'agricoltura praticata nell'ambito dell'Unione Europea, che risponde a scopi diversi (es., tutela dell'ambiente).

¹⁴ Esemplare a questo proposito è la vicenda della doppia etichettatura, che ha ravvivato la cronaca estiva francese dell'anno 1999. La *loi d'orientation agricole* del 9 luglio 1999 prevede all'art.71 che in previsione di crisi congiunturali il ministro dell'agricoltura e della pesca possa, in deroga al diritto (comune) della concorrenza, e su proposta delle organizzazioni sindacali o dei consumatori, rendere obbligatoria l'indicazione sul luogo di vendita del prezzo d'acquisto al produttore. Quella disposizione

Mi sembra dunque che non si possa elevare la riduzione della sovracapacità produttiva ad obiettivo del quale il diritto *antitrust* sia chiamato a farsi promotore avallando ogni sorta di spillatura messa in atto da imprese a valle¹⁵. Fondamentale, invece, è fare in modo che sia *soprattutto* la concorrenza orizzontale (di prezzo, di prestazione, ecc.) fra imprese a far sì che la produzione venga realizzata nel modo più soddisfacente possibile. Mi pare di conseguenza che, *se* di un coordinamento fra oligopolisti - produttori si può parlare (la condizione della sovracapacità nonché la presenza di un vasto numero di offerenti che offrono prodotti fra loro eterogenei sembrano però escluderlo) questo vada affrontato e combattuto direttamente, senza aspettare che sia il potere del domandante a smantellarlo.

4 *La tesi della funzione economica degli investimenti irreversibili a favore della controparte come condizione della transazione in condizione di incertezza*

Si è sostenuto che lo sfruttamento della dipendenza di una parte a vantaggio di un'altra, dipendenza che trova origine nella effettuazione di investimenti specifici, darebbe luogo esclusivamente ad un problema post-contrattuale, in relazione al quale il diritto *antitrust* propriamente inteso non avrebbe motivo di intervenire¹⁶. L'esercizio del potere della domanda, al di fuori

è stata emanata allo scopo di aumentare la trasparenza e dunque sensibilizzare i consumatori, i quali rendendosi conto dello sfruttamento cui sono soggetti gli agricoltori, dovrebbero prendere delle misure di ritorsione nei confronti dei distributori che se ne approfittano (forse sopravvalutando lo spirito di rettitudine di noi acquirenti). In applicazione di una tale disposizione, il Ministro competente il 13 agosto 1999 ha ordinato la doppia etichettatura per una serie di prodotti agricoli di cui quell'anno vi era stato un raccolto particolarmente abbondante, v. *Le Monde* del 14/8/1999. La misura si è rivelata nella pratica del tutto inefficace, se non nel sollecitare una tutt'altro che auspicata riflessione sugli effettivi vantaggi della politica europea di sovvenzione ai produttori agricoli.

¹⁵ Anticipando una conclusione che verrà esplicitata al III capitolo della I Parte, credo infine che, pur nell'eventualità che l'esercizio del potere della domanda possa contribuire a ridurre il divario fra offerta e domanda, tale esercizio non debba essere considerato legittimo nel momento quel risultato viene ottenuto pregiudicando la concorrenza di prestazione nel contesto della filiera.

¹⁶ Cfr. D.SCHMIDTCHEN, *Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit*, *ORDO* 1988, p. 129 s., il quale chiede anche in modo volutamente provocatorio „(...) ist es nicht Aufgabe unternehmerischer Findigkeit, eine Lösung für das Abhängigkeitsproblem zu finden?“. V. anche K.HEUCHERT, *Die Normadressaten des § 26, Abs.2 Satz 2 GWB - Eine ökonomische Analyse des Rechts*, Heidelberg 1987, p.111, il quale sostiene che compito del diritto antitrust sia garantire l'efficienza dei processi concorrenziali, anche se ciò può seriamente pregiudicare gli interessi di una singola impresa, mentre spetterebbe al diritto privato fare in modo che il pregiudizio subito non risulti insopportabile.

delle ipotesi in cui l'impresa detiene una posizione dominante, altro non sarebbe (semmai) che l'espressione di un difetto di coordinamento da eliminare, eventualmente, attraverso un miglioramento della cooperazione¹⁷.

Alla realizzazione di investimenti specifici andrebbe riconosciuta un'importante funzione economica, che l'incapacità delle parti in singoli casi concreti di difendere con efficacia i propri interessi non dovrebbe mettere in discussione. Il riconoscimento di quella funzione emergerebbe dalla consapevolezza della razionalità limitata dei soggetti economici. Si è più precisamente affermato che il problema alla cui soluzione la realizzazione di investimenti specifici aspira sarebbe quello dell'adattamento alle mutevoli circostanze dell'ambiente nell'ambito dei rapporti di durata¹⁸.

In estrema sintesi, l'argomentazione svolta è, credo, la seguente. Quando le circostanze dell'ambiente si trasformano, la relazione in corso fra le parti deve essere a sua volta modificata in modo da tenerne conto. Poiché le parti sono solo limitatamente razionali¹⁹ non è tuttavia possibile stilare dei contratti che tengano conto di tutte le circostanze potenzialmente verificabili. Inoltre, pur essendo

¹⁷ Nell'opinione di cui si parla nel testo è da leggersi la chiara influenza (soprattutto) della teoria economica dei Costi di Transazione. La suddetta teoria è, come noto, tradizionalmente associata ai lavori in particolare di Oliver Williamson, il quale avrebbe accolto l'invito di Richard Coase a studiare il mondo dei costi della transazione positivi. Quest'ultimo non esita peraltro a riconoscere, riferendosi al primo, che „transaction cost economics...is his creation“, R.H.COASE, *Coase on Posner on Coase*, *JITE* 1993, p.98.

La Teoria dei Costi della Transazione si dedica essenzialmente allo studio delle conseguenze ascrivibili ad una delle cause della imperfetta sostituibilità fra soggetti economici, cioè la realizzazione di investimenti irreversibili, sia di capitale che umani, (O.E.WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, cit., p. 240, parla a questo proposito di „idiosyncratic transactions“). Quella teoria si inserisce nell'ambito di un approccio c.d. istituzionale allo studio dei fenomeni economici. Le istituzioni si sostiene, influenzano in modo sostanziale il comportamento concretamente assunto dagli agenti economici; inoltre, e forse ancora più importante, si ritiene di disporre di strumenti teorici per analizzarle ed integrarle nel modello economico, cfr. E.G.FURUBOTN, R.RICHTER, *The New Institutional Economics*, *JITE* 1984, p. 1 s. L'istituzione viene definita come «eine partielle, bestimmten Zwecken dienende, zu einer selbständigen Entwicklung gelangte Ordnung des Gemeinschaftslebens, die ...das individuelle Handeln oft über lange Zeit hinweg in eine bestimmte Richtung lenkt. Institutionen strukturieren insofern unser tägliches Leben und reduzieren Unsicherheit. Sie bestimmen, ökonomisch gesprochen, die Anreizstruktur der menschlichen Gesellschaft» (virgolette infraperiodo omesse), cfr. R.RICHTER, *Neue Institutionenökonomik*, *WiSt* 1995, p. 133.

¹⁸ O.E.WILLIAMSON, *The Evolving Science of Organization*, *JITE*, 1993, p. 46 ss.

¹⁹ "(Thus) economic agents...are able to receive, store, retrieve and process only a limited amount of information", O.E.WILLIAMSON, *Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach*, *U.of Pennsylvania L.R.* 1979, p.956.

ovviamente nell'interesse comune delle parti giungere ad un efficiente e veloce riallineamento delle rispettive posizioni che tenga conto delle nuove circostanze, la loro razionalità limitata potrebbe impedire o ritardare il raggiungimento di quel risultato. La contrattazione fra le parti, si nota, è da una parte *di per sé* costosa, e dall'altra difficilmente in grado di produrre dei risultati complessivamente efficaci a causa dell'opportunismo dei partecipanti²⁰. Infine, per il tempo necessario allo svolgimento della contrattazione, la transazione sarebbe „mal“ adattata al nuovo ambiente, situazione che di per sé darebbe luogo a degli ulteriori costi²¹. In una formula: le parti, a causa della loro razionalità limitata, non sarebbero in grado²² di disciplinare il loro rapporto in modo soddisfacente²³.

Tutto ciò considerato, si afferma, la soluzione più efficace di un tale problema economico, cioè quella che assicura la realizzazione del „gain from trade“ pur in presenza di costi di transazione che non permettono di ricorrere agli scambi anomimi di mercato, è quella che prevede la sostituzione del meccanismo di adattamento *spontaneo* (cioè tramite la contrattazione) con quello cooperativo o gerarchico, vale a dire con c.d. strutture di coordinamento (*governance structures*) delle quali fanno parte *impegni credibili* quali gli investimenti.

Più precisamente, se le imprese sono *solo* limitatamente razionali quando hanno a che fare con problemi di redazione di contratti ad adempimento non istantaneo, e perciò si ritiene che la incompletezza di tutti i contratti complessi sia inevitabile, esse non sarebbero tuttavia irrimediabilmente *miopi*²⁴. Il prezzo, l'investimento in attrezzature specifiche e le strutture di coordinamento sarebbero tutte determinate contemporaneamente e costituirebbero l'oggetto di una *scelta* da parte degli agenti economici²⁵: in altre parole questi ultimi *sanno* quale

²⁰ „..self interest with guile“, O.E.WILLIAMSON, *Assessing Vertical Market Restrictions*, cit., 957.

²¹ O.E.WILLIAMSON, *The Evolving Science of Organization*, cit., p. 48.

²² Sempre che non vi sia una qualche intenzione in ciò: cfr. O.E.WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, cit., p. 110: „the idea of the mind as a scarce resource...is an especially productive way to think about bounded rationality. It immediately suggests the need to *economize* on bounded rationality“ (corsivo mio).

²³ In altri termini, „all complex contracts...will be incomplete“, O.E.WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, cit., 110.

²⁴ O.E.WILLIAMSON, *The Evolving Science of Organization*, cit., p. 49ss., il quale adotta perciò un „farsighted approach to contracting“.

²⁵ O.E.WILLIAMSON, *The Evolving Science of Organization*, cit., p. 50.

formula organizzativa sia più conveniente per loro²⁶. Per quello che qui più specificatamente interessa, l'esistenza di una determinata suddivisione dei compiti fra le imprese, nonché dei vincoli ai quali esse si devono attenere nello svolgimento delle attività demandate, sarebbe giustificata grazie alla indiscussa superiorità della organizzazione del lavoro scelta rispetto a combinazioni alternative, misurata in termini di risparmio di costi e perciò di efficienza²⁷.

Si dovrebbe dunque considerare la realizzazione di un investimento a favore della controparte appunto come *tale, vale* a dire un impiego di risorse per la produzione di altre ricchezze: esso, ovviamente, comporta un rischio, del quale chi lo compie è ben consapevole. Il rischio in questo caso è in particolare quello di *estorsione* („hold-up“) cioè di appropriazione di quasi-rendite (=reddito senza che per ottenerlo siano stati sopportati dei costi) da parte dell'impresa beneficiata. Se ciononostante esso viene realizzato, la ragione è che si tratta di una misura necessaria, anche se non perfetta, al fine affrontare quel più radicale opportunismo delle parti contrattuali. In altri termini, nella conflittualità che nonostante tutto caratterizza una tale relazione non andrebbe visto altro che un indicatore della difficoltà del compito²⁸, che non tollera tuttavia alcun intervento da parte del diritto *antitrust*.

Si può così concludere, ad esempio, che il contratto di subfornitura, nonostante le inevitabili sbavature, rappresenta un meccanismo di coordinazione concepito per promuovere la stabilità (=realizzazione) della transazioni²⁹.

²⁶In modo analogo, il ricorso delle imprese alle c.d. alleanze strategiche sarebbe «eine neue, von den Vertragspartnern produzierte institutionelle Lösung» in particolare del problema della impossibilità di specificare al momento della conclusione dell'accordo il contenuto dello stesso, v. fra gli altri C.KIRCHNER, Atti del Convegno «Strategische Allianzen. Eine neue Herausforderung für die Wettbewerbspolitik», Berlin, 1992, p. 143.

²⁷ Gli agenti economici sarebbero perciò *in fondo* razionali, anche se non del tutto. Lo stesso R.H.COASE, *Coase on Posner on Coase*, cit., p. 98 osserva nei confronti del concetto di *bounded rationality* impiegato dalla Teoria dei Costi della Transazione: «I...have some reservations about this concept as I do to any economic concept that includes the word „rational“».

²⁸K.P.KAAS, *Symbiotic Relationships Between Producers and Retailers in the German Food Market ?*, JITE, 1993, p. 745 s.

²⁹J.W.HUTZEL, *Große und kleine Zulieferer*, Tübingen 1981, p.140 ss.

5 *Segue: Diritto antitrust e cooperazioni benefiche*

Al centro dell'attenzione della teoria sopra brevemente ricordata vi è dunque il problema della razionalità limitata degli agenti economici, affrontato grazie all'organizzazione economica. Più in generale, l'istituzione „praticata“, mercato, impresa o quasi-contratto, rappresenta la struttura di coordinamento delle transazioni più efficace a seconda dei costi rilevanti e gli *unici costi rilevanti* sono quelli che potrebbero impedire l'attuazione della transazione. Il ricorso delle imprese ad una modalità di organizzazione economica si potrebbe dunque esaurientemente spiegare guardando alle circostanze (ed, appunto, ai costi presenti) nel caso concreto.

In termini più generali, il diritto antitrust non avrebbe motivo di coltivare un atteggiamento (ritenuto) ostile nei confronti della cooperazione fra imprese realizzata con modalità apparentemente diverse dal semplice scambio, (atteggiamento in cui si ama leggere l'influenza degli economisti neoclassici, i quali avrebbero visto nello scambio di beni e servizi che ha luogo sul mercato, e perciò in modo anonimo, l'unica modalità *utile* di interazione fra agenti economici). La disciplina antimopolistica sarebbe invece chiamata ad esprimere dei criteri di valutazione che permettano di distinguere fra cooperazioni *benefiche* e cooperazioni *dannose*, le prime essendo quelle mosse dall'intento di risparmiare i costi della transazione³⁰.

6 *Costi della transazione e circostanze di mercato*

Se la considerazione della razionalità limitata degli agenti economici alla base della comprensione dell'organizzazione economica non può ovviamente che essere condivisa, è invece la nozione di costi della transazione avanzata dalla teoria (economica) all'origine delle opinioni in questa sede esaminate che non appare altrettanto convincente. Questi, si è ricordato sopra, sono *esclusivamente* i costi che non permettono, una volta che si sia instaurata una relazione, un riallineamento della stessa a delle modificate circostanze dell'ambiente.

³⁰ Cfr. fra gli altri A.A. ALCHIAN, *Development of Economic Theory and Antitrust: A View From the Theory of the Firm*, JITE 1991, p. 233 s.

Mi sembra tuttavia che la categoria dei costi della transazione, per assolvere all'importante ruolo che la teoria in esame è pronta a riconoscerle (cioè che l'organizzazione osservata è strutturata in un certo modo, e non in un altro, *a causa* della presenza di *specifici* costi della transazione), debba ricomprendere i costi dell'attività di ricerca di opportunità di transazione soggettivamente benefiche³¹.

Non può essere messo seriamente in dubbio, credo, che la fonte *principale* di incertezza per l'agente economico, e dunque il suo più grave limite dal punto di vista dell'accuratezza della conoscenza delle circostanze rilevanti all'agire economico, è inerente alla propria partecipazione al mercato. L'attività in senso lato di ricerca di migliori opportunità di transazione, che comprende il ricorso alle proprie conoscenze ed alla propria creatività, comporta un costo³² per chi la intraprende ma è inscindibilmente legata al funzionamento del meccanismo decentrato di allocazione della risorse. Dall'accuratezza della „ricerca“ svolta, e perciò dall'ammontare dei costi di transazione in senso lato³³ sopportati³⁴, dipendono in ultima analisi sia la capacità selettiva del processo di scambio, che il rigore della sperimentazione³⁵.

³¹ Che corrisponde ad interrogarsi sul meccanismo grazie al quale gli agenti *scoprono* quale sia la soluzione migliore.

³² Se si pensa alle innovazioni tecnologiche, quei costi sono notevolmente cresciuti a partire dagli anni '70 a causa dei sempre più complessi processi di sviluppo del prodotto e di produzione; inoltre, sarebbe diminuito il tempo di sfruttamento dell'innovazione, cfr. fra gli altri L.BRITTAN, *Strategische Allianzen - Altes Problem und neue Herausforderung für die gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik*, Atti del Convegno «Strategische Allianzen», cit., p. 43.

³³ Che, per le imprese, comprendono dunque i costi dell'attività di ricerca e sviluppo „sowie die dadurch verursachten Kosten zur Erschließung neuer Möglichkeiten für Wettbewerbshandlungen“, M.E.STREIT, G.WEGNER, *Wissensmangel, Wissenserwerb und Wettbewerbsfolgen - Transaktionskosten aus evolutorischer Sicht*, ORDO 1989, p.195, nota 16.

³⁴ Non ritengo perciò che il diritto *antitrust* debba accogliere l'esortazione a considerare positivamente il risparmio di costi ottenuto permettendo alle imprese di scambiare informazioni fra loro, *invece* che ricorrere alla raccolta individuale delle informazioni (dell'opinione qui criticata v. fra gli altri, M.DREHER, *Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Informationen über Marktdaten als Wettbewerbsparameter, Bewertung und Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren*, 1992 Köln, p. 18).

³⁵ M.E.STREIT, G.WEGNER, *Wissensmangel, Wissenserwerb und Wettbewerbsfolgen*, cit., p.197.

Mi pare dunque che non si dedichi una sufficiente attenzione alla circostanza che fra i costi dell'incertezza³⁶, *determinanti la „scelta“ dell'istituzione* (=organizzazione economica), vi sarebbero anche e, talvolta, *soprattutto* quelli che attengono alla collocazione delle imprese in un certo ambiente concorrenziale, che esse cercano (comprensibilmente) in tutti i modi di minimizzare³⁷, eventualmente anche a danno di terzi, cioè concorrenti e consumatori.

In altri termini, non credo che sia corretto giustificare il ricorso delle imprese ad una determinata organizzazione economica guardando *esclusivamente* alla innegabile necessità di assicurare la realizzazione delle transazioni fra di loro anche in situazioni difficili. La scelta concretamente operata è *anche* una conseguenza *diretta* della posizione di mercato delle imprese coinvolte, in particolare nei confronti dei concorrenti e dei terzi. La struttura di coordinamento scelta dalle imprese, ad esempio un accordo di *franchising* o di subfornitura industriale, non potrà essere allora soggetta ad una valutazione positiva da parte del diritto antitrust solo perché le parti paiono risolvere in quel modo dei problemi di coordinamento *interno*. E' infatti ragionevole presumere che esso vada visto anche come un'arma per affrontare la lotta con i propri concorrenti³⁸, vale a dire per tentare di sottrarsi alle pressioni selettive del mercato, e comunque per migliorare le chance di sopravvivenza sullo stesso³⁹. In altre parole, una convincente spiegazione dell'esistenza di una determinata organizzazione economica non può essere avanzata solo guardando ai costi della transazione in una determinata situazione estrapolata dal suo contesto principale di riferimento,

³⁶ P.SCHLAG, *The Problem of Transaction Costs*, *Southern Cal.L.Rev.* 1989, p. 1663 opportunamente distingue fra i *costi della transazione* ed i *costi dell'informazione*, vale a dire quelli generati a causa dell'incertezza del mercato.

³⁷ „Information about the behaviour of other economic agents, especially customers and workers, or about future or even present prices or qualities of goods are..examples of information whose acquisition is both possible and desired“, J.ARROW, *Information and Economic Behaviour*, *The Economics of Information*, Cambridge, Massachusetts 1984, p. 141. Si riconosce così che "actual economic behaviour is partly governed by nonprice variables" , *op.ult.cit.*, p. 140.

³⁸ Sia orizzontali, che *verticali*, come si sosterrà nel III capitolo della I Parte.

³⁹ Tra l'altro, anche grazie allo stimolo alla propria capacità innovativa e/o il riconoscimento dell'innovazione altrui.

vale a dire il concreto ambiente concorrenziale in cui le imprese si trovano ad agire⁴⁰.

7 Segue: Sulla relazione fra incertezza e gerarchia

Si consideri a titolo esemplificativo la (centrale !) previsione, avanzata dalla teoria dei Costi della Transazione, secondo la quale in presenza di incertezza e di investimenti specifici la forma di mercato viene prevedibilmente sostituita dalla cooperazione o dalla gerarchia. La semplice considerazione del concreto ambiente (concorrenziale) in cui la relazione si colloca fa apparire quella previsione scarsamente realistica⁴¹.

Nella fase di espansione del mercato⁴², che corrisponde a quella in cui si ha una intensa concorrenza *interbrand* a seguito della quale il prodotto trova una crescente diffusione presso sempre più larghe cerchie di consumatori, i costi di produzione dello stesso scendono e il prodotto può ancora migliorare qualitativamente, è infatti difficile immaginarsi che, ad es., i produttori di autoveicoli spontaneamente rinuncino alla maggiore *capacità di adattamento* alle nuove circostanze (alle nuove circostanze di mercato ma anche alle modifiche nelle tecniche di produzione, ecc.) offerta dalla coordinazione di mercato con i propri subfornitori indipendenti, cioè disposti ad assumersi il rischio degli investimenti e del profitto, a favore della gerarchia, cioè dell'integrazione verticale.

Al contrario, nella fase della stagnazione del mercato, in cui un allargamento della domanda od un miglioramento del prodotto non sono più

⁴⁰ Non si può dunque prescindere dal considerare gli „effetti complessivi“ della stessa cfr. H.LEIPOLD, *Ordnungspolitische Implikationen der Transaktionskostenökonomie*, in *ORDO* 1985, p. 40.

⁴¹ Per la critica riportata di seguito nel testo cfr. in part. H.LEIPOLD, *Ordnungspolitische Implikationen der Transaktionskostenökonomie*, cit., p. 40.

⁴² Le caratteristiche rilevanti dell'ambiente possono appunto essere classificate in una serie di c.d. fasi (oppure stadi) di mercato. La individuazione delle fasi di mercato viene fatta risalire ai lavori di E.HEUSS, in particolare alla sua *Allgemeine Markttheorie*, Tübingen/Zürich, 1965; cfr. per una stimolante esposizione del pensiero di quell'a., M.BALDI, *Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Funktion und Inhalt von Art.85 Abs.3 EWG*, Bern, 1972, p. 76 ss.

realizzabili⁴³, crescerà l'interesse a contenere i costi della transazione con le imprese a monte (e non solo). L'ambiente è *meno* incerto per le imprese, nel senso che è diminuito il rischio che i concorrenti possano tenere un comportamento pericolosamente inaspettato (cioè, fra l'altro, cogliere delle opportunità che invece altri hanno perso). E' dunque ipotizzabile che alle transazioni di mercato si preferiscano, nella fase della stagnazione, le collaborazioni strette fra le imprese (i c.d. quasi-contratti, appunto)⁴⁴ e le transazioni interne all'impresa, che permettono di ottenere dei notevoli risparmi in termini di costi della transazione.

8 *Segue: Incertezza concorrenziale, costi della transazione e modalità della cooperazione*

Più in generale, l'esistenza delle organizzazioni economiche, vale a dire l'impresa⁴⁵, il mercato e i vari ibridi, fra i quali le particolari relazioni intercorrenti fra produttori e distributori e fra subfornitori e committenti deve

⁴³ In cui neppure abbassando il prezzo di vendita si ottengono dei significativi aumenti delle vendite e dei profitti.

⁴⁴ H.LEIPOLD, *Ordnungspolitische Implikationen der Transaktionskostenökonomie*, cit., p. 38 menziona «Normen- und Typisierungskartelle, Kalkulations-, Spezialisierungs- und Konditionenkartelle und vielfältige andere Formen wettbewerbsbeschränkender Kooperation».

⁴⁵ La considerazione dell'incertezza strutturale e della conoscenza tacita sono ad esempio alla base dell'idea, condivisa da alcuni economisti, che l'impresa sia essenzialmente un «repository of paded knowledge and rules», v. A.P.MINKLER, *The Problem with Dispersed Knowledge: Firms in Theory and Practice*, *Kyklos* 1993, p. 583 anche per riferimenti a quella che l'a. chiama la *capabilities literature*. Ad avviso in particolare di S.G.WINTER, *On Coase, Competence and Corporation*, cit., p. 190 ss., le imprese sarebbero „organizations that know how to do things“, e i cui confini sono delimitati dalle loro capacità in rapporto all'ambiente in cui sono collocate. Quell'A. ricorre alla metafora della foresta tropicale per spiegare i confini dell'impresa: „(T)he thing“, l'impresa, „knows...how to reproduce itself. It *must* reproduce itself through time to continue to exist, and the processes that are involved in reproduction through time are the basis of growth in spatial or other dimensions. Give it the appropriate environment and it will grow. Encroach upon it by some method; it will tend to grow back“(corsivo dell'A.). Le relazioni che l'impresa instaura con „owners, customers and input suppliers“ sono considerate routine organizzative e rientrano fra i vari elementi che influenzano la performance produttiva *misurata* sulla base della produttività. Una *modifica* nella struttura di governo delle transazioni, ad esempio l'adozione di sistema di franchising, non rappresenta perciò la „risposta“ al problema della organizzazione dell'attività, ma, eventualmente, un „miglioramento“; „...at any particular time, the costs and benefits of adjustments in governance modes for particular classes of transactions are substantially influenced by the network of transacting

essere a mio avviso spiegata tenendo ben presente l'ubiquità del «problema» della razionalità irrimediabilmente limitata⁴⁶ dei soggetti economici⁴⁷.

Di conseguenza, i costi della transazione rilevanti dovrebbero ricomprendere i costi della collocazione in un ambiente concorrenziale (costi della *ricerca*), hanno una natura necessariamente ambivalente (sono sia un

patterns already in place. Thus, the process of change in a firm's way of doing things most typically involves incremental adjustments in a complex, interdependent system"

⁴⁶ Chiamata da G.P.O'DRISCOLL, M.J.RIZZO, *The Economics of Time and Ignorance*, London/New York 1996, p. 3 più semplicemente *ignoranza*.

⁴⁷ Il tema della carenza informazionale è ovviamente centrale anche all'analisi condotta da economisti appartenenti a scuole di pensiero diverse dalla Teoria dei Costi della Transazione. In particolare l'Economia dell'Informazione, partendo proprio dal presupposto che i soggetti economici siano solo limitatamente razionali, si contraddistingue per l'attenzione direttamente rivolta alle attività che mirano a ridurre l'incertezza con la quale essi si trovano a doversi confrontare. Così come per la Teoria dei Costi della Transazione, anche per l'Economia dell'Informazione l'adozione di determinate comportamenti da parte degli agenti economici verrebbe dettata loro dal problema della razionalità limitata, e cioè della mancanza di informazioni. Si vagliano perciò alcune pratiche considerate tradizionalmente anticoncorrenziali, oppure semplicemente inefficienti, si pensi ad esempio alla pubblicità, alla luce dei problemi informativi che esse aspirerebbero a risolvere. Vi è tuttavia a mio avviso una differenza sostanziale fra quanto proposto da quelle due teorie: essa consiste nel diverso *rapporto* che le due teorie istituiscono fra l'informazione e l'organizzazione economica. Il punto di partenza delle riflessioni maturate sia all'interno della Teoria dei Costi della Transazione che della Economia dell'Informazione, si è appena ricordato, è la consapevolezza della razionalità limitata degli agenti economici, e dei problemi che essa pone. Tutte e due, inoltre, considerano l'organizzazione economica, l'istituzione, come la (una possibile) risposta data a quel problema. Ma mentre per la Economia dell'Informazione l'organizzazione è disegnata al fine di *raccogliere* ed *elaborare* le informazioni che le permettono di adattarsi ai (e talvolta anticipare i) cambiamenti prodottisi nell'ambiente, e cioè di raccogliere, elaborare e reagire alla *nuova* informazione (cfr. J.ARROW, *Information and Economic Behaviour*, in *The Economics of Information*, cit., 147: „I see the communication-economical point of view as explanatory of the internal structure of firms and more generally of other economic organizations“; l'impresa „...is an incompletely connected network of information flows“), per la Teoria dei Costi della Transazione essa è invece disegnata al fine di ammortizzarlo, di modo che non venga turbato l'equilibrio delle relazioni *interne* all'organizzazione. La circostanza che le parti ad un accordo possano leggere e reagire ai segnali provenienti dall'ambiente in modo discordante è infatti considerato dalla Teoria dei Costi della Transazione come un elemento di disturbo e *causa* di asimmetria informativa (cfr. in part. O.E.WILLIAMSON, *The Evolving Science of Organization*, cit., 48), mentre l'Economia dell'Informazione, vede nella medesima circostanza una eventuale fonte di *arricchimento* dell'organizzazione, in quanto l'informazione avrebbe, sempre che venga opportunamente raccolta, incanalata e richiamata, un valore in termini economici (J.ARROW, *Information and Economic Behaviour*, in *The Economics of Information*, cit., 144 "Clearly the strategy for increasing the input of information is to increase the number of individual receptors...But multiplicity of observers creates a new problem, that of coordination."). In sintesi: se la razionalità limitata dei soggetti economici, e cioè l'incapacità di essere informati su tutte le circostanze rilevanti all'agire economico, secondo la Economia dell'Informazione si affronta, in linea di principio, attraverso la predisposizione di efficaci strumenti di acquisizione, elaborazione e trasmissione delle informazioni, la

ostacolo che un presupposto dei processi concorrenziali), sono ineliminabili⁴⁸, non calcolabili da parte di un osservatore esterno, e neppure anticipabili da parte di chi li sopporta.

La non trascurabile incompletezza delle fonti dell'incertezza identificate dalla teoria qui esaminata, e la conseguente parzialità della nozione di costi della transazione avanzata, sono perciò a mio avviso delle ragioni che rendono l'analisi delle relazioni verticali da essa offerta scarsamente attendibile e le conseguenti „prescrizioni“ di politica concorrenziale difficilmente accoglibili⁴⁹.

Sono in ogni caso dell'opinione che la realizzazione dello scambio fra particolari soggetti economici non sia e non debba diventare un valore in sé da tutelare all'interno del diritto antitrust, mentre tale intento possa eventualmente essere tutelato da altre branche dell'ordinamento giuridico. La disciplina antimonopolistica non può invece essere in alcun modo richiamata per tutelare organizzazioni *inefficienti* in quanto del tutto impermeabili alle modifiche che si producono nell'ambiente, modifiche che pregiudicano appunto la loro sopravvivenza nel tempo⁵⁰.

In conclusione, non vi sono difficoltà ad ammettere che la realizzazione di investimenti specifici ed irreversibili possa contribuire alla attuazione della transazioni fra le parti. Tuttavia, se in conseguenza di ciò, un'impresa gode nei confronti di un'altra impresa di margini di azione (non controllati), la questione

Teoria dei Costi della Transazione suggerisce il ricorso a delle pratiche che permettono ad *alcuni* attori economici di agire *in determinate situazioni* come se fossero illimitatamente razionali.

⁴⁸ Ritengo di conseguenza che il problema economico possa essere quello identificato in partic. da C.G.VELIANOWSKI, *The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law*, *Kyklos* 1982, p. 59, cioè l'identificazione di un meccanismo strutturale che conduca alla rilevazione delle preferenze e alla loro soddisfazione, solo se quella definizione si rivela in grado di attribuire una sufficiente attenzione *anche* all'aspetto relativo al miglioramento delle conoscenze da parte delle imprese.

⁴⁹ Da questo punto di vista, mi sembra, trova una forse indiretta conferma l'asserzione di I.R.MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in *Southern Cal.L.Rev.* 1974, p. 725, nota 101, che „when we turn from single events to ongoing social structures, a perfectly transactional ongoing social structure is, given the finite limits of human nature, an impossibility...the model dreams of some microeconomists to the contrary notwithstanding“.

⁵⁰ L'organizzazione creata, perché possa sopravvivere, deve essere appunto in grado di risultare permeabile alle modifiche che si producono nell'ambiente. Tale è la condizione di sopravvivenza dell'organizzazione economica ma anche, e soprattutto, ciò che permette una incessante riallocazione delle risorse in modo efficiente. I rapporti di lunga durata risultano difficili *appunto* perché le condizioni dell'ambiente (concorrenziale) mutano di continuo e ciò che poteva apparire interessante ad un certo punto poco dopo non lo è più. Cfr. U.WITT, *How transaction Rights are Shaped to Channel Innovativeness*, in *JITE* 1987, p. 180: «transactions between contracting parties are terminated whenever competition from innovation provides one of them with new, more attractive, alternatives».

centrale dal punto di vista del diritto *antitrust*, rimane se, a seconda del caso concreto, l'impresa beneficiata sia in grado (in virtù appunto della particolare posizione detenuta) di pregiudicare in modo rilevante la funzionalità dei processi concorrenziali.

III CAPITOLO

LA TUTELA DELLA DIMENSIONE «CONCORRENZIALE» DELLA RELAZIONE VERTICALE FRA IMPRESE

1 Tutela della concorrenza intrabrand verticale ?

Si è ricordata sopra (al primo paragrafo del capitolo precedente) la diffusione del convincimento che, poiché le pratiche di sfruttamento darebbero luogo nella sostanza ad un semplice trasferimento di ricchezza fra imprese il diritto *antitrust* non avrebbe motivo di intervenire.

Alla lotta fra le imprese per accaparrarsi la fetta più ampia di margine non si è esitato ad attribuire addirittura la qualifica di concorrenziale¹. Si è così affermato che la spietatezza della contrattazione sui margini fra le imprese ordinate verticalmente, chiamata concorrenza *intra-brand* verticale, assieme al vigore della concorrenza *inter-brand* ed alla intensità della concorrenza *intra-brand*, determinerebbero l'andamento della prestazione complessiva dell'industria, *unica* entità rilevante ai fini della valutazione antimonopolistica di una determinata situazione. I margini della produzione e della distribuzione rappresentano infatti, secondo quella dottrina, dei costi e «the level of costs at the two stages, and how costs are affected by vertical restraints, typically are more important than price/cost margins in determining long-run industry performance». In sintesi: più la lotta fra le parti sui margini è accanita, migliore sarebbe la prestazione complessiva dell'industria ed il risultato „concorrenziale“.

Ritengo tuttavia che alla contrattazione² fra imprese verticalmente ordinate debba essere riconosciuta una valenza ben più significativa, dal punto di vista della disciplina antimonopolistica, di una lotta avente ad oggetto la spartizione dei margini, oppure di un'attività che dà luogo tendenzialmente ad

¹ R.STEINER, *How Manufacturers Deal with the Price Cutting Retailers*, cit., p. 409 s.

² Lo scambio di beni e servizi rientra nella relazione (nel senso di *comunicazione*) fra imprese ordinate verticalmente, ma non la esaurisce.

uno spreco di risorse a causa della razionalità limitata delle parti³. La dimensione propriamente concorrenziale della relazione verticale attiene all'eventualità che, a seconda della sua concreta conformazione, gli agenti economici *scoprono* e di conseguenza *utilizzano* nell'allocazione delle risorse economiche⁴, informazioni (circostanze) che altrimenti sarebbero rimaste sconosciute o inutilizzate⁵. La concorrenza intesa come processo di acquisizione e di diffusione di „nuove“ conoscenze⁶ attraverso la sperimentazione e la selezione⁷, opera infatti non solo nell'ambito delle transazioni che si realizzano fra imprese e consumatori, ma *anche* nel contesto delle relazioni „di offerta e domanda“ fra imprese, quali appunto fra produttori e distributori e fra subfornitori e committenti⁸.

³ V. sopra, a p. 51. La relazione di mercato fra produttori e distributori, non si emancipa, secondo l'opinione prevalente, da un semplice *power struggle*, la cui regolamentazione può talvolta addirittura risultare complessivamente efficiente. Cfr. per una recente illustrazione di un tale ragionamento, l'*Amicus Curiae* nel caso *State Oil Company v. Barkat U. Khan and Khan & Associates*

⁴ F.A VON HAYEK, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in *Freiburger Studien*, Tübingen, 1969, p. 248. L'allocazione *inefficiente* delle risorse è allora quella che non è in grado di utilizzare in modo efficace le informazioni presenti nel (o generabili nell'ambito del) sistema. Ciò vale sia quando l'allocazione delle risorse avviene tramite lo scambio, sia nella *combinazione* delle risorse che avviene nei processi produttivi.

⁵ Il „merito“ della contrattazione fra imprese non si limita dunque al „gain for trade“ realizzato grazie allo scambio: più la transazione, perché si realizzi, richiede una comunicazione intensa fra le parti, maggiori sono i costi di transazione. D'altra parte, le modalità di transazione „intensamente comunicative“ possono rappresentare una fonte autonoma di innovazioni, in particolare nella forma di nuovi elementi o tipi contrattuali e di oggetti di scambio innovativi, cfr. M.E.STREIT, G.WEGNER, *Wissensmangel, Wissenserwerb und Wettbewerbsfolgen - Transaktionskosten aus evolutorischer Sicht*, *ORDO* 1989, p. 189. Di conseguenza, sostengono gli autori da ult. citati, „(D)ie Frage nach einem Transaktionskostenminimum für das ökonomische System muß aus einer evolutorischen Sicht ohnehin als falsch gestellt gelten“.

La comunicazione fra le parti si limita invece, secondo la Teoria dei Costi della Transazione, al passaggio di informazioni o di conoscenze come fossero dei „pacchetti“ e non si prende in considerazione la possibilità che dalla relazione possa *sorgere* dell'informazione.

⁶ „Novità“, ripeto, intesa in senso soggettivo, cioè non solo relativa a circostanze oggettivamente originali ma anche *semplicemente* sconosciute.

⁷ La concorrenza „di mercato“ è allora assimilabile alla concorrenza biologica nella misura in cui le imprese devono superare delle prove di sopravvivenza, cfr. M. STEINER, *Entscheidungsregeln in "orthodoxen" und "evolutionären" Wirtschaftstheorien*, *Rechtstheorie* 1987, p. ??.

⁸ „(D)ie Wettbewerbsprozesse auf den einzelnen Wirtschaftsstufen“ sono „wechselseitig miteinander verschränkt“ e „auf allen Stufen“ si genera „systematisch Wissen über die jeweils günstigste Leistungserstellung“, W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen*, cit., p.325. Cfr. anche G.B.RICHARDSON, *The Organisation of industry*, in *Economic Journal* 1972, p. 895 s. „I have sought to stress the co-operative element in business relations but by no means take the view that where there is co-operation, competition is no more...Firms form partners for the dance but,

2 „Nuove“ conoscenze relative al migliore svolgimento di una funzione economica

La circostanza che nel contesto della relazione verticale possa emergere dell'informazione rilevante per il sistema economico è stata già concretamente appurata nel capitolo precedente. Si è visto innanzitutto che, nell'ambito della relazione fra un produttore ed un distributore, l'eventuale ricompensa di quest'ultimo attraverso la concessione di condizioni migliori di quelle offerte agli altri acquirenti può avere il significato di riconoscere e premiare una particolare prestazione imprenditoriale dello stesso. In quel caso le „nuove“ conoscenze erano dunque, soprattutto, relative al migliore svolgimento di una delle funzioni economiche espletate dai distributori a favore dei produttori⁹. Inoltre, nel momento in cui si è avuta occasione di occuparsi della imprenditorialità dei distributori, si era già sottolineato il loro ruolo di (primi) selettori nei confronti delle prestazioni offerte dai produttori¹⁰.

Si può ora precisare che quello evidenziato era essenzialmente un aspetto del meccanismo attraverso il quale le innovazioni sul lato dell'offerta e della domanda emergono, vengono riconosciute e sperimentate. Ad esempio, il produttore migliora le caratteristiche del prodotto, il distributore *se ne rende conto*, di conseguenza lo seleziona e lo inserisce nel proprio assortimento; oppure, il distributore rende più efficace un aspetto della comunicazione con i consumatori, ed il produttore, riconoscendogli quel merito, decide di privilegiarlo nello smercio dei propri prodotti. Se l'intuizione („guess“) trova conferma sul mercato (=gradimento dei consumatori), i produttori ed i distributori che per primi l'hanno avuta ne ricaveranno un vantaggio concorrenziale, altrimenti, eventualmente, torneranno alla soluzione prima scartata. In sintesi: attraverso la selezione fra imprese ordinate verticalmente si acquisisce e diffonde conoscenza sul modo *migliore* (nonché più gradito dai consumatori) di svolgere i compiti attribuiti ai diversi livelli della catena distributiva.

La condizione della sovracapacità (sul lato dell'offerta) ed il fenomeno della concentrazione degli sbocchi (sul lato della domanda, appunto) si è visto

when the music stops, they can change them. In these circumstances competition *is still at work even if it has changed its mode of operation*“ (corsivo mio).

⁹ L'innovazione consiste perciò (anche) nel riconoscere la supremazia di una specifica controparte rispetto ai concorrenti di quest'ultima nello svolgimento di una determinata funzione imprenditoriale, cfr. W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse*, cit., p. 336.

¹⁰ *Sopra*, p. 46

sopra, rendono quel meccanismo talvolta meno efficace, ma se il numero di selettori su entrambi i lati rimane sufficientemente ampio (e viene assicurata la eterogeneità degli stessi¹¹), la sua funzionalità è in larga misura salvaguardata¹².

3 *Segue: La competizione per l'attribuzione del compito imprenditoriale*

Quanto fin qui detto presuppone che fra le parti siano definite le aree imprenditoriali di rispettiva competenza: al produttore spetterebbe ad esempio di promuovere il miglioramento qualitativo del prodotto mentre al distributore di occuparsi della gestione dello scaffale (in senso lato). Alla rispettiva controparte toccherebbe il compito di selezionare e sperimentare sul mercato la prestazione che reputa migliore fra quelle che le vengono offerte.

La realtà si rivela tuttavia più complessa. Si ricordi ad esempio quanto si è detto sopra in merito alla diffusione dei prodotti venduti sotto il marchio dei distributori¹³. Questi ultimi sempre più spesso dettano ai propri fornitori le caratteristiche che i beni acquistati dovranno avere, assumendosi un compito (quello della definizione delle caratteristiche del prodotto) tradizionalmente spettante ai produttori. La diretta conoscenza dei gusti e delle abitudini di acquisto dei propri clienti permettono loro in effetti di svolgerlo non di rado con evidente successo¹⁴. In altri casi sono i produttori che assumono dei compiti in altri periodi spettanti ai distributori. Si pensi ancora ad un'innovazione relativa all'immagine del prodotto, la cui concreta attuazione (e sperimentazione) dipende dalla disponibilità dei distributori a contribuirvi attraverso un allestimento del proprio punto vendita coerente con le indicazioni trasmesse dall'impresa a monte. La prestazione eseguita da una parte, e ricompensata/onorata dalla controparte,

¹¹ W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse*, cit., p. 327: „Je heterogener die Wirtschaftssubjekte sind und je unterschiedlicher folglich ihre Hypothesen über die möglichst gute Befriedigung der Konsumentenpräferenzen ausfallen, desto mehr Wissen wird bei diesem Selektionsprozeß gewonnen“.

¹² Non si può tuttavia escludere, come si è appunto sottolineato sopra, a p. 40 che in varie pratiche di differenziazione degli acquirenti non si possa vedere il riconoscimento della particolare capacità imprenditoriale di alcuni, ma siano da ricondurre al puro esercizio della forza.

¹³ *Sopra*, p. 26

¹⁴ LONDON ECONOMICS, *Competition in Retailing*, cit., p.13: „The increasing quality of data that can now be collected and collated by retailers has improved their ability to judge how consumer preferences change over time. As a method of exploiting this new information advantage, many retailers have developed stronger relationship with suppliers...and have become involved in product development“ (corsivo mio).

consiste dunque nel prendersi a proprio carico una funzione che altrimenti la seconda avrebbe esercitato direttamente o confidato a terzi¹⁵.

Ci si può immaginare a questo proposito che i produttori e distributori prendano parte ad una „gara“ per stabilire a chi fra essi spetti il compito di decidere in merito allo svolgimento di una specifica funzione imprenditoriale (*chi* debba svolgerla, ma soprattutto *come* debba essere svolta¹⁶).

L'esito delle diverse competizioni (in relazione allo svolgimento delle diverse funzioni) determinerà la posizione *relativa* delle imprese lungo la filiera. La posizione migliore è ovviamente quella che dà la possibilità di dettare alle altre le condizioni alle quali esse si debbono attenere nello svolgimento della propria attività, perché (fra l'altro) permette all'impresa una migliore sperimentazione del proprio (sempre più ampio) ambiente.

Il rapporto *concorrenziale* che si è visto caratterizzare la relazione fra le parti nell'ambito della catena dell'approvvigionamento commerciale si ritrova nella sostanza anche fra subfornitori e committenti. La decisione di produrre sulla base delle indicazioni e utilizzando il know-how forniti dal produttore, e così la (almeno parziale) rinuncia alla sperimentazione autonoma del proprio ambiente (sia commerciale che tecnologico), posso essere visti come una efficace suddivisione delle funzioni imprenditoriali fra le parti¹⁷.

4 Segue: Margini d'azione e subordinazione ingiustificata

Compito del diritto *antitrust* non è, credo, verificare la legittimità od efficienza di una tale subordinazione (ad es., la domanda rilevante non è se, in effetti, sia meglio o peggio che il distributore detti le caratteristiche del prodotto al produttore, oppure se sia meglio o peggio che il subfornitore riconosca ed

¹⁵ Cfr. per questa opinione fra gli altri W.BENISCH, *Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern*, in WuW 1977, p. 623. V. inoltre J.-F.BOSS, *L'économie des transactions industrie-commerce*, in Revue de la Concurrence et de la Consommation, 1997, p 17: «La plupart du temps..., la baisse du coût due au transfert de la tâche à un autre devient un argument commercial, et par conséquent se trouve au moins partiellement retransmise. C'est le cas du discount en libre-service. Presque toutes les innovations en matière de formes de commerce peuvent s'analyser en termes de report de tâches et de fonctions aux détenteurs antérieurs d'un autre rôle, ou de suppressions de tâches grâce aux techniques, qui bousculent la répartition du pouvoir dans la filière».

¹⁶ «Vertikale Innovationsführerschaft», cfr. W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse*, cit., 340 s.

¹⁷ Cfr. anche H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., p. 51.

accetti la supremazia tecnologica della controparte invece che dedicarsi lui stesso alla definizione delle «regole del gioco»). Si può (e si deve¹⁸) presumere¹⁹ che, soddisfatte determinate condizioni²⁰, l'attribuzione *originaria* dei compiti fra le parti sia il risultato di una gara che si è svolta in modo corretto²¹.

Nella esecuzione di una determinata funzione da parte di un'impresa va letto il riconoscimento della maggiore efficacia od efficienza²² *relativa* della stessa. Si tratta in altri termini di un'allocazione delle funzioni fra le parti *nel caso concreto*²³ superiore rispetto ad allocazioni alternative²⁴. Lo stesso può ritenersi della subordinazione di una parte nei confronti di un'altra (nella misura in cui implichi la rinuncia - almeno parziale - ad una sperimentazione autonoma del proprio ambiente²⁵), che andrebbe considerata una *istantanea* che coglie un momento della competizione delle parti per la direzione innovativa.

Le condizioni della sovracapacità (unita alla concentrazione dei flussi di scambio) e della realizzazione di investimenti specifici, come si è più volte sottolineato nel corso del presente lavoro, aprono tuttavia a favore di una delle

¹⁸ Si ricordi quanto si è detto sopra, a p. 42 s., in merito ai limiti cognitivi dell'osservatore esterno - il giudicante - e alla necessità di salvaguardare l'ampiezza della sperimentazione.

¹⁹ La qual cosa non equivale in nessun modo a ritenere che si tratti del migliore dei mondi *possibili*.

²⁰ In particolare, in assenza della detenzione di potere di mercato orizzontale.

²¹ Il diritto *antitrust*, in effetti, sanziona le intese verticali, non tanto per gli effetti restrittivi - di sfruttamento - nei confronti delle parti (effetti che si potrebbe chiamare *interni*), bensì per quelli impedenti nei confronti dei concorrenti di una delle parti (effetti *esterni*).

²² A. PICOT, *Transaktionskosten im Handel*, Betriebs-Berater 1986, Beilage (inserto) 13, p. 4: «*Unternehmertum in der Distribution kann nichts anders sein als Rationalisierung der Transaktionskosten*» (corsivo mio).

²³ La nuova suddivisione dei compiti può sia costituire una soluzione in generale migliore (più efficiente) oppure risultare migliore *solo* in quanto le imprese nel caso concreto hanno specifiche capacità individuali.

²⁴ Il meccanismo di allocazione delle funzioni fra le parti descritto può risultare del tutto compatibile con la risposta alla questione „buy-or-make“ offerta da R.H.COASE, nel suo famoso *The Nature of the Firm*, Economica, 1937 nella misura in cui nel caso specifico la ragione per cui una prestazione viene delegata ad una certa impresa è il risparmio di costi della transazione in quel modo ottenuto. Rispetto alla spiegazione avanzata dall'autore appena menzionato (nell'articolo citato), qui se ne ritiene tuttavia *almeno* altrettanto importante un'altra: quella determinata allocazione *appare* superiore alle parti dal punto di vista della idoneità della prestazione (complessivamente) offerta di risultare *più* gradita ai consumatori (*maggiormente* rispondente alle circostanze dell'ambiente, v. sopra, p. 53 ss.). Sulla differente *natura* delle coordinazione di mercato rispetto ad altre modalità di coordinazione v. per tutti G.B.RICHARDSON, *The Organisation of industry*, cit. , p. 883 ss.

²⁵ Ad esempio dei distributori che si fanno dettare le caratteristiche del punto vendita da chi fornisce loro i prodotti.

parti (*ex-post*) dei margini d'azione non altrimenti controllati²⁶. Compito del diritto *antitrust* è, credo, vigilare affinché essi non vengano sfruttati per pretendere dalla controparte una subordinazione *ingiustificata* e rendere in quel modo (illegittimamente) più difficile la *reazione* concorrenziale di quest'ultima²⁷.

La valutazione da operare è ovviamente delicata: la tutela della controparte non può pregiudicare *l'esistenza stessa* della relazione così come voluta dalla parti. Ciononostante, nell'osservanza del limite indicato, devono essere *conservati* stimoli sufficienti perché la sperimentazione del proprio ambiente da parte dell'impresa dipendente non venga abbandonata. La parte relativamente forte, risultata vincente nella competizione fra imprese verticalmente ordinate sopra schizzata, ha ovviamente tutto l'interesse a prolungare indefinitivamente la detenzione di quel ruolo, a suo tempo *meritatamente* (e, spesso, faticosamente) conquistato²⁸. Un metodo tra i più efficaci²⁹ per assicurarsi nel tempo il ruolo (relativamente) dominante detenuto è appunto evitare che la relazione possa essere messa in dubbio dalla realizzazione, da parte dell'impresa dipendente, di „innovazioni“³⁰.

La dipendenza, si ritiene opportuno ribadire, non è da confondere con la *normale* subordinazione nei confronti di chi che si è rivelato più capace ed efficiente, e che va smantellata (*anche* nell'ambito delle relazioni verticali fra imprese), attraverso un'opportuna reazione concorrenziale. La dipendenza che sollecita una tutela particolare da parte dell'ordinamento giuridico è invece quella che mette l'impresa in larga misura *alla mercé* della controparte, così come si verifica appunto a seguito della realizzazione di investimenti specifici ed

²⁶ Chiamato da J.KATTAN, *Market Power in the Presence of Installed Base*, in *Antitrust Law J.* 1993, p. 21, „post-contractual opportunism“.

²⁷ Forse, ciò corrisponde nella sostanza con l'augurio («From the standpoint of desirable conditions...») espresso da J.M.CLARK, *Competition as a Dynamic Process*, cit., p. 395 s.: «Perhaps the most general requirement that can be set up is that both buyer and seller should have the benefit of *genuinely independent competitive alternatives* and should use them to protect their interests *in their dealings* with one another» (corsivo mio).

²⁸ Cfr. H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., p. 100, il quale si riferisce tuttavia alla sola conservazione di «einer bestehenden negativen Organisationsgraddifferenz».

²⁹ Altre pratiche, tradizionalmente di pertinenza di branche *diverse* del diritto, possono mirare allo stesso scopo.

³⁰ Cfr. U.WITT, *How transaction Rights are Shaped to Channel Innovativeness*, cit., p. 182 (nota): «Individual attempts to innovate affect the future of presently ongoing transactions or contracts»; inoltre il passaggio cit. sopra, alla nota 50, II Cap. (I parte).

della elevata concentrazione dei flussi di scambio in condizione di sovracapacità³¹.

Mi pare in conclusione che sia importante che vengano previsti dei sistemi di «vigilanza» che permettano alla parte dipendente di accertare nel tempo, nei limiti del possibile³², la perdurante *supremazia* del progetto imprenditoriale³³, ed in quel modo contribuiscano ad assicurare l'efficienza dell'allocazione delle risorse effettuata nel contesto della filiera. Se non è possibile ritenere, in presenza dell'alta concentrazione dei flussi di scambio in condizione di sovracapacità ed a seguito della realizzazione di investimenti specifici, che la parte dipendente decida di restare legata alla controparte *solo* perché quella relazione risulta oggettivamente più vantaggiosa delle altre che le si presentano, è comunque importante che rimangano attivi dei meccanismi che le permettano di rimanere informata in merito alla *varietà* di alternative presenti nell'ambiente. In quel modo, fra l'altro, l'eventuale perdita dell'investimento a causa del recesso della controparte, grazie alle *capacità* imprenditoriali comunque largamente conservate, potrà risultare *meno* dolorosa.

5 *Sui limiti dell'intervento da parte del diritto antitrust*

Una ulteriore precisazione mi sembra utile. La tutela della residua capacità innovativa dell'impresa dipendente si rivelerà tanto più necessaria quanto le condizioni dell'ambiente in cui essa è collocata non ne facilitino l'autonoma reazione concorrenziale.

Un buon esempio di ciò che intendo può essere fornito ricordando brevemente l'evoluzione che ha caratterizzato l'industria dei *personal computer* a partire dagli anni '70³⁴. In quel periodo, le relazioni produttive «di mercato»

³¹ V. sopra, p. 48

³² Da questo punto di vista, come correttamente notato da M.GLAIS/P.LAURENT, *Traité d'Economie et de droit de la concurrence*, Paris 1983, p. 335 s. la famosa affermazione di G.B.RICHARDSON «Firms form partners for the dance but, when the music stops, they can change them» (cit. sopra, alla nota 8 del presente cap.), è forse un pò „disinvolta“ nella misura in cui non tiene conto del problema del disequilibrio fra poteri fra le parti.

³³ Cfr. U.WITT, *How transaction Rights are Shaped to Channel Innovativeness*, cit., p.190.

³⁴ Mi rifaccio in part. alla ricostruzione tracciata da R.GARUD, A.KUMARASWAMY, *Changing Competitive Dynamics in Network Industries: An Exploration of Sun Microsystems' Open Systems Strategy*, in *Strategic Management Journal* 1993, p.351ss., nonché - più avanti nel testo- all'analisi dei sistemi c.d. aperti

potevano essere inquadrati nel tipico schema a raggiera che in larga parte ancora oggi informa l'industria automobilistica, con al centro il c.d. *assembler* e tutt'intorno i produttori di componenti. Quando IBM decise di lanciare il suo primo *personal computer* non ebbe perciò remore, al fine di risparmiare dei costi ed a accelerare il suo ingresso su quel mercato, a ricorrere a componenti già presenti sul mercato (c.d. *off-the-shelf components*) quali il microprocessore Intel 8088 ed il sistema operativo MS-DOS di Microsoft. Come continua la storia è noto: i due fornitori di componenti divennero (e, probabilmente, sono) i fornitori monopolistici del mercato dei PC. La loro emancipazione dall'allora gigante IBM si spiega (fra l'altro) in primo luogo dato il loro «potential to change component standards unilaterally»³⁵ (da MS-DOS a Windows, ad esempio) riconoscendo e sfruttando le opportunità offerte da un ambiente (in particolare tecnologico) in fortissima evoluzione; secondariamente, fattore che ritengo almeno altrettanto importante, *grazie* alla capacità del sofisticato utilizzatore di *personal computer* (di quei primordi) di rendersi conto in primo luogo che i „cloni“ dei computer di IBM non erano meno performanti dell'originale (e molto meno cari) e, secondariamente, che il sistema operativo OS/2 di IBM lo era invece di meno di quello offerto da Microsoft. Una raffinatezza del consumatore paragonabile potrebbe essere fra le varie cause all'origine del c.d. *open system* (vale a dire, che non vede al suo fulcro la detenzione e l'esercizio di un o più diritti di proprietà intellettuale) che ha fatto la fortuna di Sun Microsystems, della cui *workstation* gli utilizzatori apprezzano (e perciò premiano) i c.d. *network benefits* che è in grado di offrire.

L'intervento antimonopolistico che si ritiene necessario, i cui profili tenterò di precisare nei prossimi paragrafi, andrebbe ad incidere su situazioni in cui quelle due particolari condizioni *ambientali* (riferite sia all'ambiente tecnologico che all'ambiente costituito dagli utilizzatori finali) non sono presenti, e la cui assenza *contribuisce* a rendere particolarmente gravoso il costo della commutazione. Così, ad esempio, se un giorno il consumatore sarà in grado di scegliersi l'auto dei propri sogni assemblando a proprio piacere i componenti (o rivolgendosi a chi è in grado di capire, interpretare e soddisfare i suoi *particolari* bisogni³⁶) della tutela di cui qui si parla si potrà avere, forse, *meno*³⁷ bisogno³⁸.

³⁵ R.GARUD, A.KUMARASWAMY, *Changing Competitive Dynamics in Network Industries*, cit., p. 357.

³⁶ Nell'industria dei computer questo ruolo mi sembra che sia stato assunto con evidente successo in particolare dall'impresa Dell.

6 La sottrazione di risorse sufficienti per investire in attività innovativa

Un pregiudizio illegittimo alla restante capacità innovativa si verifica in primo luogo in caso di un *eccessivo* assottigliamento dei profitti dell'impresa offerente, che non permette più di disporre di capitali in misura sufficiente per investire e rende estremamente gravoso il ricorso al credito³⁹.

Il committente fa spesso leva sul potere di cui gode nei confronti dei propri subfornitori col fine di estorcere, nel corso della relazione (e senza che vi fosse un precedente accordo in merito), vantaggi patrimoniali di varia natura, fra i quali un prezzo di acquisto particolarmente conveniente e l'assunzione di obbligazioni supplementari non retribuite. Le pratiche di sfruttamento dei distributori nei confronti dei produttori che danno luogo ad un trasferimento di ricchezza sono per lo meno altrettanto variegata e frequenti.

Si dovrà dunque verificare nel caso concreto, se l'effetto *cumulato* di quelle pratiche sia quello di mettere l'impresa a monte nell'impossibilità di disporre di risorse sufficienti per investire in un'autonoma attività innovativa. Una tale eventualità, va subito precisato, non appare tuttavia particolarmente frequente. Tale effetto non potrà ad esempio essere il risultato di pratiche di c.d. *dote della sposa*, cioè, fra l'altro, „partecipazioni pluripromozionali“ pretese dai distributori ai produttori in caso di realizzazione di operazioni di concentrazione fra distributori⁴⁰. Inoltre, non è di regola⁴¹ nell'interesse del committente togliere

³⁷ La tutela *rafforzata* della capacità innovativa mi pare tuttavia necessaria in tutte le ipotesi in cui il sistema riesce a rimanere „chiuso“ (*filiata*), indipendentemente da chi sia nel caso concreto a dettare le regole (assembler o produttore di componenti; produttore o distributore).

³⁸ Tra l'altro, il successo del c.d. *open system* costringe forse a rivedere la giustificazione corrente delle subforniture. In particolare, la circostanza che sia una parte (il committente) a decidere e successivamente indicare alle imprese a monte (i subfornitori) le regole (più o meno dettagliate) cui attenersi nello svolgimento dei compiti di propria competenza si spiega di regola sottolineando appunto la *necessità* di coordinare dall'alto le singole prestazioni in un «prodotto» da offrire ai consumatori ed assicurarne l'innovazione attraverso la (necessariamente *autoritaria*) riformulazione delle regole, cfr. per una tale opinione fra gli altri W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p.. Il sistema «aperto» sembra invece in grado di funzionare senza che nessuno dei partecipanti venga investito del ruolo di *hub*.

³⁹ Si tratta di un trasferimento di ricchezza del quale si interessa anche la dottrina economica «ortodossa», come notato da M.GLAIS, *L'analyse de la puissance d'achat*, cit., p.7. Cfr. inoltre H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., p. 99, con riguardo però alla sola ipotesi del potere della domanda esercitato dalla grande distribuzione. V. anche L.VOGEL, *Competition Law and Buying Power*, cit., in part. p. 7ss.

⁴⁰ Si deve tuttavia verificare se quelle clausole non risultino illecite per un diverso motivo, considerato più avanti.

ai propri subfornitori *ogni* stimolo ad innovare, così come appunto si verificherebbe nell'ipotesi della (totale) indisponibilità di risorse da dedicare allo scopo. Pratiche che danno luogo anche ad un trasferimento di ricchezza dall'impresa a monte a quella a valle potranno tuttavia essere vietate se, contemporaneamente, pregiudicano in altro modo la restante capacità innovativa dell'impresa.

7 *Conservazione degli incentivi a sperimentare in modo autonomo il proprio ambiente*

Dovranno esser inoltre vietate le pratiche che pregiudicano la capacità innovativa della controparte dipendente nella misura in cui fanno sì che essa sia ostacolata nel perseguimento (=sperimentazione) di autonome strategie imprenditoriali quando non vi sia una ragione oggettiva che giustifichi una tale astensione.

Questo problema, mi sembra, emerge con particolare evidenza nell'ambito delle relazioni di subfornitura. Una precisazione si impone fin da subito: è ovvio che al cuore stesso della relazione di subfornitura vi sia l'impegno del subfornitore a svolgere una determinata attività per conto del committente e di conseguenza la rinuncia a cogliere le opportunità concorrenti che si dovessero presentare nell'ambiente. Le innovazioni cui qui ci riferisce sono però quelle che non incidono direttamente sul «nocciolo duro» del rapporto. Perlomeno sospette appaiono di conseguenza le clausole con le quali l'impresa che detiene potere verticale della domanda obbliga la controparte ad astenersi, dove non ve ne sia una concreta necessità, dal definire in modo autonomo l'immagine dei prodotti, o l'innovazione tecnologica degli stessi.

Altro aspetto rilevante è quello relativo alla conservazione degli stimoli economici ad innovare⁴¹. Per questa ragione appaiono difficilmente lecite le clausole in base alle quali il committente si vede attribuita la titolarità di tutte le innovazioni frutto del lavoro comune con il subfornitore, oppure il diritto esclusivo di utilizzare i risultati dell'attività di R&S del subfornitore senza

⁴¹ Salvo il caso in cui non sia comunque prossima la comunicazione al subfornitore della decisione da parte del committente di recedere dal contratto.

⁴² Sui quali v. anche H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., p.101ss.

prevedere alcun ricompensamento per lo stesso, oppure ricompensandolo in modo inadeguato. Si consideri infatti che il subfornitore, la cui spinta innovativa risulta già limitata a causa della circostanza che le proprie proposte in merito all'innovazione di singoli aspetti della prestazione cui si è impegnato non sono sottoposte alla selezione del mercato ma alla scelta di un unico soggetto (e perciò l'eventualità che l'innovazione del subfornitore „promettente“ non venga colta e sperimentata sul mercato è piuttosto elevata), vedrebbe ulteriormente ridotti i residui stimoli a migliorare la conoscenza del proprio ambiente⁴³.

8 *Segue: Conservazione degli stimoli a trattare con altre imprese*

Altrettanto illecite potranno essere, a seconda delle circostanze del caso concreto, le clausole attraverso le quali l'impresa domandante mira ad assicurarsi la subordinazione della controparte attraverso la sottrazione illegittima di stimoli a trattare con altre imprese, sia concorrenti del domandante che terzi. Fra le prime rientrano sicuramente le clausole di *migliore trattamento*, cioè quelle che obbligano l'impresa offerente ad estendere a quella specifica controparte le migliori condizioni successivamente garantite ad altre imprese. L'impresa offerente è scoraggiata dall'individuare dei *partner* migliori perché una volta identificati e „premiati“, essa deve sopportare un costo rappresentato dall'estensione delle condizioni al domandante relativamente forte. Dalla relazione con quei partner avrebbe invece potuto, ad esempio, acquisire delle conoscenze da spendere successivamente (nella misura in cui esse non siano coperte da un titolo di proprietà) nel rapporto con il domandante relativamente forte.

⁴³ Sulla motivazione a svolgere attività innovativa consistente nel «room left for individual exploitation of the gains from being innovative» cfr. . U.WITT, *How transaction Rights are Shaped to Channel Innovativeness*, cit., p. 184.

9 L'obbligo di non falsare la concorrenza fra imprese dipendenti

Ritengo infine che debbano essere ritenute illecite le pratiche che hanno l'effetto di pregiudicare la concorrenza fra le imprese dipendenti da un medesimo acquirenti ⁴⁴.

Il committente, come noto, è normalmente in posizione da potere decidere la modalità e l'intensità della concorrenza fra i subfornitori dello stesso componente. Quando il pezzo è standard, la concorrenza di prezzo fra subfornitori è accesa. Se il prezzo richiede una maggiore attività di ricerca e sviluppo, la concorrenza, soprattutto di prestazione, sarà di regola fra un numero inferiore di imprese.

Nessuno può ovviamente dettare al committente il livello di concorrenza sul mercato a monte. Una volta operata la scelta, tuttavia, il committente dovrebbe essere tenuto a non pregiudicarla offrendo degli stimoli errati, premiando in modo sistematico chi non lo merita od offrendo in altro modo *discriminante* più chance ad un'impresa che ad un'altra. Inoltre, dovranno essere sanzionate strategie attraverso le quali si *provoca* intenzionalmente (e mantiene) una situazione di sovracapacità fra i produttori dello stesso pezzo⁴⁵

Venendo ai rapporti fra imprese all'interno della filiera di distribuzione, è ovvio prima di tutto che il distributore non ha di regola nessun interesse a pregiudicare la concorrenza di prestazione fra le imprese presso le quali si rifornisce, anche se queste ultime risultano da lui dipendenti. Talvolta può succedere, tuttavia, che il distributore privilegi degli interessi diversi (di *breve* periodo). Si prendano ad esempio le rinegoziazioni del prezzo a seguito

⁴⁴ Chi è in grado di esercitare un potere economico di mercato nei confronti di altri soggetti economici, siano essi imprese concorrenti, controparti o consumatori, è tenuto a non abusarne, e tra le modalità di esercizio riconosciute abusive vi è l'assunzione di comportamenti che hanno come oggetto o come effetto di pregiudicare la concorrenza su un diverso mercato. Normalmente si tratta di pratiche grazie alle quali l'impresa dominante cerca di estendere il potere detenuto su un mercato ad un altro mercato, sul quale sarebbe invece altrimenti soggetta alla concorrenza di altre imprese. Oltre a questa più frequente ipotesi, si è riconosciuta la qualifica abusiva a pratiche che avevano, pur in assenza di dirette od indirette mire espansionistiche del potere di mercato, l'effetto di pregiudicare la concorrenza su un diverso mercato. In altri termini, chi detiene potere di mercato è tenuto ad una particolare responsabilità nell'esercitarlo. Ad esempio, l'impresa acquirente dominante sarebbe tenuta ad offrire ai potenziali fornitori una pari opportunità di partecipare al processo che conduce alla scelta dell'offerta migliore. Si ritiene qui che ad una cautela equiparabile sia tenuto chi esercita un potere solamente relativo.

⁴⁵ Sulla strategia per ottenere un tale risultato v. in part. H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., p.97ss.

dell'aumento della capacità di acquisto dovute alla realizzazione di un'operazione di concentrazione, imputabili spesso alla pressante necessità di trovare dei capitali per finanziare la stessa. Esse sono a mio avviso pregiudizievoli nella misura in cui non tengano conto delle peculiarità dei singoli produttori (ad es., lo stesso ammontare della „partecipazione pluripromozionale“ viene pretesa da tutti i fornitori oppure l'unico criterio di differenziazione adottato dal distributore, ed applicato a tutti i fornitori, è la presunta capacità finanziaria). Si impone in questo modo un costo di transazione al distributore, necessario tuttavia per non falsare la concorrenza sul mercato a monte⁴⁶.

Evitare di pregiudicare la concorrenza su un diverso mercato non vuole dire, tuttavia, che il domandante sia obbligato a ripartire i propri ordini fra tutti gli offerenti⁴⁷. Il domandante può invece essere tenuto a considerare *ogni* candidatura di possibili fornitori⁴⁸.

10 Tutela dall'esercizio del diritto di recesso della controparte?

La tutela della capacità innovativa dell'impresa dipendente non è invece finalizzata a proteggere la parte debole dalla, talvolta indubbiamente dolorosa, decisione della controparte di recedere dal contratto. La realizzazione di investimenti specifici non mette la parte in una situazione tale da potere contare per sempre o per lo meno a lungo in ordine alla prosecuzione del rapporto. Anche la concessione di un periodo che renda possibile la conversione al fine di limitare i danni non deve essere una preoccupazione della quale il diritto *antitrust* debba farsi carico.

Si potrebbe eventualmente sostenere che la paura di perdere l'investimento (a seguito del recesso della controparte) scoraggi il subfornitore dall'impiegare risorse nella sua attività. Per quanto attiene al «nocciolo duro» della relazione va tuttavia notato che il committente è direttamente interessato a che il subfornitore si impegni, e dunque investa, nel migliorare la produzione del bene ad esso affidato e dispone di ampi mezzi per raggiungere quell'obiettivo.

⁴⁶ Questa fattispecie è stata inquadrata in modo diverso, si vedrà, sia nell'ambito del diritto tedesco che in quello del diritto tedesco.

⁴⁷ Come notato dal BGH in „Zuckerrüben II“, p.429.

⁴⁸ Come affermato dal BGH in „Sehhilfen“, p. 669 in cui veniva ritenuta una discriminazione vietata quella appunto di escludere senza limitazioni temporali un'impresa da essa dipendente.

Quello che qui interessa è sollecitare *anche* la capacità innovativa del subfornitore del quale sia quest'ultimo, in modo diretto od indiretto, a trarre il beneficio *maggiore*.

Quando la rottura delle relazioni sia invece finalizzata a sbarazzarsi della controparte *in quanto* concorrente su un diverso mercato (cosa che non è tuttavia verosimile nelle ipotesi qui considerate⁴⁹), il diritto *antitrust* dispone di altri strumenti di intervento⁵⁰.

⁴⁹ Dello stesso avviso, con riguardo al tipico rapporto fra subfornitore e committente, H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., 99.

⁵⁰ Penso in particolare all'applicazione della normativa in materia di abuso di posizione dominante alla fattispecie del c.d. *partenaire obligatoire*.

II PARTE

IL CONTROLLO SULL'ESERCIZIO DEL POTERE VERTICALE DELLA DOMANDA NELLA LEGISLAZIONE ANTIMONOPOLISTICA

ICAPITOLO

LA NORMATIVA IN TEMA DI POTERE VERTICALE DEL DOMANDANTE NELLA LEGISLAZIONE ANTITRUST TEDESCA E FRANCESE

1 *Il divieto di pratiche discriminatorie e impedenti messe in atto da imprese dalle quali altre dipendono nella legislazione antimonopolistica tedesca*

Al §20, II c. della *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) il legislatore tedesco sancisce l'estensione del divieto di assumere comportamenti ostacolanti o discriminatori, del quale ai sensi del I comma è destinataria l'impresa dominante¹, ai soggetti nei cui confronti imprese piccole o medie², offerenti o domandanti di determinati tipi di beni o servizi, risultano dipendenti³.

E' l'esercizio di potere economico relativo verticale⁴, *sia del domandante che dell'acquirente*, che qui viene assoggettato a controllo. La relatività sta ad indicare che il potere è detenuto solo nei confronti di una o più imprese *determinate*⁵, mentre la verticalità⁶ denota la collocazione delle ultime su un

¹ E, assieme a lei, le associazioni di imprese che dominano il mercato nonché le imprese alle quali è ancora concesso imporre i prezzi, ad esempio nel settore dell'editoria, v. § 15 GWB.

² Sulle ragioni della limitazione dell'applicazione della disposizione alle sole imprese dipendenti di medie o piccole dimensioni v. sotto, a p. 101 ss.

³ Disposizione introdotta dalla II Novella del GWB. Il progetto del governo del 15 ottobre 1968 prevedeva invece di ampliare quello che ai tempi era il § 22 (ora § 19) in tema di posizione dominante in modo da ricomprendere l'impresa „soweit Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise von ihm abhängig sind, daß ausreichende Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht besteht“. Ad una tale modifica si oppose in particolare l'industria, che vedeva in essa una potenziale restrizione della libertà dei fornitori di scegliere i propri canali distributivi, e in nessun modo, come invece da lei auspicato, una tutela contro le discriminazioni messe in atto da chi deteneva potere della domanda.

⁴ L'espressione „relative *Marktmacht*“ è comunemente utilizzata dalla dottrina tedesca. Il potere di cui si parla tuttavia, proprio per l'indipendenza dalla posizione assunta dall'impresa su un determinato mercato, va inteso piuttosto nel senso di potere *economico* (« jede chance innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen widerstreben durchzusetzen, gleichviel, worauf diese Chance beruht», M.WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I vol., Köln-Berlin 1964, p. 38) *del partner*. Sulle due diverse accezioni di potere economico, e cioè di mercato e del partner v. in part. U.KIRSCHNER, *Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen*, Frankfurt am Main 1988, p. 43 ss.

⁵ A differenza dell'impresa dominante su un determinato mercato, la quale detiene un potere invece un potere *assoluto*, vale a dire nei confronti di *tutte* le controparti attuali e potenziali, nonché dei propri diretti concorrenti.

diverso mercato, a valle (vale a dire nei confronti di imprese domandanti un bene o un servizio) o a monte (offerenti).

2 Segue: La dipendenza di fornitori ed acquirenti

La condizione della dipendenza rilevante ai fini dell'applicazione della norma è realizzata nel momento in cui non vi siano delle possibilità sufficienti (*ausreichend*) ed accettabili/sopportabili (*zumutbar*) di ripiegare su un'altra impresa.

Va anzitutto osservato che la mancanza di alternative alla relazione con una determinata impresa è, come noto, un indizio della posizione dominante⁷. A differenza di quanto richiesto per accertare la detenzione di potere di mercato⁸, tuttavia, nel conteso della norma qui esaminata la valutazione è operata prendendo in considerazione la particolare situazione della *singola* impresa e verificando la concreta possibilità della stessa di rivolgersi a partner alternativi⁹. In modo coerente con quell'obiettivo vengono dunque interpretati sia il criterio della sufficienza che quello della accettabilità/sopportabilità delle soluzioni di ripiego (*Ausweichmöglichkeiten*).

Per quanto riguarda il primo (sufficienza delle alternative a disposizione dell'acquirente o del domandante), andrebbe inteso nel senso impone al decisore di verificare se la specifica relazione commerciale possa essere considerata fungibile con altre relazioni senza incorrere in svantaggi concorrenziali¹⁰. Non vi sarebbero dunque soluzioni di ripiego sufficienti ai sensi del §20, II c. GWB quando, ad esempio, pur in presenza di svariati offerenti di un certo tipo di bene,

⁶ Si ricorda che il diritto antimonopolistico tedesco contempla inoltre, al § 20, IV c. GWB, la fattispecie del potere di mercato relativo *orizzontale*, cioè nei confronti di imprese concorrenti, cfr. MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p. 1371 ss.

⁷ Cfr. W.BENISCH, *Die Erweiterung des Diskriminierungsverbot in der Kartellgesetznovelle*, WuW 1971, p.888. Nel diritto tedesco un tale indizio della posizione dominante è espressamente menzionato al § 19 GWB, II c., punto 2.

⁸ In cui è appunto da ritenere dominante il solo domandante „der auf die andere Marktseite *insgesamt* einwirken kann“, cfr. la sentenza del Kammergericht «Coop-Wandmaker», cit., p.548 (corsivo mio).

⁹ V. il Progetto del Governo Federale Tedesco di Seconda Novella del GWB del 19.5.1971, in WuW 1971, pp. 531 ss., in part. p. 563: «Es kommt darauf an, ob ein Nachfrager (oder Anbieter) *im konkreten Einzelfall* ausreichende Möglichkeiten hat, auf andere Anbieter (oder Nachfrager) auszuweichen»(corsivo mio).

¹⁰ V. U.IMMENGA, *La notion de dépendance selon le droit allemand*, in D.P.C.I. 1987, p.727.

il distributore non possa rinunciare alla relazione con una impresa fornitrice i cui prodotti godono di una particolare notorietà presso i consumatori senza dovere mettere in conto un possibile pregiudizio alla propria capacità concorrenziale¹¹.

Il criterio della accettabilità/sopportabilità richiederebbe invece una valutazione puramente soggettiva: guardando alle caratteristiche individuali dell'impresa dipendente, si deve appurare se la condizione della fungibilità (pur in presenza di alternative sufficienti) sia nel concreto realizzata¹². Si prendono in particolare in considerazione i costi di sostituzione del partner commerciale nel caso concreto ed i rischi ad esso legati (sia l'entità del rischio che l'eventuale *non* calcolabilità dello stesso¹³).

3 *Segue: La pratica discriminante od impedente*

Ai soggetti dai quali altri dipendono (nell'accezione sopra specificata) è vietato dunque ostacolare in modo illegittimo un'altra impresa in relazione ad una occasione d'affari altrimenti di regola accessibile ad imprese equiparabili a quella ostacolata (*Behinderung*), e di trattare differentemente, sia in modo diretto che indiretto, imprese fra loro equiparabili senza un motivo oggettivamente giustificabile (*Diskriminierung*).

In primo luogo si richiede dunque che venga accertata l'esistenza della pratica impedente o discriminante; successivamente, si verifica se la stessa sia nel caso concreto illecita («*unbillig*»; «*sachlich nicht gerechtfertigt*»)¹⁴.

Si intende per pratica impedente *ogni* pregiudizio della possibilità di manovra concorrenziale dell'impresa, indipendentemente dal mezzo impiegato¹⁵. In modo parallelo, rientra nel campo di applicazione della norma *ogni* ipotesi di

¹¹ «Rossignol» BGH 20.11.75 in WuW/E BGH 1391, 1393: «Maßgebend ist in erster Linie die Stellung und das Ansehen der Ware des Unternehmens auf dem Markt. Nach ihr richtet sich, ob ausreichende Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen».

¹² MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1258 (§ 105).

¹³ Cfr. il Rapporto della Commissione Parlamentare per l'Economia (*Bericht des Ausschusses für Wirtschaft*) sul progetto di II Novella del GWB del 13.7.1973, in WuW 1973, p.592.

¹⁴ Sul bilanciamento di interessi quale criterio valutativo al fine dell'accertamento dell'illiceità v. sotto, p.115 ss.

¹⁵ MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1291 (§ 183). In dottrina si ritiene perciò il concetto di pratica impedente «*wertneutral*».

trattamento differenziato¹⁶. Ad esempio, nel momento in cui un committente, nel contesto di una relazione di subfornitura industriale, impone delle condizioni di vendita sfavorevoli a tutti i propri subfornitori, si tratterebbe di una pratica impedita¹⁷. Se la stessa pretesa non è rivolta a tutti, ma solo ad *alcuni* subfornitori, si avrebbe a che fare invece con una discriminazione¹⁸.

4 Segue: Tutela dei concorrenti dell'impresa relativamente dominante ?

La tutela dell'impresa dipendente è dunque il fulcro dell'intervento legislativo¹⁹. L'opportunità che il controllo sull'esercizio di potere verticale della domanda sia finalizzato ad evitare gli effetti pregiudizievoli dello stesso per i concorrenti è invece dibattuto²⁰.

La tesi favorevole fa leva essenzialmente su un argomento di carattere sistematico (in breve, il fatto che il legislatore abbia esteso il campo di applicazione del divieto alle imprese relativamente dominanti lasciando inalterato il contenuto dello stesso - ricomprendente appunto anche la tutela dei concorrenti della discriminante) e su quello che si ritiene essere lo scopo della disposizione in esame, tesa appunto all'opposizione nei confronti delle perturbazioni del gioco della concorrenza imputabili ad un potere che resta al di sotto della soglia del dominio di mercato²¹.

Sul fronte opposto, si fanno invece notare la esclusiva preoccupazione del legislatore nei confronti della relazione verticale²², nonché l'inesistente necessità

¹⁶ MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p. 1290 ss. (in part. §§182 e 188).

¹⁷ S.KLAUE, *Nationales Kartellrecht und Zuliefererproblematik*, cit., p.1316.

¹⁸ Si capisce dunque perché in dottrina si ritiene che la discriminazione rientri nell'impedimento.

¹⁹ Sulle ragioni della tutela v. oltre, in part. p. 92 ss.

²⁰ Per l'esame particolareggiato delle diverse opinioni v. in part. H.KÖHLER, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, cit., p. 81 ss. Il riconoscimento della tutela dei concorrenti vorrebbe dire *concretamente* attribuire loro il diritto ad essere risarciti e il diritto alla cessazione della pratica discriminatoria.

²¹ V. fra gli altri MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., in part. p.1254

²² Sul punto v. anche il *Bundesgerichtshof* nella decisione «Rossignol», cit., 1391, il quale fa riferimento esclusivamente alle «Auswirkungen für abhängige Unternehmen...als wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgingen», all'origine dell'ampliamento dei destinatari del divieto di pratiche discriminatorie, senza dunque menzionare la posizione di terzi.

di tutelare i concorrenti, vista la loro possibilità di rivolgersi a fornitori alternativi o di invocare direttamente a loro favore il divieto di discriminazione²³.

Il terzo comma del § 20 GWB²⁴ dispone che alle imprese dalle quali altre risultano dipendenti²⁵ sia fatto divieto di sfruttare la propria posizione al fine di indurre queste ultime a concedere loro delle condizioni preferenziali (*Vorzugsbedingungen*)²⁶ che non siano oggettivamente giustificate. Quest'ultima disposizione colpisce dunque le manifestazioni di c.d. discriminazione passiva²⁷ indotte dal domandante²⁸, vale a dire, ad esempio, situazioni in cui un produttore, che non detiene alcun potere di mercato (né relativo, né assoluto), concede delle condizioni di vendita particolarmente vantaggiose ad una specifica impresa di distribuzione dalla quale dipende, indotta a ciò da quest'ultima, negandole invece agli altri acquirenti²⁹. Nella disposizione in questione la dottrina non vede tuttavia l'esplicito riconoscimento da parte del legislatore dell'esigenza di

²³ Se il distributore riscontra delle difficoltà nel rivolgersi ad altri fornitori, egli può risultare a sua volta dipendente dalla controparte, alla quale il divieto di discriminare si applicherebbe dunque applicato *direttamente*, cfr. in part. H.KÖHLER *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, cit., p. 83.

²⁴ Comma così formulato a seguito della IV Novella, v. P.ULMER, *Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs.2 S.3 und Abs.3, §37a Abs.3 GWB)*, in WuW 1980, p.474 ss.

²⁵ Nonché le altre imprese che ai sensi del primo comma del § 20 GWB destinatarie delle norma, ad esclusione però delle imprese che impongono i prezzi. La ragione è che la norma si occupa di una manifestazione di potere della domanda, e non invece di potere dell'offerta (come sarebbe appunto

²⁶ Definite nella Motivazione Ufficiale della IV Novella come „Vorteile...die zusätzlich zu den leistungsbedingten Nachlässen und sonstigen Leistungsentgelten von dem Nachfrager aufgrund seiner überlegenen Marktstellung bei einem Anbieter mit der Absicht durchgesetzt werden, sich damit im Wettbewerb eine weder markt- noch leistungsbedingte Vorzugsstellung gegenüber den marktschwächeren Konkurrenten zu verschaffen“.

²⁷ Sulla necessità di introdurre una disposizione *ad hoc* in tema di discriminazione indotta v. già W.FIKENTSCHER, *Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in WuW 1958, p. 268 (il quale si riferiva però, ovviamente, alla sola discriminazione indotta dall'impresa in posizione dominante).

²⁸ Non invece dall'offerente, così come si dedurrebbe in part. dal materiale legislativo e dalla esclusione dal campo di applicazione della norma delle imprese che impongono i prezzi (perché in quei casi, appunto, si tratta di potere dell'offerente), v. MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., in part. p. 1364.

²⁹ Non solo, nell'esempio menzionato, *chi* concretamente differenzia (il produttore) non rientra nel campo di applicazione del secondo comma del § 20 perché non detiene potere di mercato né assoluto, né relativo, ma anche a volere tentare di riconoscere in essa una pratica impedente *indiretta* dei concorrenti (dunque *sì* ricollegabile all'acquirente relativamente dominante), la identificazione stessa di un impedimento dei concorrenti nella concessione di condizioni preferenziali sarebbe di per sé estremamente problematica, cfr. ancora MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., in part. pp. 1349 e 1363.

salvaguardare i concorrenti dall'esercizio del potere verticale del domandante, perché la tutela accordata sarebbe essenzialmente funzionale all'individuazione del comportamento impedito a danno della controparte³⁰.

Sulla questione della tutela dei concorrenti dell'impresa relativamente dominante si è pronunciato il *Bundesgerichtshof*³¹. A parere della Corte, fra gli scopi del § 26, II c., II periodo (l'attuale §20, II c.) rientrerebbe anche la tutela dei concorrenti da pregiudizi ai quali, se non fosse esistito il rapporto di dipendenza, essi non sarebbero stati esposti, oppure che avrebbero subito in misura inferiore. Nel caso di specie la Corte era chiamata a pronunciarsi in merito all'obbligazione dai concessionari di autoveicoli di utilizzare ai fini della riparazione degli stessi solo pezzi di ricambio originali, la quale avrebbe perciò discriminato i produttori concorrenti sul mercato dei pezzi di ricambio. Le pratiche di discriminazione passiva era dunque in quell'ipotesi da ricollegare all'esercizio di potere relativo dell'offerente³², e non del domandante³³.

La tutela - orizzontale - dall'esercizio di potere relativo non sarebbe tuttavia garantita a tutti i concorrenti. Secondo un'autorevole dottrina, i terzi discriminati³⁴, per potere accedere alla tutela offerta dell'applicazione del divieto in questione, dovrebbero essere di dimensioni medio-piccole, così come medio-piccole sono le imprese dipendenti che beneficiano della protezione dall'esercizio abusivo del potere della controparte³⁵.

La tutela del concorrente del domandante che esercita potere relativo, pur limitata alle imprese di dimensioni medio-piccole, mi sembra tuttavia, sulla base dei risultati dell'indagine condotta nella I Parte, difficilmente giustificabile. Sopra si è appunto verificato che il pregiudizio subito nel caso specifico dai concorrenti è innanzitutto di regola di lieve entità³⁶, e la dimensione medio-piccola dell'impresa concorrente svantaggiata non credo che sia di per sé

³⁰ Come osservato da W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse*, cit., p. 531.

³¹ «Original-VW-Erstteile II» del 22.9.81 in WuW/E BGH, 1829, in part. 1832.

³² V. anche la decisione «VW-Leasing» del *Bundeskartellamt*, in WuW/E BKartA 2459.

³³ Sulla necessità di tutelare i concorrenti del domandante né la giurisprudenza né il *Bundeskartellamt* si sono mai esplicitamente pronunciati.

³⁴ Concorrenti ed *altre imprese* (v. in part. OLG Frankfurt in WuW/E OLG 4507, 4509).

³⁵ MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1254 s. Sulle ragioni che hanno portato il legislatore a limitare l'applicazione della disposizione alle imprese medio-piccole v. oltre, a p.101.

³⁶ V. sopra, p. 34 ss. Dello stesso avviso la dottrina citata *supra*, alla nota 23 di questo capitolo.

sufficiente perché il pregiudizio subito non possa più essere considerato minore. Anch'esse, ovviamente, possono rivolgersi a produttori di beni omogenei che forniscono loro delle condizioni non penalizzanti e mi sembra che la sola caratteristica dimensionale non frapponga ostacoli maggiori alla individuazione di occasioni migliori sul mercato dell'offerta³⁷. Se il prodotto che ottengono a condizioni discriminatorie è di marca, possono ricorrere a *Mischkalkulationen*, e approfittano anch'esse di regola delle condizioni migliori strappate alla controparte a monte, nel momento in cui queste perdono il carattere della segretezza. E' comunque *soprattutto* l'esigenza di salvaguardare la concorrenza di prestazione sul mercato della distribuzione che mi parrebbe sconsigliare definitivamente l'estensione della tutela ai concorrenti dell'impresa che detiene potere verticale della domanda³⁸.

5 Segue: La presunzione di dipendenza

Il secondo periodo del § 20, II c. GWB stabilisce una presunzione di dipendenza da uno specifico domandante: si reputa dipendente (ai sensi del I periodo del medesimo comma) l'impresa fornitrice dalla quale l'impresa domandante, oltre agli sconti ed altri corrispettivi di prestazioni usuali nel settore (*verkehrsüblich*), ottiene regolarmente degli speciali benefici negati ad imprese domandanti equivalenti.

L'intenzione del legislatore nel prevedere una tale presunzione, così come nell'introdurre la disposizione sulla discriminazione passiva³⁹, era essenzialmente di agevolare l'intervento⁴⁰ nei confronti delle pratiche impedenti o discriminatorie imputabili alle imprese sul lato della domanda⁴¹.

La scelta concretamente operata di dedurre dalla concessione di condizioni privilegiate l'esistenza della dipendenza dell'offerente è giustamente criticata da una consistente della dottrina. Si fa notare, argomentando fra l'altro dai risultati di indagini empiriche sulle condizioni d'acquisto nel settore della distribuzione di beni alimentari, che le ragioni per le quali i fornitori concedono

³⁷ V. sopra, a p. 34

³⁸ Si rimanda alle argomentazioni esposte sopra, a p.41 ss.

³⁹ Trattata al paragrafo precedente.

⁴⁰ Sia attraverso l'autorità amministrativa che facendo ricorso alla giustizia civile.

⁴¹ MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p. 1273

delle condizioni privilegiate ai propri acquirenti possono essere della più varia natura, senza che sia possibile vedere in esse alcun indizio della detenzione di potere relativo da parte di chi è in grado di ottenerle⁴².

Inoltre, come si è rilevato peraltro nella I parte del lavoro, alla concessione di condizioni privilegiate non si potrebbe di *per sé* attribuire alcuna connotazione negativa a causa del suo importante ruolo come stimolo alla concorrenza di prestazione sul lato della domanda⁴³. Infine, i margini di manovra *inusuali* sono proprio il motore di tale processo concorrenziale che conduce alla scoperta di nuove circostanze (nuovi prodotti, nuove modalità distributive, nuova ripartizione dei compiti fra le imprese lungo la catena, ecc.).

6 *Il divieto di sfruttamento abusivo della dipendenza economica di un fornitore od acquirente che non dispone di soluzione equivalente nella legislazione antitrust francese*

Ai sensi dell'art. 8 della *Ordonnance n° 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence* del 1° dicembre 1986⁴⁴ è fatto divieto alle imprese di sfruttare abusivamente sia la posizione di dominio sul mercato, sia lo stato di dipendenza economica in cui si trova un cliente od un fornitore che non dispone di una soluzione equivalente⁴⁵. Le fattispecie abusive menzionate nell'articolo possono consistere in rifiuti di vendere, in vendite legate, in condizioni di vendita discriminatorie oppure nella rottura delle relazioni commerciali per il solo motivo che il partner si rifiuta di sottomettersi a delle condizioni commerciali ingiustificate.

⁴² Köhler, DB 1982, p.314

⁴³ Sopra, a p.36 ss. V. anche W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse*, cit., p. 501. Le perplessità che si sono manifestate nascevano dal dubbio che quella fosse *sempre* la ragione della differenziazione

⁴⁴ Ai sensi di una legge emanata nell'anno immediatamente precedente (l.n.85-1408 del 31/12/1985, in JO del 23/01/86), la situazione di dipendenza economica della discriminata era invece una semplice aggravante (rendeva le sanzioni inflitte più pesanti)

⁴⁵ Il comitato di esperti incaricato del compito di elaborare un rinnovato diritto francese della concorrenza, trasfuso appunto nella *Ordonnance* del 1986, aveva invece proposto che si caratterizzasse lo stato di dipendenza economica con la formula «client ou fournisseur, qui ne dispose pas de solution alternative et compétitive», cfr. A.DECOCQ, M.PEDAMON, *Ordonnance du 1° décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Droit Comm. 1987 (numero speciale 1 bis), p.10 (corsivo mio).

Condizione di efficacia del divieto di cui all'art. 8 è che le pratiche abusive abbiano per oggetto o possano avere per effetto di restringere o di falsare il gioco della concorrenza su un mercato⁴⁶.

7 *Segue: La non disponibilità di soluzioni equivalenti*

Si è visto sopra che nel diritto tedesco lo stato di dipendenza ai sensi del § 20, II c. GWB si ritiene realizzato nel momento in cui non vi siano delle possibilità sufficienti ed accettabili/sopportabili di ripiegare su un'altra impresa. Nel diritto francese, invece, all'inesistenza di una soluzione equivalente si tende ad attribuire il carattere di condizione di applicabilità del divieto ulteriore ed autonoma rispetto allo stato di dipendenza economica⁴⁷.

Nella prassi applicativa si è ad esempio accertata l'esistenza di soluzioni equivalenti in quanto il distributore, al quale veniva negata la fornitura di un bene di marca, aveva la possibilità di acquistare quel bene presso grossisti⁴⁸, di ricorrere ad importazioni parallele⁴⁹, oppure di rivolgersi a fornitori di prodotti equivalenti anche se di marche diverse⁵⁰.

Al criterio in esame si tende dunque ad attribuire una connotazione puramente oggettiva⁵¹, mentre le difficoltà incontrate in concreto dalla specifica impresa nel reperire partner alternativi vengono considerate nel contesto dell'accertamento di un'altra condizione di applicabilità del divieto, quella appunto della dipendenza⁵².

⁴⁶ Sul quale v. sotto, p. 121 ss.

⁴⁷ V. ad esempio M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit Interne de la Concurrence*, (A. Colin ed.) 1996, p. 205, secondo la quale le condizioni di applicazione della norma sarebbero „une dépendance économique, une absence de solution équivalente et une et une exploitation abusive de la situation et par le renvoi à l'article 7 un effet anticoncurrentiel sur le marché“.

⁴⁸ Anche se a condizioni meno favorevoli, *déc 14*.

⁴⁹ Sempre che tali altre forme di approvvigionamento risultassero equivalenti e praticabili, oppure si fossero rivelate tali in un recente passato, *Chapelle/philips-*

⁵⁰ *Déc 30, déc 13*

⁵¹ Inteso dunque come „l'équivalence des conditions“, M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit Interne de la Concurrence*, cit., p.207.

⁵² Argomento ripreso sotto, a p. 102ss.

8 *Segue: Lo sfruttamento abusivo*

Il divieto di sfruttamento abusivo dello stato di dipendenza economica in cui si trova un cliente od un fornitore che non dispone di una soluzione equivalente è più ampio dell'omologo divieto previsto nella legislazione antimonopolistica tedesca (divieto di pratiche discriminatorie ed impedenti nei confronti della controparte dipendente; divieto di sfruttare la propria posizione al fine di indurre i fornitori⁵³ a concedere delle condizioni preferenziali che non sono oggettivamente giustificate). La tutela, in quanto non altrimenti specificato, si estende potenzialmente sia a favore della controparte, che di tutti i concorrenti dell'impresa relativamente dominante⁵⁴.

Le quattro pratiche espressamente menzionate dal legislatore (rifiuti di vendere, vendite legate, condizioni di vendita discriminatorie, rottura delle relazioni commerciali per il solo motivo che il partner si rifiuta di sottomettersi a delle condizioni commerciali ingiustificate) rientrano invece agevolmente in una delle due categoria (delle pratiche discriminatorie e delle pratiche impedenti) previste nel diritto tedesco.

9 *Segue: La repressione della pratiche discriminatorie ed impedenti in sede civile e commerciale*

Nella stessa *Ordonnance n° 86-1243*, al Titolo IV („*De la transparence et des pratiques restrictives*“) si sancisce inoltre la responsabilità civile degli autori di pratiche discriminatorie senza che vi sia la necessità di provare l'idoneità di queste ultime a restringere o falsare il gioco della concorrenza su un mercato⁵⁵.

Ai sensi del primo comma dell' art. 36, viene ritenuto responsabile civilmente chi («*producteur, commerçant, industriel ou artisan*») mette in pratica nei confronti di un partner economico, o da questi pretende, una strategia tariffaria o commerciale („*prix,..délais de paiements,..conditions de vente...modalités de vente ou d'achat*“) discriminatoria non giustificata

⁵³ E non gli acquirenti, v. le osservazioni esposte sopra, in part. alla nota 28 del presente capitolo.

⁵⁴ Nel diritto tedesco, invece, la questione è dibattuta, sopra, p.81 ss.

⁵⁵ Richiesta invece quale condizione dell'efficacia del divieto di sfruttamento abusivo della posizione dominante relativa ai sensi dell'art. 8 della *Ordonnance*, v. sopra, p.86.

dall'esistenza di contropartite reali, la quale dia luogo ad un vantaggio o svantaggio concorrenziale⁵⁶ per la controparte. L'azione relativa viene esercitata davanti alla giurisdizione civile o commerciale competente, da chi è portatore di un interesse, dal pubblico ministero, dal ministro dell'economia o dal presidente del *Conseil de la Concurrence*⁵⁷.

La legge n° 96-558 del 1° luglio 1996⁵⁸ sulla lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali, emanata fra l'altro con l'intento di meglio definire i contorni del divieto di pratiche discriminatorie⁵⁹, ha introdotto al punto 4 dell'art.36 della *Ordonnance* il divieto di ottenere o di tentare di ottenere, sotto la minaccia di una rottura brutale delle relazioni commerciali, dei prezzi, dei termini di pagamento, delle modalità di vendita oppure delle condizioni di cooperazione commerciale manifestatamente in deroga rispetto alle condizioni generali di vendita.

La stessa legge ha novellato il punto 3 dell'art. 36 della *Ordonnance* inserendo una norma mirante a contenere il fenomeno della richiesta di somme per entrare a fare parte dell'assortimento del distributore: è vietato all'impresa subordinare il passaggio degli ordini all'ottenimento di un vantaggio senza che questo trovi una giustificazione in un impegno scritto all'acquisto di un volume proporzionato e, eventualmente, in un servizio domandato dal fornitore ed oggetto di un accordo scritto. Al paragrafo 5 è sanzionato il comportamento di una parte che rompe brutalmente, anche parzialmente, una relazione commerciale stabilita senza preavviso scritto tenendo conto delle relazioni commerciali anteriori o degli usi riconosciuti da accordi interprofessionali.

L'incisività delle disposizioni sopra ricordate sarebbe sostenuta dalla presenza, nel medesimo titolo della *Ordonnance*, di una serie di norme che intendono promuovere la trasparenza delle relazioni commerciali fra produttori e

⁵⁶ Non sono dunque colpite dalla disposizione in esame le pratiche discriminatorie delle quali sono vittime i consumatori, cfr. P.ARHEL, *Les pratiques discriminatoires* (I parte), cit., p. 31.

⁵⁷ Di conseguenza, ad es., il distributore che non ha eseguito una controprestazione (servizio che avrebbe dovuto remunerare delle condizioni differenziate concesse dalla controparte) cui si era obbligato contrattualmente nei confronti del produttore, potrà essere citato in giudizio per inadempimento dal distributore e per violazione del divieto di discriminazione dai soggetti citati nel testo, cfr. P.ARHEL, *Les pratiques discriminatoires* (I parte), cit., p. 35.

⁵⁸ JO 3 luglio 1996, p.9983.

⁵⁹ Cfr. in part. J.-P. TRAN THIET, L.RAKOTOVAO, O.FRÉGET, S.VITAL-DURAND, *Transparence Tarifaire et Pratiques Restrictives*, Contrats, Concurrence, Consommation 1996, p.8.

distributori⁶⁰. Ad esempio, l'art.31 impone l'obbligo di emettere una fattura per ogni acquisto di beni o prestazione di servizi (la quale deve fra l'altro contenere l'indicazione della quantità, della denominazione precisa e il prezzo unitario dedotta l'IVA dei prodotti venduti e dei servizi resi, nonché di ogni riduzione del prezzo acquisita alla data della vendita o della prestazione di servizi e direttamente legata a questa operazione di vendita o di prestazione di servizi, ad esclusione degli sconti non previsti sulla fattura)⁶¹. Lo scopo della disposizione sarebbe quello di scoraggiare la concessione di vantaggi non fatturati, cioè il terreno d'elezione delle discriminazioni, nonché offrire ai destinatari della fattura i mezzi per verificare se sono stati vittime di una discriminazione, sempre che i fornitori si attengano alle condizioni generali di vendita⁶². L'art. 33 dispone a sua volta che i produttori, grossisti o importatori siano tenuti, su richiesta del rivenditore, a rendere note le condizioni commerciali alle quali operano (prezzi, altre condizioni, ristorni, sconti, ecc.). Inoltre, devono essere redatti per iscritto i contratti che disciplinano la remunerazione del distributore o del prestatario di servizi da parte del fornitore in contropartita di servizi specifici.

Le pratiche discriminatorie non giustificate dall'esistenza di contropartite reali (I c.) e le pratiche impedenti (II, III e IV c.) sono dunque vietate ai sensi dell' art. 36 della *Ordonnance n° 86-1243* nel momento in cui danno luogo ad un vantaggio o svantaggio concorrenziale per la controparte. Il divieto di discriminazione (in senso lato) è dunque generale , e non così come ai sensi dell'art.8 (nonché del § 20 GWB⁶³), applicabile alle sole imprese che detengono potere economico (assoluto o relativo).

⁶⁰ M.GLAIS, *Les pratiques discriminatoires*, cit., p. 85

⁶¹ Il testo precedente all'ultima modifica legislativa parlava invece di sconti, rimesse e ristorni, ed aveva dato luogo a diversi problemi di interpretazione.

⁶² P.ARHEL, *Les pratiques discriminatoires* (I parte), cit., p. 30

⁶³ Nell'ordinamento tedesco, nel periodo antecedente l'emanazione del GWB, la questione in merito alla opportunità di prevedere nella legislazione antimonopolistica un divieto di discriminazione generale è stata vivacemente dibattuta. Le leggi sulla decartellizzazione dell'industria tedesca emanate dagli alleati al termine del secondo conflitto mondiale prevedevano un divieto di pratiche discriminatorie ispirato alla Sect. 2 del Clayton Act, e cioè di portata generale e vellevole per tutte le imprese, v. W.FIKENTSCHER, *Zum Recht der Diskriminierungen*, cit., p.260.

10 *Segue: Divieto generale di pratiche discriminatorie e tutela della concorrenza di prestazione nel contesto delle filiere*

Sulla idoneità di un divieto generale di pratiche discriminatorie a tutelare e promuovere il processo concorrenziale molto si è discusso⁶⁴, ed i risultati ascrivibili all'applicazione dell'omologo divieto previsto nella legislazione antimonopolistica statunitense sembra semmai testimoniare a suo sfavore⁶⁵.

E' peraltro apertamente riconosciuto che la disposizione sopra brevemente ricordata (assieme alle altre del Titolo IV) avrebbe piuttosto l'obiettivo di promuovere la lealtà nelle relazioni commerciali che non la tutela del libero gioco della concorrenza⁶⁶.

Si pone tuttavia la questione, per quanto qui specificatamente interessa, se dall'applicazione di quel divieto possa derivare un pregiudizio alla concorrenza di prestazione nel contesto delle filiere, sulla quale a lungo ci si è soffermati nella I Parte del lavoro⁶⁷.

Non è dubbio, innanzitutto, che l'impianto normativo previsto al Titolo IV tenda in generale a scoraggiare les c.d. *remises qualitatives*, vale a dire la remunerazione di „servizi“ resi da un particolare distributore al fornitore⁶⁸, nella misura in cui sia appunto difficile indicare e descrivere questi ultimi con precisione.

Si è visto sopra, nella I parte del lavoro, che, nell'ambito della relazione fra un produttore ed un distributore, l'eventuale ricompensa di quest'ultimo attraverso la concessione di condizioni migliori di quelle offerte agli altri acquirenti può avere il significato di riconoscere e premiare una particolare prestazione imprenditoriale dello stesso (ad es., una migliore compatibilità fra

⁶⁴ Fra i principali motivi che vi si oppongono, v. quelli ricordati dalla *Monopolkommission*, «Mißbräuche der Nachfragemacht», cit., p.113 ss., che prendeva così posizione nei confronti di una proposta in tal senso avanzata da una parte dei distributori (raggruppati nella *Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels*) quale strumento per ridurre gli svantaggi concorrenziali (sul mercato a valle) della piccola distribuzione nei confronti dei grandi acquirenti.

⁶⁵ Cfr. fra gli altri *F.M.Scherer, Retail Distribution Channel Barriers to International Trade*, in *Antitrust Law Journal* 1999, p. 81 il quale parla di un bilancio deficitario del Robinson-Patman Act dal punto di vista degli obiettivi che esso intendeva invece promuovere («stemming the tide toward large-scale retailing»).

⁶⁶ Cfr. M.GLAIS, *Les pratiques discriminatoires*, cit., p.83 s.

⁶⁷ V. sopra, in part. p.36ss. e p.63ss.

⁶⁸ Tale sarebbe anche apertamente l'attitudine del *Conseil de la Concurrence* ad avviso di M.GLAIS, *Les pratiques discriminatoires*, cit., p.86.

l'immagine del distributore e l'immagine dei prodotti). Il distributore ha interesse a migliorare la capacità attrattiva nei confronti dei produttori, in quanto, se ha successo, viene appunto premiato attraverso la concessione di condizioni particolarmente favorevoli, dalle quali sono appunto esclusi i concorrenti meno capaci. Come si è già osservato⁶⁹, le imprese fornitrici non sanno tuttavia con certezza quale fra le prestazioni distributive loro offerte si rivelerà migliore delle altre alla prova del mercato. Si verifica dunque spesso che quella che al produttore è *soggettivamente* sembrata una prestazione da premiare con un trattamento privilegiato, alla prova del mercato non si è rivelata tale, e la differenziazione delle condizioni concesse può dunque sembrare nel caso concreto ad un osservatore esterno difficilmente giustificabile.

Ad una tale difficoltà di carattere generale, si aggiunga ora quanto specificatamente disposto dal legislatore francese al fine di implementare la trasparenza delle relazioni commerciali, ed in particolare l'obbligazione di redigere per iscritto i contratti che disciplinano la remunerazione «à sa „juste valeur marchande“» del distributore da parte del fornitore in contropartita di un servizio specifico, di complicata applicazione se si tratta di determinare il valore di prestazioni *volatili* quale la compatibilità dell'immagine⁷⁰.

Un sistema che mira a promuovere la trasparenza delle pratiche commerciali imponendo alle parti una puntuale giustificazione di ogni prestazione/controprestazione potrebbe dunque porre un freno al processo di sperimentazione, che è invece augurabile rimanga il più vasto possibile⁷¹.

⁶⁹ Sopra, a p.41.

⁷⁰ M.GLAIS, *Les pratiques discriminatoires*, cit., p. 87s.

⁷¹ Gli effetti concreti di disposizioni in tema di promozione della trasparenza delle relazioni è tuttavia in ogni caso estremamente limitato, dato l'infinito numero scappatoie a disposizione delle parti.

II CAPITOLO

SULL'ORIGINE DELLA PREOCCUPAZIONE IN ORDINE AL COMPORTAMENTO DELL'IMPRESA RELATIVAMENTE DOMINANTE

1 *Nell'ordinamento tedesco: La problematica del potere del domandante*

Per il tramite dell'estensione del divieto di comportamento discriminante ed impedente all'impresa relativamente dominante, il legislatore tedesco riconosce la rilevanza antimonopolistica dell'esercizio del potere economico del domandante *oltre* all'ipotesi della detenzione da parte di quest'ultimo di una posizione dominante sul mercato dell'approvvigionamento.

Già dagli anni '60 in molti sollecitavano un tale riconoscimento, facendo forza su argomenti di varia natura. In breve, si può dire che si contrapponevano in quel periodo due concezioni di potere della domanda. La prima, che individuava l'origine del potere in questione nello svantaggio *istituzionale* dell'industria nei confronti del commercio in una situazione di mercato dei compratori¹. La seconda, che ne imputava il manifestarsi all'instaurazione di una specifica relazione²: l'offerente sarebbe risultato a tale punto dipendente da uno specifico domandante da essere obbligato ad osservarne le direttive, e ciò indipendentemente dal peso di quest'ultimo sul mercato rilevante.

Il legislatore, emanando la disposizione qui commentata, avrebbe optato per questa seconda spiegazione³. La radice del potere (solo) verticale del domandante viene appunto individuata nella relazione medesima: essa non può venire interrotta senza incorrere in forti costi, tali da mettere a repentaglio la

¹ V. A.SÖLTER, *Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage*, cit., p. 322 «Nach alter Weisheit ist im Verkäufermarkt auch der kleine Anbieter «Monopolist», im Käufermarkt dagegen der kleine Nachfrager».

² H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., in part. p.86ss. e 132ss.

³ Cfr. W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p. 403; U.IMMENGA, *La notion de dépendance selon le droit allemand*, cit., p.725; H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, cit., p. 163.

sopravvivenza stessa sul mercato dell'impresa offerente⁴. Dipendente è dunque l'impresa impossibilitata a rivolgersi a partner alternativi, pur presenti sul mercato. La condizione della dipendenza dell'offerente aprirebbe al domandante dei margini di manovra non controllati dalle forze di mercato, che si ritiene necessario assoggettare ad una verifica esterna. Il potere del domandante, quando non sia da attribuire alla detenzione di una posizione dominante sul mercato dell'approvvigionamento, sarebbe dunque essenzialmente il potere del *partner* che nasce a seguito dell'instaurazione di un singolo rapporto: l'offerente risulta a tale punto dipendente da uno specifico domandante che si trova obbligato ad osservarne le direttive, e ciò indipendentemente dal peso di quest'ultimo sul mercato rilevante⁵.

2 *Segue: La repressione dell'imposizione indiretta del prezzo da parte dei produttori di beni di marca*

La presenza nell'ordinamento tedesco di una disposizione antimonopolistica in tema di controllo sull'esercizio di potere relativo risponde tuttavia ad un'ulteriore finalità, del tutto estranea alla problematica del potere della domanda.

La convinzione del legislatore tedesco che disturbi al funzionamento del gioco concorrenziale possano imputarsi a soggetti economici che non detengono alcuna posizione dominante si era in effetti già manifestata⁶ attraverso

⁴ Il Comitato economico del Bundestag parla di „unverhältnismäßige Belastungen“ e di un „zu großes oder nicht kalkulierbares Risiko“ della conversione dell'attività economica, in WuW 1973, 581, 592.

⁵ Tutt'altro che entusiastiche sono state le reazioni di una parte consistente della dottrina a seguito dell'introduzione nel diritto antitrust tedesco della disposizione sulla dominanza relativa. Fra i molti P.MÖHRING, *Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht*, DB 1974, p. 226 parla di «Eingriff in die freie Marktwirtschaft» «erhebliche Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit» «Zementierung der bestehender Marktsituation».

⁶ Per la ricostruzione di questo aspetto della genesi della nozione di dipendenza economica nel GWB v. in part. U.IMMENZA, *La notion de dépendance selon le droit allemand*, cit., p. 724. Nel progetto governativo di legge *antitrust* quella stessa convinzione veniva esplicitata nell'affermazione che «wer, aus welchen Gründen auch immer, einen beherrschenden Einfluß auf den Markt ausüben vermag, diese Macht nicht mißbrauchen dürfte», così come ricordato dal *Bundesgerichtshof* nella decisione „*Rossignol*“ cit., in WuW/E 1392 (p.250).

l'estensione del divieto di pratiche discriminatorie ai produttori di marca che imponevano il prezzo di rivendita agli acquirenti dei propri beni⁷.

Il distributore avrebbe ceduto ad una tale importante restrizione della propria libertà imprenditoriale, si riteneva, in quanto dipendente da quello specifico offerente. L'origine della subordinazione in questione si sarebbe individuata nella influenza esercitata da alcuni produttori sulla domanda finale (tramite la pubblicità, la garanzia di qualità, ecc.), che rendeva dunque inevitabile per il distributore trattare quei determinati prodotti. Nella misura in cui i distributori commerciali risultavano dipendenti da specifici produttori, circostanza dedotta dall'incapacità di sottrarsi alla restrizione della propria libertà imprenditoriale insita nell'obbligo di osservare il prezzo di rivendita imposto, essi venivano tutelati attraverso l'applicazione del divieto di pratiche discriminatorie⁸.

Nel corso dei dibattiti parlamentari sfociati nella promulgazione della II Novella, emerse l'intenzione di assoggettare anche i produttori di beni di marca alla proibizione generale di vendita a prezzi imposti. A quel punto, l'influenza della nozione di dipendenza economica, intesa nell'accezione di subordinazione del distributore nei confronti di un produttore di beni di marca, non tuttavia è venuta meno. Il legislatore tedesco le avrebbe anzi riconosciuto un ruolo di non poco rilievo nella lotta contro l'imposizione indiretta dei prezzi di vendita ai

⁷ Il § 26 (ora § 20) , I c. GWB, nella formulazione anteriore alla II Novella, aveva infatti come destinatarie, fra le imprese che imponevano il prezzo, anche i produttori di beni di marca soggetti tuttavia ad una certa concorrenza orizzontale (più precisamente, il § 16, c.1, n.1 GWB prevedeva che l'imposizione del prezzo di prodotti di marca fosse consentita se i prodotti interessati si trovavano in concorrenza di prezzo con prodotti equivalenti di altri produttori o distributori).

⁸ Passaggio delicato del ragionamento riportato è che i distributori non abbiano altrimenti *alcun* interesse ad accettare di rivendere il bene al prezzo imposto, considerazione che può però apparire difficilmente convincente. E' ben noto infatti che il sistema del prezzo di rivendita imposto, in particolare nell'ipotesi considerata nel testo, permette a tutti quelli che vi aderiscono degli interessanti margini commerciali senza correre i rischi legati alla partecipazione alla concorrenza *intra-brand*. La circostanza che il bene sia di marca garantisce la sua vendita, senza che siano necessari sforzi aggiuntivi. Il sistema del prezzo imposto diventa invece meno interessante per i distributori nel momento in cui l'importanza relativa della marca si affievolisce a causa della presenza sul mercato di *numerosi* prodotti di notorietà equiparabile. A quel punto diventa necessario trattare un vasto numero di prodotti di marca e aumentano di conseguenza i costi relativi alla gestione delle transazioni. Poiché i profitti non aumentano nella stessa percentuale, si va alla ricerca di nuove fonti di guadagno. Ci si rende presto conto dei benefici che si possono dunque ottenere sottraendo parte del margine commerciale alla controparte a monte e „spartendosi“ almeno parte dei guadagni così ottenuti con i consumatori.

distributori, ottenuta cioè attraverso la combinazione di un sistema di distribuzione fortemente selettiva con dei mirati rifiuti di vendere⁹.

Provata la dipendenza del distributore nei confronti di uno specifico produttore di marca, il riconoscimento da parte del legislatore del diritto del primo a non essere discriminato attraverso un ingiustificato rifiuto di fornitura è apparso infatti un utile mezzo per scardinare sistemi distributivi concepiti dai produttori con quell'intento¹⁰.

3 *Segue: Sulla doppia vocazione del § 20, II c. GWB*

La circostanza che con la stessa disposizione il legislatore tedesco abbia inteso affrontare dei problemi concorrenziali così diversi fra loro (il problema dell'esercizio di potere verticale della domanda, da una parte; l'elusione del divieto di prezzo imposto tramite la distribuzione selettiva, dall'altra) ha ovviamente ostacolato l'elaborazione di una giustificazione teorica unitaria della stessa¹¹.

La doppia vocazione del § 20, II c. è stata, anche nella prassi applicativa, tutt'altro che favorevole ad una equilibrata confrontazione con le specifiche difficoltà di valutazione poste dal fenomeno del potere del domandante. Come si vedrà nel capitolo successivo, l'elaborazione del concetto di dipendenza da domanda ha in particolare sofferto a causa dell'inopportuno tentativo di estensione di criteri elaborati per accertare la dipendenza dall'offerente, e dunque per combattere l'imposizione (indiretta) del prezzo di vendita per i prodotti di marca¹².

Le difficoltà di cui qui si parla si sono tuttavia manifestate ad un livello ancora diverso: l'obiettivo di reprimere l'imposizione del prezzo di rivendita, perseguito con determinazione dalla giurisprudenza, avrebbe addirittura finito per esacerbare la dipendenza dei produttori nei confronti dei grandi distributori, e dunque aggravare il problema che quella medesima disposizione vuole invece

⁹ Cfr. in part. il Rapporto della Commissione Parlamentare per l'Economia (*Bericht des Ausschusses für Wirtschaft*) sul progetto di II Novella del GWB, in WuW 1973, p. 581 ss., a p. 585 s. nonché a p. 593.

¹⁰ V. il rapporto della Commissione economica del Bundestag, in WuW 1973, 581, 593.

¹¹ Come notato in part. da W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p. 495, il quale non rileva tentativi in questo senso neppure da parte della *Monopolkommission*.

contribuire a risolvere¹³. La prova in merito alla particolare reputazione od immagine di un prodotto su un mercato sarebbe stata infatti considerata sufficiente, da parte della giurisprudenza prevalente, a giustificare la dipendenza economica di un fabbricante di prodotti di marca nei confronti di un *qualsiasi* distributore, dando luogo praticamente ad un obbligo di fornitura. In quel modo, avrebbero beneficiato di un vero e proprio diritto di approvvigionamento anche le imprese di distribuzione già dotate di potere di contrattazione nei confronti dei produttori¹⁴.

La tendenza, riscontrabile in particolare in giurisprudenza, ad accertare con larghezza la dipendenza dei distributori dai produttori di marca si è negli anni parzialmente affievolita¹⁵; inoltre, vi è stato l'intervento del legislatore che ha, proprio reagendo alle critiche manifestate dall'industria, limitato l'applicazione della norma a favore delle imprese dipendenti medio-piccole¹⁶. Le difficoltà di elaborazione di un concetto di dipendenza a causa del potere relativo del domandante sono invece a tutt'ora presenti, come si vedrà in particolare nel prossimo capitolo.

4 *La preoccupazione nei confronti dello squilibrio contrattuale fra produttori e distributori all'origine della disposizione sull'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento francese*

La genesi della norma sull'abuso di dominanza relativa in Francia si nutre delle preoccupazioni per le manifestazioni di potere della domanda che poggiano su quello che viene visto come uno squilibrio contrattuale fra le posizioni di produttori e distributori¹⁷.

¹² La stessa valutazione può essere riproposta per il diritto francese.

¹³ Per la critica che segue nel testo cfr.

¹⁴ H.ARNDT, *Ökonomischer Maßstab und rechtlicher Ansatz der Monopolkommission, in Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, Köln 1985, 54 ss. “(D)ie nachfragestarken Unternehmen sind daher in der Lage, ihre Lieferanten gegeneinander auszuspielen, ohne dass diese sich hingegen wehren koennen. Die ihnen grundsatzlich auferlegte Lieferpflicht hat sie wehrlos gemacht”, (corsivo dell'a. omissso).

¹⁵ In particolare, v. la decisione „Technics“.

¹⁶ Argomento che verrà ripreso sotto.

¹⁷ M.GLAIS, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, Revue d'Économie Industrielle 1994, p. 82.

L'urgenza di un intervento *ad hoc* viene affermata dalla *Commission de la concurrence* nel 1984, in occasione della creazione di tre centrali d'acquisto (raggruppanti 43 imprese di distribuzione) che rappresentavano complessivamente il 32 % della cifra d'affari del commercio al dettaglio¹⁸.

A seguito della centralizzazione degli acquisti si sarebbe prodotta una dipendenza asimmetrica fra produttori e distributori: mentre molti dei fornitori realizzavano tra il 5 ed il 20% della propria cifra d'affari con una singola centrale (in Francia), un fornitore non avrebbe rappresentato mai più del 3 % della cifra d'affari di una di quelle acquirenti. L'eventuale interruzione della relazione commerciale sarebbe risultata di conseguenza ben più gravosa per l'offerente che non per il domandante, e quest'ultimo avrebbe avuto modo di trarre dei vantaggi abusivi da una tale (squilibrata) situazione. La normativa in materia di posizione dominante, notava ancora la *Commission*, non sarebbe stata in grado di reprimere quegli specifici abusi perché le centrali d'acquisto non dominavano alcuno specifico mercato dell'approvvigionamento del prodotto. Essa auspicava perciò l'introduzione nella disciplina *antitrust* di una disposizione, ispirata al §26 II c., II periodo GWB (l'attuale §20, II c. GWB), che permettesse dunque di vigilare sul comportamento di imprese che, senza detenere alcuna posizione dominante, erano, grazie al loro peso sul mercato, dei partner obbligatori sia per *fornitori* che per *clienti*¹⁹.

5 *Segue: la repressione degli abusi di potere economico relativo, sia del domandante che dell'offerente*

L'intento principale perseguito dal legislatore francese attraverso l'emanazione della disposizione qui in esame è stato dunque quello di colpire le manifestazioni di abuso di potere relativo messe in atto da parte di imprese domandanti e in quel modo essenzialmente dotare l'industria di mezzi di difesa nei confronti della grande distribuzione²⁰. Nell'ambito delle riflessioni teoriche

¹⁸ *Commission de la concurrence*, Parere relativo alla situazione delle centrali d'acquisto e dei loro raggruppamenti del 14 marzo 1985. L'intervento della autorità a tutela della concorrenza sarebbe stato a sua volta sollecitato in part. dall'industria agroalimentare.

¹⁹ *Commission de la concurrence*, Parere, cit., in part. p. 10,

²⁰ V. G.PASQUI, *L'abus de dépendance économique*, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation* 1993, p. 8.

che hanno condotto a quell'intervento, sarebbe tuttavia maturata la più ampia intenzione del legislatore francese di intervenire nei confronti di ogni manifestazione abusiva di potere economico relativo lesiva della concorrenza²¹.

I giudici e l'amministrazione francesi, svincolati dallo scopo di combattere i sistemi di imposizione indiretta del prezzo (in quanto tali) cui invece sono soggetti per volontà legislativa i rispettivi colleghi d'oltre Reno, hanno di conseguenza offerto, fin dalle prime pronunce successive all'emanazione della *Ordonnance n° 86-1243*, un'interpretazione più restrittiva della nozione di dipendenza del distributore dal produttore rispetto all'omologa nozione di diritto tedesco²².

²¹ Cfr. M.GLAIS, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, cit., in part. a p. 85 „L'introduction du concept d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ...permet maintenant aux autorités concurrentielles françaises de traiter *l'ensemble des situations* dans lesquelles une entreprise peut par un usage abusif de sa position de force vis à vis des concurrents ou des partenaires commerciaux, perturber le fonctionnement normal du jeu concurrentiel mais également mettre en danger la vie d'une entreprise efficiente“ (corsivo mio); v. anche B.LABUDEK, *Die Behandlung von Diskriminierung und Behinderung im französischen Kartellrecht*, Frankfurt am Main 1992, p.171.

²² Si tratta della nozione di dipendenza per causa di assortimento, che verrà analizzata nel capitolo successivo.

III CAPITOLO

LA FATTISPECIE DELLA DIPENDENZA

1 *La dipendenza per ragioni di assortimento nell'ordinamento tedesco*

In entrambi gli ordinamenti considerati, la modalità di dipendenza economica che nella prassi ha dato luogo al maggior numero di interventi (in particolare giurisprudenziali) è stata quella del distributore dal produttore di beni di marca.

Nel diritto tedesco si è affermato il principio per cui un rivenditore risulta dipendente *ex § 20, II c. GWB* se, in caso di assenza di un determinato articolo dal marchio notorio dalla propria offerta di beni, egli prevedibilmente subirebbe un pregiudizio non irrilevante alla propria capacità concorrenziale¹.

Ai fini dell'accertamento dello stato di dipendenza da assortimento vengono di regola considerati elementi quali l'importanza e l'immagine del prodotto sul mercato², la funzione economica e la particolare concezione distributiva del rivenditore, nonché il comportamento tipicamente tenuto dai consumatori³. La presenza di prodotti di altri beni di marca sul mercato non sarebbe sufficiente a negare la dipendenza del distributore da uno specifico produttore quando l'importanza del marchio di quest'ultimo sia tale che il rivenditore deve inserirlo nel proprio assortimento se vuole mantenere il rango di

¹ Si parla perciò di una *sortimentsbedingte Abhängigkeit*, cfr. «Adidas», p.458; «Asbach-F», p. 779. Nel Rapporto della Commissione Parlamentare per l'Economia (*Bericht des Ausschusses für Wirtschaft*) sul progetto di II Novella del GWB, si menzionava già, fra le possibili fattispecie di dipendenza, quella delle imprese di distribuzione dalla fornitura di articoli dal marchio notorio, v. WuW 1973, p. 581 ss.

² Cfr. «Rossignol», 251; «Adidas», p.458; v. però «Technics», p.491, in cui il BHG assume un atteggiamento più rigido, affermando che la particolare qualità ed immagine del prodotto, nonché la massiccia pubblicità di cui quello era stato oggetto, non sarebbero stati sufficienti, avendo dovuto la marca in questione essere «*führend*» perché si potesse motivare la dipendenza.

³ I quali, nel momento in cui si recano in un negozio per acquistare un prodotto di una specifica marca non si lascerebbero convincere ad acquistare un prodotto portante un marchio diverso, cfr. Adidas, p. 458.

un distributore specializzato generalmente riconosciuto come tale⁴. Di scarsa rilevanza ai fini dell'accertamento dello stato di dipendenza da assortimento sarebbe in ogni caso la circostanza della bassa quota di mercato detenuta dal produttore⁵. Altrettanto irrilevante è stato ritenuto il rapporto fra la quota del fatturato del distributore ottenuta grazie alla vendita del prodotto successivamente „negato“ rispetto al fatturato complessivo⁶.

L'accertamento dello stato di dipendenza non presuppone infine che fra le parti sia stato precedentemente instaurato un rapporto commerciale. Si è ad esempio considerata dipendente l'impresa la quale, pur non avendo alcun rapporto in corso con uno specifico produttore, tenta di allacciare con quest'ultimo una relazione commerciale per assicurarsi la distribuzione di prodotti nuovi⁷ e così ampliare la propria attività, oppure per fare ingresso su uno specifico mercato⁸. L'applicabilità del § 20, II c. GWB alle ipotesi dei c.d. *newcomer* viene giustificata ricordando che fra gli scopi del divieto di pratiche discriminatorie vi sarebbe quello di assicurare la possibilità di accesso al mercato⁹.

2 *Segue: La dipendenza da assortimento delle sole imprese di dimensioni medio-piccole*

L'applicazione in particolare in sede giurisprudenziale del §20, II c. GWB, ha permesso ad alcune forme di distribuzione (in particolare quelle c.d. discount) di trattare i prodotti di marca la cui fornitura veniva loro precedentemente negata¹⁰. Ciò ha ovviamente facilitato il loro sviluppo, prima che fosse raggiunta quella massa critica che le avrebbe comunque rese interessanti anche per i produttori di beni di marca. Nella seconda metà degli

⁴ Asbach-F. p.779; Rossignol, 252.

⁵ Anche sulla base della considerazione che la particolare rilevanza del marchio potrebbe dipendere, fra l'altro, da una consapevole rinuncia alla vendita di quantitativi notevoli, preferendo invece godere dell'immagine di prodotto esclusivo, cfr. Adidas, p. 458.

⁶ Adidas, p. 459; Rossignol 252 (fatturato complessivo di 10 milioni DM; 100.000 DM realizzati grazie alla vendita degli sci Rossignol).

⁷ Adidas, p.458.

⁸ Nordmende, p. 463; cfr. MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p. 1263 ss. (§115) per la nozione di *Spitzenstellungsabhängigkeit*.

⁹ Cfr. MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p. 1262 (§ 111).

anni '80, a compimento del processo di affermazione della grande distribuzione, il diritto in questione è apparso tuttavia inutile, se non addirittura dannoso¹¹. In primo luogo la pressione economica all'utilizzo di tutti i possibili canali di smercio ed il comportamento dei consumatori avevano già fatto sì che i prodotti di marca fossero presenti anche presso la grande distribuzione¹². Secondariamente, il riconoscimento di un diritto di approvvigionamento avrebbe amplificato il potere di contrattazione già goduto dalla grande distribuzione nei confronti dei produttori¹³.

In occasione della V Novella del GWB, nel 1989, al fine appunto di arginare il riconoscimento della dipendenza per ragioni di assortimento, si introduceva la limitazione dell'applicazione della norma alle sole imprese dipendenti di medie o piccole dimensioni¹⁴. Nei confronti dei grandi distributori, si ritiene dunque che i produttori non godrebbero più di margini di libertà d'azione non sufficientemente controllati dalle forze di mercato¹⁵.

3 *Segue: Revisione della finalità della dipendenza da assortimento ?*

La restrizione del campo di applicazione decisa dal legislatore tedesco appare affatto coerente con la natura *politica* della disposizione (limitazione nel tempo e negli scopi), volta a stimolare una determinata reazione di mercato. Nel caso di specie, il legislatore intendeva promuovere l'affermazione sul mercato della distribuzione di formule diverse dal commercio tradizionale¹⁶. La previsione di un diritto di fornitura ha probabilmente accelerato quel processo di ristrutturazione del settore della distribuzione al dettaglio che si sarebbe tuttavia

¹⁰ Cfr. U.IMMENGA, *La notion de dépendance selon le droit allemand*, cit., p.728

¹¹ V. fra gli altri P.ULMER, *Muß der Leistungswettbewerb stärker geschützt werden ?*, cit., p.705

¹² Cfr. anche «Herstellerleasing» BGH del 19.1.1993, in WuW/E BGH 2875, 2878 „Soweit sie nicht marktbeherrschenden Anbietern gegenüberstünden, verfügten Großunternehmen des Handels in der Regel auch ohne besondere Schutzvorschrift über ausreichende Möglichkeiten, um die Waren für ihre Sortimente zu marktrechten Konditionen zu erhalten».

¹³ V. sopra, a p.96.

¹⁴ Cfr. V.EMMERICH, *Kartellrecht*, München 1994, p. 292

¹⁵ Cfr. la Motivazione della proposta governativa di V Novella del GWB in WuW 1990, 333, 346; cfr. anche «Herstellerleasing», cit., WuW/E BGH, 2878.

¹⁶ Resa possibile in part. grazie l'estensione della condizione della dipendenza ai *newcomer*.

ugualmente prodotto¹⁷. I distributori *self-service*, ad esempio, hanno notevolmente approfittato in termini di immagine della notorietà delle marche che hanno avuto il diritto di rifornire, e ciò ha ovviamente contribuito alla loro affermazione.

Una volta raggiunto il risultato prefissato („accesso al mercato“), almeno nel settore della distribuzione di beni alimentari, l'introduzione della limitazione dimensionale risponde appunto all'intento di circoscrivere l'applicazione della disposizione alle ipotesi in cui se ne dovesse ancora riscontrare *effettivamente* la necessità¹⁸.

A questo punto dovrebbe essere possibile, nel diritto tedesco, lavorare alla elaborazione di una nozione di dipendenza del distributore dal produttore (chiamata da assortimento, o da effetti sinergici) finalizzata alla *sola* individuazione dei margini di libertà d'azione non controllati dalle forze di mercato¹⁹, e dunque esclusivamente preordinata alla sanzione di manifestazioni di *potere verticale dell'offerta* ritenute lesive della concorrenza.

4 *La dipendenza per ragioni di assortimento nell'ordinamento francese*

Si è detto nel capitolo precedente dello scopo unitario che informa l'art. 8-2 della *Ordonnance*, vale a dire la volontà di sanzionare le manifestazioni abusive di potere economico relativo *sia* del domandante *che* dell'offerente giudicate lesive della concorrenza²⁰.

Fin dalle prime pronunce in materia di dipendenza da assortimento si profilano in effetti delle significative peculiarità rispetto alla omologa nozione ex §20, II c. GWB. Vengono individuati essenzialmente tre criteri, la cui *contemporanea* soddisfazione dovrebbe permettere al decisore di concludere in merito alla dipendenza del rivenditore dal produttore per ragioni di assortimento: la notorietà del marchio, la consistenza della quota di mercato detenuta dal

¹⁷ Di questo avviso mi sembra anche W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p.491.

¹⁸ Cfr. ancora la Motivazione della proposta governativa citata alla nota 15.

¹⁹ Come a suo tempo già auspicato fra gli altri da W.BENISCH, *Die Erweiterung des Diskriminierungsverbot*, cit., p.893

²⁰ L'elaborazione della nozione di dipendenza per ragioni di assortimento dovrebbe perciò rispondere, almeno nell'intenzione del legislatore, allo scopo di individuare dei margini di libertà d'azione del produttore non controllati dalle forze di mercato.

fornitore sul relativo mercato, il peso dei prodotti in questione in relazione alla cifra d'affari complessiva del distributore. Di conseguenza, una volta accertata la particolare notorietà del marchio, ciò non sarebbe sufficiente²¹ per concludere in merito alla dipendenza del distributore, se non emerge che una parte rilevante della cifra d'affari di quest'ultimo viene realizzata grazie alla vendita del prodotto di quella determinata marca e che il produttore in questione detiene una parte significativa del mercato dell'offerta.

La notorietà della marca del fornitore è stata in concreto accertata sulla base dell'affidabilità tecnica²² e del contenuto innovativo²³ dei prodotti offerti, oppure della stabilità della buona reputazione goduta, indipendentemente dalla ragione²⁴. Si considera poi la rilevanza delle vendite dei prodotti in questione in rapporto alla cifra d'affari complessiva del distributore²⁵. Il *Conseil de la Concurrence* ha ritenuto che quote del 47-75% siano atte a caratterizzare la dipendenza economica, mentre l'ha negata in relazione a quote inferiori al 30%²⁶.

Infine, si considera la consistenza della quota di mercato detenuta dal fornitore sul relativo mercato. Ad una tale circostanza non sembra venga tuttavia riconosciuta un'importanza autonoma determinante²⁷. La sua rilevanza emerge

²¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit Interne de la Concurrence*, cit., p.206; déc5, in cui si ritiene non dimostrata la indispensabilità del prodotto per la riuscita dell'attività imprenditoriale. Si ricordi invece che nel diritto tedesco si considera dipendente il rivenditore che deve inserire un determinato prodotto nel proprio assortimento se vuole mantenere il rango di un distributore specializzato generalmente riconosciuto come tale, oppure che deve potere trattare quel prodotto per potere ampliare la propria attività oppure per potere accedere ad un mercato (applicabilità al c.d. *newcomer*)

²² «Chapelle/Semavem», «Mercedes»

²³ «Sony»

²⁴ La Cour d'appel di Parigi in «Kenner Parker Tonka» ha tuttavia affermato che si deve trattare di quella particolare notorietà della marca che fa sì che il prodotto risulti insostituibile, tale da costituire da solo un mercato particolare—Il *Conseil* aveva invece ritenuto che anche una notorietà passeggera, legata ad un fenomeno di moda, potesse dare luogo ad una dipendenza economica

²⁵ Sulla base della elementare considerazione che più la parte dell'impresa fornitrice in questione è importante, più serie sono le conseguenze di una eventuale rottura della relazione per l'impresa di distribuzione, cfr. G.PASQUI, *L'abus de dépendance économique*, cit., p.9.

²⁶ «Seda/JVC»; déc 15: solo 2%; déc 30: 9%

²⁷ M.GLAIS, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, cit., p.88 ss. ritiene invece che il criterio determinante al fine dell'accertamento della dipendenza economica sia l'assenza di soluzioni equivalenti, che collega alla necessità di verificare la quota di mercato detenuta dal produttore. Una tale opinione non mi sembra tuttavia che corrisponda al modo comune di procedere degli organi chiamati ad applicare l'art. 8-2, che sono soliti appunto applicare i criteri di cui si parla nel testo ai fini della prova della dipendenza da assortimento, nonché il criterio della indisponibilità delle soluzioni equivalenti, v. la dottrina già citata alla nota 47, I cap. (II Parte), nonché G.PASQUI, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 9.

nel momento in cui viene messa in relazione con quanto l'applicazione degli altri criteri ha già permesso di appurare: in un caso, ad esempio, la quota di mercato del 20% è stata ritenuta sufficiente soprattutto perché il 78% della cifra d'affari era realizzata dal distributore grazie alla vendita di quel determinato prodotto.

L'importanza attribuita al criterio della percentuale della cifra d'affari realizzata con il fornitore per accertare la dipendenza dallo stesso fa sì che la norma in questione sia risultata praticamente inapplicabile a favore della grande distribuzione. Inoltre, ancora a differenza di quanto si è verificato in Germania, le autorità francesi ritengono che l'accertamento della dipendenza presupponga inevitabilmente l'esistenza di un rapporto²⁸, e dunque che la norma non possa essere richiamata da un *newcomer* al fine di vedersi riconoscere il diritto ad essere rifornito.

5 *Segue: Cenni in tema di potere verticale dell'offerente e tutela della concorrenza di prestazione nel contesto della filiera*

La fattispecie della dipendenza da assortimento è stata qui analizzata al solo fine di verificare l'eventuale influenza della stessa nei confronti della problematica del potere verticale della domanda. Mentre si è appurato che nel diritto tedesco una certa influenza concreta vi è stata, ad una conclusione diversa si è giunti con riguardo al diritto francese.

Anche se non rientra nei circoscritti obiettivi del presente lavoro, mi sembra che, in termini assai generali, la tutela dei processi concorrenziali all'interno della filiera possa giustificare anche il controllo sull'esercizio di potere che si fonda sulla dipendenza del domandante dall'offerente. Ci si riferirebbe così a situazioni in cui il domandante, a seguito degli investimenti specifici realizzati²⁹ a favore dell'offerente o per altri motivi (fra l'altro, a causa di una qualche complementarietà fra la marca - notoria - del produttore e la capacità di attrazione dell'assortimento del distributore nei confronti dei consumatori³⁰) detiene ed esercita il potere, ad esempio, di indurre l'acquirente ad acquistare un quantitativo più elevato di prodotti ad un prezzo invariato oppure

²⁸ déc5

²⁹ In questo senso già la fattispecie della dipendenza per ragioni di impresa del domandante nei confronti dell'offerente in Germania, v. il paragrafo immediatamente successivo.

lo stesso quantitativo ad un prezzo più alto³¹, nonché di imporre alla controparte l'assunzione di obbligazioni, ecc. Andrebbe poi verificato nel caso concreto quando, attraverso l'esercizio del potere verticale dell'offerente, si pregiudichi la concorrenza di prestazione all'interno della filiera in modo rilevante per il diritto antitrust³².

6 *La dipendenza per ragioni di impresa nel diritto antitrust tedesco*

La fattispecie della dipendenza per ragioni di impresa si intende realizzata quando un soggetto economico, sia domandante che offerente, nel quadro di un rapporto di lunga durata, caratterizza in misura tale la propria azienda e la propria attività al fine di soddisfare le esigenze di un altro soggetto economico, da rendere particolarmente dannosa sul piano concorrenziale una eventuale rottura delle relazioni con quest'ultimo³³.

La dipendenza per ragioni di impresa *dell'acquirente* è stata accertata in varie occasioni. Si è imputata ad esempio alla circostanza che il distributore avesse investito buona parte del proprio capitale nella promozione di una specifica marca³⁴, nonché in utensili necessari alla manutenzione e riparazione di uno specifico prodotto e non diversamente utilizzabili³⁵. I confini fra la dipendenza da impresa e quella da assortimento non sempre sono netti. L'aspetto della difficoltà di sostituire una marca con un'altra viene spesso collegato alla realizzazione di investimenti specifici al fine di dare solide basi all'allegazione di dipendenza³⁶.

³⁰ V. W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., in part. a p.497.

³¹ La teoria del prezzo non sarebbe in grado neppure di spiegare un tale fenomeno. Il profitto (monopolistico), secondo quella teoria, si ottiene riducendo la quantità offerta; qui, invece, si costringe semplicemente la controparte a modificare la propria valutazione, cfr. H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, cit., p. 132 s..

³² Adattando alla diversa fattispecie del potere verticale dell'offerente la griglia teorica elaborata nella I Parte del lavoro, in part. a p. 65 ss.

³³ Cfr. Opel-Blitz, p. 705; Kfz-Vertragshändler, p. 738. U.IMMENGA, *La notion de dépendance selon le droit allemand*, cit., 731. L'ipotesi in questione necessariamente nasce da uno specifico rapporto, cfr. K.HEUCHERT, *Die Normadressaten des § 26, Abs.2 Satz 2 GWB*, cit., p.97.

³⁴ „BMW-Direktändler“; „Kfz-Vertragshändler“, p. 738; „Opel-Blitz“, p. 795.

³⁵ BKartA WuW/E BKartA 1805, 1806

³⁶ V. U.CARLHOFF, *Das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs.2 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Köln 1988, p.36.

La fattispecie della dipendenza per ragioni di impresa *dell'offerente*, ha ricevuto attenzione al solo livello dottrinale³⁷. Si è sostenuto che essa possa trovare origine nell'aver, l'offerente, effettuato degli investimenti irreversibili a favore del domandante, così come si verifica nell'ipotesi della subfornitura; inoltre, essa potrebbe essere rafforzata dall'aver il fornitore rinunciato a svolgere un'attività produttiva autonoma al fine di conformarsi alle esigenze di uno specifico acquirente, oppure dall'aver collocato la propria unità produttiva in un luogo geograficamente prossimo agli stabilimenti del committente, e lontano da altre occasioni d'affari.

All'origine della scarsa rilevanza pratica della fattispecie vi potrebbe essere il timore di rappresaglie da parte dell'impresa relativamente dominante -il committente- (nonché da parte dei concorrenti di quest'ultimo), che ridurrebbe al silenzio i subfornitori vittime dell'abuso³⁸. Un ruolo non irrilevante al fine di evitare che i conflitti fra committenti e subfornitori giungano ad interessare l'autorità amministrativa o giudiziaria è probabilmente giocato anche dalle associazioni di categoria. In particolare, l'Associazione Federale degli Industriali Tedeschi (*Bundesverband der Deutschen Industrie*) fin dagli anni '70, si è fatta promotrice di un dialogo fra le parti (istituzionalizzato nel gruppo di lavoro „Questioni sulla fornitura“), mirante a prevenire ed appianare i contrasti tipicamente caratterizzanti i rapporti di subfornitura industriale. I risultati di quegli sforzi vengono periodicamente raccolti in rapporti, che dovrebbero servire da guida alla redazione di contratti „liberi da abusi di potere“ e da stimolo alla concorrenza di prestazione³⁹. Inoltre, l'intervento delle associazioni economiche cui i subfornitori appartengono (a seconda del settore) sarebbe stato in molte occasioni efficace nel rendere meno gravose per i propri aderenti le pretese avanzate dai committenti⁴⁰.

³⁷ Cfr. fra gli altri S.KLAUE, *Nationales Kartellrecht und Zuliefererproblematik*, cit., p.1315

³⁸ V. in questo senso la dichiarazione del Presidente del Bundeskartellamt, riportata da WuW 1994, p. 96, H.SATZKY, *Nachfragemacht im Zulieferbereich*, cit., p. 608.

³⁹ Cfr. il Rapporto del 1979, in WuW 1979, p. 660 ss. ed il Rapporto del 1992 (incompleto), in WuW 1992, p. 745 ss.

⁴⁰ Come evidenziato, sulla base di riscontri concreti (interviste, ecc.), da H.-M.GECK/G.PETRY, *Nachfragemacht gegenüber Zulieferern*, cit., p. 73 ss.

7 *La dipendenza per ragioni d'affari ai sensi dell'art. 8-2 della Ordonnance n° 86-1243 ?*

La rilevanza ai sensi dell'art.8-2 della *Ordonnance* della dipendenza per ragioni di impresa (o d'affari) viene quasi unanimemente negata in dottrina⁴¹ e non ha trovato alcun riconoscimento, allo stato attuale, nella prassi decisionale .

Il *Conseil de la concurrence* ha ad esempio sostenuto che non sarebbe dipendente un concessionario di autoveicoli nei confronti del fornitore, pur approvvigionandosi al 100% presso quest'ultimo e nonostante la notorietà del marchio dei prodotti, essendo «accertato» che il concessionario può passare da una rete all'altra con notorietà analoga⁴². Alla circostanza della realizzazione di investimenti irreversibili a favore del produttore di autoveicoli non è stata attribuita alcuna particolare rilevanza. Nei lavori preparatori della già citata l.n.85-1408⁴³, che ha introdotto nella legislazione antimonopolistica francese la nozione di dipendenza, si ritrova tuttavia fra le ipotesi esplicitamente menzionate quella «*du sous-traitant qui ne peut pas facilement reconvertir son activité pour recourir à un autre donneur d'ordre*»⁴⁴.

I casi fin qui concretamente decisi non riguardavano che fattispecie in cui in discussione era l'eventuale dipendenza dell'offerente-distributore (mai del domandante), ed in particolare del concessionario di autoveicoli. In quelle ipotesi, in effetti, i costi della conversione (del passaggio nel caso concreto da una rete distributiva ad un'altra di notorietà analoga) sono tipicamente inferiori a quelli che dovrebbe sopportare il subfornitore (diversa *potrebbe* essere la valutazione se si trattasse di decidere in merito alla dipendenza dell'affiliato). La condizione della sovracapacità produttiva facilita poi, in ogni caso, l'inserimento

⁴¹ Tale è esplicitamente il parere di A.DECOCQ, M.PEDAMON, *Ordonnance du 1° décembre 1986*, cit., p.12, i quali ritengono che le imprese «disposent, en principe, en cas de cessation de leurs relations contractuelles, de „solutions équivalentes“, de solutions suffisantes et supportables de se tourner vers d'autres fournisseurs...Il n'en irait autrement que si les contrats mettaient à leur charge une obligation de non-concurrence d'assez longue durée sans versement corrélatif d'une indemnité de clientèle. Ici, ils pourraient soutenir à coup sûr qu'ils sont asservis économiquement à leur concédant»; b80, p. 146; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit Interne de la Concurrence*, cit., p.206 s., la quale distingue fra dipendenza giuridica (volontaria) ed economica, quale risultato di una situazione sul mercato, e ritiene che solo la seconda interessi l'applicazione dell'art.8-2. Di avviso diverso, mi pare, solo M.GLAIS, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, cit., p. 90 ss.

⁴² *Chaptal/Mercedes-Benz France, Honda Japauto*;

⁴³ V.sopra, alla nota 44 del I capitolo - II Parte.

⁴⁴ Da A.DECOCQ, M.PEDAMON, *Ordonnance du 1° décembre 1986*, cit., p. 11.

di un rivenditore (dotato di conoscenze, ecc.) nella rete distributiva di un produttore concorrente, purché la politica di ristrutturazione delle reti di vendita non coinvolga tutto il settore⁴⁵.

La preoccupazione che emerge soprattutto in dottrina è che il riconoscimento della fattispecie di dipendenza per ragioni di impresa possa essere sfruttata dalle imprese che aderiscono alle reti di vendita (concessionari, affiliati, ecc.) per ottenere una protezione ulteriore (rispetto a quanto già, eventualmente⁴⁶, garantito dal diritto civile) in caso di recesso dal contratto della controparte⁴⁷.

In realtà, come si è sostenuto nella I Parte del lavoro, il controllo antimonopolistico sull'esercizio del potere relativo non dovrebbe dare luogo (in nessun caso) alla protezione dell'impresa dipendente dalla decisione della controparte di recedere dal contratto.

8 *La dipendenza da (potere della) domanda nell'ordinamento tedesco*

Ai sensi del diritto antimonopolistico tedesco, la fattispecie della dipendenza (da potere della) domanda si intende realizzata al concorrere di determinate circostanze.

In primo luogo, una percentuale significativa⁴⁸ dell'offerta complessiva dell'impresa della cui dipendenza si discute deve risultare assorbita dal singolo acquirente. Il *Bundeskartellamt* ha sostenuto di recente che l'assorbimento da parte del rivenditore di quote del 7,5% dell'offerta complessiva del singolo fornitore basterebbe già ad indicare la dipendenza di quest'ultimo⁴⁹. La suddetta

⁴⁵ Così come mi sembra stia avvenendo nel settore della distribuzione di automobili di molti dei paesi dell'Unione Europea.

⁴⁶ Nel diritto francese sembrerebbe che la tutela sia estremamente limitata, v. M. MALAURIE, *La cessation des contrats de distribution automobile*, D.P.C.I. 1992, , p.560ss..

⁴⁷ V. A.TARGA, *La notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français*, Revue de la Concurrence et de la consommation 1993, p.20. Esempi di pretese di tale tipo sono in effetti quelle che emergono più di frequente dalla lettura delle decisioni tedesche in merito alla *unternehmensbedingte Abhängigkeit*, come notava già A.DECOCQ, M.PEDAMON, *Ordonnance du 1° décembre 1986*, cit., p.12

⁴⁸ Con molta cautela, MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1272 afferma che «Als Richtgröße im Sinne eines ersten Anscheins dürfte für das Verhältnis von Konsumentengüterherstellern zu Handelsunternehmen ein Umsatzanteil von 10 % oder mehr in der Regel ausreichend sein».

⁴⁹ «Metro MGE Einkaufs GmbH», BKartA del 26.2.1999, in WuW 1999, p.522, p.524 s..

quota è stata ritenuta sufficiente nel caso esaminato anche alla luce della capillarità e natura della rete di vendita della controparte, nella quale il fornitore-produttore avrebbe dovuto essere rappresentato con i propri articoli per non compromettere la propria immagine di mercato e di conseguenza per non subire un chiaro pregiudizio della propria capacità concorrenziale⁵⁰. In altri termini, sarebbe la posizione del distributore sul mercato dei consumatori finali che permette di capire il reale „peso“ della suddetta quota.

Inoltre andrebbero considerate le particolari condizioni economiche in cui la relazione in questione si colloca. In presenza di sovracapacità produttiva, diminuzione del potere d'acquisto, e riduzione delle esportazioni, i fornitori non sarebbero in grado di rinunciare ad un acquirente in grado di assorbire una quota significativa della propria produzione senza dover sopportare dei rischi economici notevoli⁵¹.

A negare la sussistenza della dipendenza non basterebbe la circostanza che il fornitore della cui dipendenza si discute a sua volta goda di una buona reputazione sul mercato con i propri prodotti, nonché di una quota significativa del mercato rilevante o che sia presente con quote di fornitura notevoli presso i più importanti acquirenti⁵².

9 *Segue: La causa del potere verticale del domandante viene vista nell'esistenza di una relazione, presenti certe condizioni di mercato*

Si è detto sopra che all'origine dell'emanazione del § 20, II c. GWB (al tempo § 26, II c., II periodo) vi è il riconoscimento da parte del legislatore che il potere verticale del domandante sia da collegare all'instaurazione di una specifica relazione: essa non può venire interrotta senza incorrere in forti costi,

⁵⁰ In dottrina si parla al proposito di „goodwill-bedingter Abhängigkeit“, v. fra gli altri T.REIMANN, *Mißbrauchaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern*, WuW 1976, p.548. Nel caso di specie i fornitori più piccoli non avrebbero avuto alternative al raggiungere le imprese e gli esercizi gastronomici attraverso i mercati del *cash & carry*.

⁵¹ Altri fattori espressamente valutati dal Bundeskartellamt sono stati la durata della relazione dei fornitori-produttori con il distributore in questione, nonché la capacità stessa di mettere in atto la pratica sospettata (vale a dire una modifica unilaterale dei contratti annuali di fornitura in corso di esecuzione).

⁵² Anzi, quest'ultimo elemento, sostiene il Bundeskartellamt aggraverebbe addirittura la dipendenza, perché significa che, perso quell'acquirente, risulta difficile rimpiazzarlo in tempi brevi.

tali da mettere a repentaglio la sopravvivenza stessa sul mercato dell'impresa offerente.

Nella, pur scarna, prassi applicativa è già tuttavia riconoscibile una chiara emancipazione dalla pura teoria del *Partnermacht* nel momento in cui si attribuisce rilevanza a tutta una serie di condizioni di mercato. Il peso della specifica relazione, esplicitato nella quota di produzione assorbita (alla luce del particolare *goodwill* del distributore), *assieme* alla condizione della sovracapacità (amplificata dalla diminuzione del potere d'acquisto, e dalla riduzione delle esportazioni) sarebbero all'origine del potere verticale del domandante⁵³.

Lo sviluppo evidenziato appare affatto condivisibile. Riesce infatti difficile convincersi che *esclusivamente* nell'esistenza di una specifica relazione, protrattasi nel tempo, e perciò nell'effetto *lock-in* da essa originante, sia da identificare la causa del potere esercitato dai distributori nei confronti di produttori. Se si pensa che fra le manifestazioni del potere dell'acquirente relativo alcune vedono come diretti destinatari dei produttori appartenenti a gruppi attivi su scala internazionale è difficile immaginarseli come vittime della dipendenza dovuta alla circostanza sopra identificata. Essi sono infatti dotati di risorse finanziarie di entità tale da potere considerare insignificanti i costi imputabili alla perdita dell'investimento irreversibile (solitamente contenuti), e perciò dovrebbero essere di regola agevolmente in grado di sfuggire alle pretese dei distributori⁵⁴. Una buona parte delle manifestazioni di potere della domanda ha invece un'ulteriore, essenziale, causa nell'esistenza di un mercato dei compratori⁵⁵. E' proprio l'esistenza di un mercato dei compratori che rende per il fornitore particolarmente difficilmente rinunciare a *quella* specifica relazione .

10 *Conseguenze della limitazione dimensionale introdotta dalla V Novella nei confronti dell'accertamento dello stato di dipendenza da uno specifico acquirente*

La limitazione dell'applicazione del §20, II c. GWB alle sole fattispecie in cui l'impresa dipendente sia medio-piccola, introdotta guardando essenzialmente

⁵³ Altro aspetto ovviamente interessante, è che la condizione della sovracapacità non *giustifica* invece l'esercizio di potere del domandante

⁵⁴ Nella sostanza, questa mi sembra essere anche l'opinione di W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p. 403 ss.

alla dipendenza per ragioni di assortimento ed al conseguente obbligo di fornitura⁵⁶, ha efficacia anche nei confronti degli altri casi previsti dalla norma⁵⁷.

Nella prassi applicativa si è tuttavia notevolmente ristretta la concreta portata della modifica apportata alla norma in esame. Si è così affermato che il criterio dimensionale introdotto andrebbe interpretato in modo tale da far sì che non possano trovare tutela nella disposizione sulla dipendenza le imprese che tipicamente sono sufficientemente grandi da, nonostante il perdurare della stessa, godere di possibilità sufficienti per compensare agevolmente nell'ambito della loro attività imprenditoriale le ripercussioni negative dell'impedimento o della discriminazione. Di conseguenza, ben più significativo del raffronto orizzontale fra imprese (es., subfornitori fra loro) sarebbe il raffronto dimensionale con l'impresa nei cui confronti si trova ad essere dipendente (subfornitore/committente)⁵⁸. Il raffronto dimensionale *verticale*, vale a dire in rapporto con l'impresa relativamente forte collocata sul mercato antistante, si ritiene necessario anche in relazione alla dipendenza da (potere della) domanda⁵⁹. Perciò, anche imprese che in rapporto ai propri concorrenti orizzontali sarebbero di grandi dimensioni, andrebbero invece considerate medio/piccole ai fini dell'applicazione della norma se tali sono nei confronti della controparte⁶⁰.

11 La dipendenza da (potere della) domanda nell'ordinamento francese

Nelle pochissime decisioni in materia di dipendenza da (potere della) domanda si è tenuto conto, ai fini del suo accertamento, di tutta una serie di

⁵⁵ V. anche *Monopolkommission*, «Marktstruktur und Wettbewerb im Handel», cit., p. 22.

⁵⁶ *Supra*, p.101.

⁵⁷ ed5, 2879

⁵⁸ «Herstellerleasing» BGH, cit., 2879. Il Kammergericht, la cui sentenza era in quella sede oggetto di revisione, aveva invece sostenuto, richiamando peraltro la Motivazione della proposta governativa, WuW 1990, 346, che il raffronto dovesse essere tutto orizzontale. Poiché le imprese di dimensioni più grandi sarebbero state in grado a differenza dei concorrenti più piccoli di sottrarsi alle pressioni della controparte, la ricomprensione esclusivamente di questi nell'ambito di tutela della norma avrebbe mirato a ristabilire la parità di chance nel gioco concorrenziale, v. «VW-Leasing» KG del 15.3.1991, in WuE/OLG 4753.

⁵⁹ «Metro MGE Einkaufs GmbH», Bkamt, cit. 95. In dottrina, già LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Berlin 1994, p.831.

⁶⁰ Così, nella sostanza, già H.ARNOLDT, *Ökonomischer Maßstab*, cit., p.55: «..(E)in Unternehmen (kann) nur von einem dominanten Partner abhängig sein. Daß Markenartikelfabrikanten gegenüber den Großunternehmen des Handels dominant sind, kann jedoch niemand behaupten».

indizi, elaborati in modo speculare a quanto visto sopra in relazione alla fattispecie della dipendenza per ragioni di assortimento.

In primo luogo, si considera la consistenza della cifra d'affari realizzata dal fornitore con quello specifico distributore, indagando più in generale sulle ragioni che hanno condotto il fornitore a concentrare le vendite presso quel determinato partner commerciale. Secondariamente, si considera l'importanza di quest'ultimo nella commercializzazione del prodotto in causa. Infine si deve verificare se vi siano in concreto per il fornitore delle soluzioni alternative, tenendo in considerazione un insieme di fattori quali la debolezza delle risorse finanziarie dell'impresa fornitrice, la risicatezza dei margini sul mercato al quale partecipa, la rilevanza del marchio dei prodotti, la durata e l'importanza della relazione commerciale con quella determinata impresa, la presenza di sovracapacità di offerta sul mercato dei prodotti, l'esistenza di limitazioni in ordine al trasporto dei prodotti⁶¹.

12 Conclusioni sulla fattispecie di dipendenza da uno specifico acquirente

La nozioni di dipendenza da uno specifico acquirente (nelle due varianti della dipendenza per ragioni di impresa e dipendenza da domanda nell'ordinamento tedesco e nella sola variante della dipendenza da domanda nel diritto antitrust francese) appaiono sufficientemente selettive perché sia possibile identificare le *sole* ipotesi in cui appare effettivamente necessario, anche sulla base delle riflessioni maturate nel corso del presente lavoro, esercitare un controllo sul potere solo relativo del domandante⁶².

La norma sulla dipendenza economica ha trovato tuttavia un'applicazione estremamente limitata nei confronti dei fenomeni di potere della domanda, in particolare della grande distribuzione nei confronti dei fornitori. Il deficit

⁶¹ Cons.conc., Déc. n° 93-D-21, 8/6/1993, *Pratiques mises en oeuvre lors de l'acquisition de la Sté Européenne de supermarchés par la Sté Grands magasins B du groupe Cora*, in (BOCCRF 25/7/1993, p.197 ss), in *Contrats, conc., consom.* 1993, comm. 153 (abbr., decisione *Cora*). In questo modo il criterio dell'assenza delle soluzioni alternative si è riavvicinato al criterio della insufficienza/accettabilità alla base della nozione di dipendenza nell'ordinamento tedesco.

⁶² La scarsità di decisioni al riguardo non permette tuttavia di confrontarsi con eventuali difficoltà di applicazione dei singoli criteri indicati.

applicativo viene riscontrato (e da alcuni lamentato) in entrambi gli ordinamenti⁶³.

Due sono i motivi comunemente adottati. Da una parte, come si è già detto, il timore di rappresaglie da parte dell'impresa discriminante nonché da parte dei concorrenti di questa nei confronti del «denunciante». Al fine di fare fronte ad una tale addotta difficoltà, nell'ambito della VI Novella al GWB, il legislatore tedesco ha introdotto la tutela dell'anonimato per le imprese che si rivolgono all'autorità amministrativa⁶⁴

Dall'altra, la prova della illegittimità del trattamento differenziato (a seguito del bilanciamento di interessi di cui sopra si è detto) nell'ordinamento tedesco⁶⁵, e del pregiudizio al normale gioco della concorrenza in quello francese⁶⁶, avrebbero costituito degli ostacoli spesso insormontabili al riconoscimento del carattere abusivo del potere esercitato dalla parte relativamente forte. All'analisi delle difficoltà concretamente incontrate è dedicato il seguente capitolo.

⁶³ Per l'ordinamento francese cfr. G.PASQUI, *L'abus de dépendance économique*, cit., p. 8.; per l'ordinamento tedesco, v. per tutti U.KIRSCHNER, *Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen*, cit., 225.

⁶⁴ Il meccanismo è descritto al secondo periodo del § 54, I c. GWB «Die Kartellbehörde kann auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts wegen einleiten». In quel modo si può evitare che il nome del compaia fin dall'inizio del procedimento nel relativo fascicolo aperto presso l'autorità *antitrust*, v. R.WERNER, in WIEDEMANN, *Handbuch des Kartellrechts*, 1999 München, p. 1507 (§ 8).

⁶⁵ U.CARLHOFF, *Das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs.2 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, cit., p.38.

⁶⁶ M.GLAIS, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, cit., p. 82 ss.

IV CAPITOLO

LA ILLEGITTIMITÀ DELL'ESERCIZIO DEL POTERE VERTICALE DELLA DOMANDA

1 *L'illegittimità dell'impedimento e della discriminazione nell'ordinamento tedesco: Il bilanciamento di interessi*

Una volta accertata la dipendenza, si deve verificare se i margini di libertà d'azione grazie ad essi detenuti siano stati nel caso concreto sfruttati in modo da ritenere illegittimo¹. Una tale valutazione, sia nel caso della discriminazione che in quello dell'impedimento, è il risultato di un ampio bilanciamento fra gli interessi condotto nell'osservanza dello scopo del GWB di tutelare la libertà di concorrenza².

Gli interessi³ da prendere in considerazione ai fini del bilanciamento sono in primo luogo quello della parte discriminata od impedita e della parte che ha messo in atto la pratica discriminante od impedente. In secondo luogo, rilevanti sarebbero anche gli interessi di imprese in altro modo toccate dalla pratica in questione. Ad esempio, nel caso in cui fra un fornitore ed un distributore sia stata stipulata una clausola di distribuzione esclusiva, si dovrebbe tenere conto dell'interesse della parte ostacolata (il distributore escluso dalla distribuzione del bene in questione), dell'interesse della parte che ha messo in atto la pratica (il distributore beneficiario per il fatto di essere l'unico rivenditore), nonché delle parti (fornitore e distributore) al mantenimento del vincolo assunto⁴.

Di non diretta attinenza sarebbero invece gli interessi di *altri* partecipanti al mercato, fra l'altro quelli dei consumatori, se non nel momento in cui contribuiscono alla qualificazione di uno degli interessi che partecipano

¹ Perché ciò si verifichi, la discriminazione in questione deve essere ingiustificata, mentre se si tratta di impedimento questo deve risultare illecito

² Si parla perciò di «normative Bewertung», cfr. MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1296ss. (in part. §§ 196 e 203 s.).

³ Interessi ovviamente degli di tutela, dunque non in violazione della legge.

direttamente al bilanciamento. Ad es., nel valutare l'obbligazione, intercorrente fra un produttore ed un concessionario, di utilizzare esclusivamente pezzi di ricambio originali al fine della riparazione di autoveicoli, si dovrebbe tenere conto anche dell'interesse dei clienti del distributore al fine di giudicare in merito alla illiceità dell'impedimento subito dai produttori e dai distributori di pezzi di ricambio non originali.

Oggetto di tutela della norma, si afferma, è sia la concorrenza sui mercati come istituzione, *che* le imprese che si trovano ad agire su quegli stessi come concorrenti. La tutela individuale trova riconoscimento tuttavia solo se conforme al sovraordinato intento di tutelare la concorrenza⁵.

2 *Segue: Il bilanciamento dell'interesse del produttore dipendente (ed ostacolato) con quello del distributore relativamente dominante*

Il ragionamento del *Bundeskartellamt* in occasione di una recente decisione in tema di dipendenza da (potere della) domanda illustra come possa essere operato il bilanciamento di interessi in questione⁶. Nel caso di specie si trattava di decidere in merito alla legittimità della pretesa di estensione retroattiva delle «migliori» condizioni della transazione a seguito della realizzazione di un'operazione di concentrazione fra imprese di distribuzione. Più precisamente, l'impresa sorta a seguito della fusione pretendeva che le migliori condizioni di acquisto già concesse ad una delle imprese successivamente fuse fossero estese retroattivamente (a partire da una certa data anteriore all'operazione di concentrazione) anche agli acquisti effettuati dalle altre imprese poi raggruppate, in deroga quindi alle condizioni annuali di fornitura stipulate fra le parti.

L'autorità amministrativa ha ritenuto innanzitutto degno di tutela l'interesse dell'acquirente ad acquistare alle migliori condizioni possibili, nonché del fornitore ad ottenere il miglior prezzo per la propria merce. Inoltre, nel caso specifico della stipulazione di un contratto annuale di fornitura, a fronte della pretesa del domandante di modificarlo nel corso della sua durata per ottenere

⁴ Esempio di MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1297 (§ 197)

⁵ Cfr. MÖSCHEL, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p.1241s.(§ 69 s.).

⁶ «Metro MGE Einkaufs GmbH», cit., p.527ss.

appunto le migliori condizioni possibili, ha riconosciuto la medesima qualifica anche all'interesse del fornitore a mantenere un accordo sulla base del quale riposa la pianificazione della propria attività economica (salvo, si è specificato, che non subentrino delle condizioni soggettivamente *imprevedibili*, quali un aumento significativo del prezzo delle materie prime).

Quale interesse debba essere riconosciuto prevalente, quando così come nel caso specifico esaminato, essi appaiano *egualmente* legittimi e non sia possibile identificare una *precisa volontà delle parti al riguardo* parti („nulla lascierebbe intendere che al momento della conclusione del contratto le parti accettavano una revisione delle condizioni per il caso dell'acquisizione da parte di un'impresa detenente una diversa forza di contrattazione“), andrebbe stabilito, ha ricordato il *Bundeskartellamt*, guardando allo scopo del GWB di tutelare la concorrenza. In conseguenza di questo ulteriore passaggio, si è potuta sostenere la prevalenza del composito interesse del fornitore (a vendere alle migliori condizioni possibili e a mantenere un accordo sulla base del quale riposa la pianificazione della propria attività economica) e dunque l'illiceità della pratica impendente in questione.

La decisione di sacrificare nel caso specifico l'interesse dell'acquirente a favore di quello del fornitore viene giustificata essenzialmente sulla base della considerazione che, diversamente, si sarebbe avallata una situazione per ogniqualvolta un fornitore dipendente concede ad un terzo condizioni migliori deve temere che a seguito dell'acquisizione di quest'ultimo da parte di un'impresa che gode di potere della domanda, quelle stesse condizioni gli siano opposte ed egli venga retroattivamente sanzionato per averle concesse.

La pretesa dell'acquirente, se accolta, avrebbe dunque prodotto, a parere del *Bundeskartellamt*, *lo stesso effetto* di una clausola di miglior trattamento (*Meistbegünstigungsklausel*) vietata ai sensi del § 14 GWB nella misura in cui comporta il divieto per il fornitore di concedere a terzi un trattamento migliore e di conseguenza lo limita nella libertà di determinare le condizioni di accordi futuri.

3 Breve excursus sulla valutazione antimonopolistica del fenomeno del potere della domanda da parte del Bundeskartellamt

La decisione sopra brevemente ricordata è da ritenere in questa sede significativa per le possibili implicazioni della stessa dal punto di vista della tutela dei processi concorrenziali all'interno delle filiere, e questo aspetto verrà appunto fra breve analizzato (nel quarto paragrafo).

Si arriva tuttavia a cogliere la concreta portata della stessa, credo, solo se la si considera alla luce almeno dei più significati episodi che hanno più in generale caratterizzato l'atteggiamento del Bundeskartellamt nei confronti del fenomeno del potere della domanda. Va sottolineato che con la decisione sopra brevemente ricordata è la prima volta che l'autorità (amministrativa) tedesca interviene nei confronti di una manifestazione di potere (verticale) della domanda della grande distribuzione nei confronti dei produttori ricorrendo al § 20, II c. GWB. Gli sforzi in questo senso compiuti ricorrendo a strumenti diversi sono stati negli anni tutt'altro che coronati da successo.

Tra i tentativi meno fruttuosi vi è stato quello del *Bundeskartellamt* di fare accettare, soprattutto dalla giurisprudenza, la c.d. tesi della irrinunciabilità. Dalla circostanza che la maggior parte dei produttori ritenessero di non potere fare a meno di smerciare i propri prodotti attraverso un determinato distributore l'autorità tedesca deduce l'inesistenza di concorrenza efficace sul lato della domanda⁷ e dunque l'esistenza di una posizione dominante. Dominante sarebbe l'impresa distributiva che la maggior parte dei produttori considerano un partner indispensabile. Il Bundeskartellamt ha vietato di conseguenza in più occasioni delle operazioni di concentrazione fra imprese di distribuzione sulla base della considerazione che se si fossero attuate avrebbero dato luogo ad un oligopolio dominante della domanda sul mercato, nella misura in cui sarebbero risultate „irrinunciabili“ per le imprese sul lato dell'offerta. La tesi è stata oggetto di severe e condivisibile critiche ed è stata infine rigettata dalla giurisprudenza⁸.

⁷ „Nachfragewettbewerb besteht...nicht mehr zwischen Nachfragern, die aufgrund ihres Nachfragevolumens oder im Einzelfall auch aufgrund anderer Faktoren (Zugang zu besonderen Abnehmergruppen, regionale Marktstellung, Ubiquität) für den Hersteller ein derartig bedeutendes Absatzpotential darstellen, daß die Mehrheit der Hersteller diesen Nachfragern nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher wirtschaftlicher Nachteile ausweichen kann“, *Metro-Kaufhof*, 2064, p. 828.

⁸ V. fra le altre la sentenza «Coop-Wandmaker», WuW/E OLG 3917

Successivamente, in occasione della promulgazione della V Novella, il Bundeskartellamt rivolse al legislatore la richiesta che fossero introdotte nel GWB delle disposizioni specificatamente dedicate all'accertamento del potere della domanda, (contrari la Monopolkommission ed il Ministro Federale dell'Economia). Il legislatore, pur stabilendo nuovi criteri di accertamento dell'esistenza di una posizione di dominio applicabili in particolare alle operazioni di concentrazione fra imprese collocate sul lato della domanda (inseriti nell'attuale § 19, II c, p. 2 GWB), avrebbe però *essenzialmente* confermato la correttezza della posizione di chi ritiene che il potere della domanda vada accertato in modo esattamente simmetrico (*spiegelbildlich*) all'accertamento del potere dell'offerta⁹.

4 *Conseguenze sulla tutela dei processi concorrenziali all'interno delle filiere: Tutela della libertà di scelta del partner*

Nella decisione qui in esame il *Bundeskartellamt* accoglie un'indicazione già formulata in dottrina¹⁰. In breve, secondo quell'opinione, il comportamento impediante sarebbe da considerare illegittimo quando la pratica messa in atto da chi detiene potere della domanda sia *già* da considerare tale ai sensi di un'altra disposizione del GWB. In altri termini, essendo appurato che le clausole di migliore trattamento sono vietate ai sensi del § 14 GWB, tale dovrebbe essere anche una clausola di tale tipo rientrante in una relazione commerciale «senza che vi sia l'ulteriore necessità di verificare in dettaglio la natura anticoncorrenziale della pratica in questione». Nella II Parte si è invece indicata una diversa ragione di illiceità delle pratiche di migliore trattamento¹¹, del tutto

⁹ cfr. W. MÖSCHEL, in IMMENGA/MESTMÄCKER *GWB Kommentar*, cit., p. 787; MESTMÄCKER, in IMMENGA/MESTMÄCKER *GWB Kommentar*, cit., p. 1066.

¹⁰ In particolare H.KÖHLER, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, cit., p. 84; opinione ripresa anche da MARKERT, in IMMENGA/MESTMÄCKER, *GWB Kommentar*, cit., p. 1348 s. (§ 287 e 288)

¹¹ V. sopra, p.72. Secondo W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, cit., p.395. invece clausole di quel tipo sarebbero da vietare soprattutto in quanto avrebbero „fatale Konsequenzen für den Geheimwettbewerb, da hierdurch selektive Preissenkungen erheblich eschwert, wenn nicht sogar völlig unmöglich gemacht werden“. Nel contesto della filiera (semmai) si aggiunge a quella valutazione negativa la (più rilevante) ragione qui ripresa.

interna alla particolare problematica dell'esercizio del potere verticale della domanda.

La valutazione espressa dal Bundeskartellamt è comunque dalle conseguenze estremamente circoscritte. In primo luogo, il *timore* di cui si parla potrebbe essere escluso tutte le volte in cui le condizioni migliori sono concesse ad un'impresa di grande dimensioni, o comunque in relazione alla quale si possa ragionevolmente escludere l'assorbimento (in tempi brevi) da parte di un'altra impresa. Secondariamente, poche sono le pratiche fra partner verticalmente ordinate (fra quelle in cui si possa identificare l'espressione del potere del domandante) la cui valutazione antimonopolistica sia altrettanto negativa delle clausole di migliore trattamento¹². Infine, si sarebbe forse potuto evitare di passare attraverso la tutt'altro che agevole applicazione del §20, II c. GWB, dichiarando la pratica in questione *direttamente* vietata ai sensi del § 14 GWB.

Un'ultima osservazione in tema del «bilanciamento» fra interessi nel caso concreto operato: la divergenza fra le parti, ridotta alla pretesa di modificare le condizioni (acquirente), da una parte, e pretesa a non operare alcuna modifica (venditore), dall'altra, è *appianata* dal Bundeskartellamt guardando ad una ipotetica volontà delle parti confermata dalla volontà di non ritenere prevalente un interesse nel quale si legge un intento contrario alla tutela del gioco concorrenziale. Il conflitto di interessi identificato nella I Parte del lavoro è invece di *pura* rilevanza concorrenziale. Risponde alla consapevolezza che fra i soggetti economici (in questo caso imprese fra loro, ma in un'altra ipotesi potrebbe trattarsi direttamente del conflitto fra e consumatori¹³) possono sorgere dei conflitti dal punto di vista dello sfruttamento delle opportunità di sperimentazione del relativo ambiente in relazione ai quali il diritto antitrust non può rimanere indifferente. La tutela della concorrenza intesa come processo di

¹² Quando la valutazione della pratica in questione sia incerta, così come avviene nell'ordinamento tedesco ad esempio in relazione degli accordi di esclusiva, si dovrebbe verificare se...la stessa è giustificata da una controprestazione !. H.KÖHLER, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, cit., p.84: «(W)ar sie im Rahmen der konkreten Lieferbeziehungen gerechtfertigt bzw. leistungbezogen, sei es aufgrund der Beschaffenheit der Ware (z.B. Exklusivität), sei es aufgrund entsprechender Gegenleistung (z.B. langfristige Abnahmegarantien), stellt ihre Vereinbarung auch keine unbillige Behinderung dar. Wurde sie dagegen unter Einsatz von Nachfragemacht ohne sachliche Rechtfertigung dem Lieferanten auferlegt, begründet sie auch das Unbilligkeitsurteil“.

¹³ Cfr. in partic. F.DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, *Giur.Comm.* 1988, I, p. 26, secondo il quale „le soluzioni che risolvono i problemi di informazione delle imprese non necessariamente accrescono le informazioni complessive a disposizione del sistema“.

scoperta comporta la *disciplina* delle suddette interdipendenze (la disciplina di *determinati* conflitti fra soggetti economici¹⁴) *all'unico* scopo di garantire la funzionalità dei processi concorrenziali stessi¹⁵.

5 Il pregiudizio alla concorrenza nell'ordinamento francese ai sensi dell'art. 8-2

Richiesto espressamente quale condizione di condanna delle pratiche abusive, è che esse abbiano per oggetto o possano avere per effetto di restringere o di falsare il gioco della concorrenza *su un mercato*¹⁶. Nel contesto della valutazione di una pratica di sfruttamento a danno del fornitore la concorrenza è stata intesa esclusivamente in senso orizzontale¹⁷.

Il gruppo Cora, a seguito dell'acquisizione di un suo concorrente, aveva rinegoziato le condizioni d'acquisto con i propri fornitori, pretendendo dei vantaggi retroattivi ed una partecipazione pluri-promozionale. Il Conseil de la Concurrence¹⁸ (e la sua decisione è stata confermata sia dalla Corte d'Appello di Parigi che dalla Corte di Cassazione¹⁹) ha ritenuto che in quel caso non si fosse realizzato un pregiudizio del tipo richiesto come condizione di efficacia del divieto. Perché il divieto ex art. 8-2 *Ordonnance* trovi applicazione, sarebbe necessaria, si afferma, la dimostrazione dell'esistenza di una perturbazione sensibile nelle condizioni di equilibrio naturale del mercato considerato, vale a dire in una modificazione delle condizioni di offerta o di domanda. La discriminazione nei confronti di un piccolo fornitore in situazione di dipendenza economica non pregiudicherebbe la concorrenza in modo sensibile in quanto la sua incidenza sull'equilibrio fra domanda ed offerta su un mercato dato e sul benessere dei consumatori sarebbe del tutto marginale.

¹⁴ Anche ad avviso di D.SCHMIDTCHEN, *Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit*, cit., p.119 garantire la libertà di concorrenza significa decidere in merito a dei conflitti di interesse; tuttavia, secondo quell'a., a differenza di quanto qui sostenuto, dovrebbe essere sostanzialmente permesso ciò che non pregiudica l'efficienza economica.

¹⁵ Avallando dunque, se necessario, l'esistenza di un perdente senza possibilità di diretta compensazione, cfr. M. STEINER, *Entscheidungsregeln in "orthodoxen" und "evolutionären" Wirtschaftstheorien*, cit., p. 205.

¹⁶ L'art.8 richiama le condizioni menzionate all'art.7.

¹⁷ V. però la déc 40, in cui si è in effetti accertata la dipendenza di un editore di programmi da un gestore della rete via cavo ed il carattere abusivo della pratica discriminatoria realizzata.

¹⁸ Cora.

¹⁹ *Cour de Cassation, Pourvoi N° 94-16192* del 10.12.96.

Il risultato cui sono giunte le varie istanze francesi è in linea con la valutazione espressa nella I Parte del lavoro. La pratica in questione potrebbe tuttavia risultare illecita nella misura in cui, ad esempio, avendo preteso da tutti i fornitori la *stessa* somma²⁰, il distributore ha trasmesso degli stimoli fuorvianti alla concorrenza orizzontale di prestazione fra le imprese da lui dipendenti. In relazione a pratiche di questo tipo non si potrebbe fra l'altro presumere che vi sia il riconoscimento di una *particolare* prestazione della controparte. .

²⁰ Circostanza che nel caso di specie non è, sembra, intervenuta: il distributore, emerge dalla decisione del *Conseil*, avrebbe contrattato individualmente con ognuno dei fornitori.

CONCLUSIONI

Nel corso del presente lavoro è emersa l'esigenza, nei limiti e con le finalità specificate, che l'esercizio del potere verticale del domandante sia assoggettato a controllo da parte della legislazione propriamente antimonopolistica.

Al di fuori delle ipotesi qui indagate, la concorrenza presente nel momento in cui vi è una pluralità di imprese, data dalla possibilità che all'*abbassamento* del prezzo o al peggioramento della qualità del servizio offerto ci si possa rivolgere ad un'altra impresa, ed il cui effetto principale consiste nella circostanza che nessuno può permettersi di restare indietro rispetto ai propri concorrenti¹ rimane invece la *migliore* garanzia che hanno le imprese a monte di non venire sfruttate dalla controparte.

Anche ai fini della valutazione antimonopolistica del potere *assoluto* del domandante, credo che si debba tuttavia dedicare attenzione alle peculiarità dei processi concorrenziali nel contesto delle filiere². Si consideri, per fare un

¹ Concezione della concorrenza intesa *Entmachtungsinstrument*.

² Si ricordino le difficoltà di determinazione del mercato rilevante dell'approvvigionamento menzionate sopra, alla nota 47 dell'Introduzione. Quanto visto nel corso del presente lavoro permette di prendere ora posizione nei confronti dell'opinione secondo la quale il potere del domandante nei confronti dell'offerente andrebbe concepito come potere dell'offerta sul mercato della prestazione di un servizio distributivo, proposta formulata già da W.KARTTE, *Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht*, WRP 1976, p.3, e recentemente ripresa da L.VOGEL, *Competition Law and Buying Power*, cit., p.11. Si è dunque proposto di identificare il mercato rilevante nell'insieme di imprese che offrono la medesima prestazione distributiva, così come si procede quando si tratta di verificare la posizione dominante eventualmente acquisita sul mercato dell'offerta ai consumatori a seguito della realizzazione di una operazione di concentrazione fra imprese di distribuzione. Tale opinione non appare però convincente. Tenere conto delle caratteristiche dei vari formati distributivi non può significare che vi sia un mercato rilevante per ogni formato. Il rischio è quello che, attraverso una determinazione troppo restrittiva del mercato, si finisca per penalizzare il formato distributivo *innovativo* e particolarmente apprezzato dalle controparti, sia consumatori che produttori. In ogni caso delle specifiche prestazioni distributive offerte si dovrà tenere conto pur determinando il mercato del prodotto rilevante dal punto di vista dell'offerente. Tenere conto delle caratteristiche distintive delle prestazioni offerte dai singoli formati, richiede in generale una particolare cautela, al fine di evitare irrigidimenti sul mercato a valle, sui quali, v. anche H.GRÖNER, H.KÖHLER, *Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel*, in Betriebs-Berater 1982, p.260.

esempio³, che i produttori i quali non dispongono di una rete distributiva sono soggetti ad una doppia selezione: da una parte i distributori scelgono se inserire il bene di un certo produttore nel proprio assortimento; dall'altra, i consumatori decidono se acquistare proprio *quel* bene fra tutti quelli scelti e poi offerti dalla distribuzione⁴. Normalmente i distributori, nell'operare quella scelta, si lasciano guidare, come si è già sottolineato, dalle loro conoscenze e dal loro intuito circa il modo migliore di soddisfare le preferenze dei propri clienti. Va tuttavia considerato che questi ultimi possono anche *sbagliarsi* nelle loro decisioni di composizione dell'assortimento⁵, perché dispongono di una conoscenza *limitata* circa quali prodotti siano veramente i migliori, in particolare se si tratta di beni che rispondono ad esigenze dei consumatori non (ancora) chiaramente manifestatesi. La strategia forse più efficace per affrontare questo particolare aspetto della razionalità limitata dei soggetti economici, che il diritto antitrust può essere chiamato ad implementare, è di garantire in ogni caso una *pluralità*⁶ di potenziali selettori (distributori) in concorrenza fra loro: aumenta così la

³ Un altro esempio è stato indicato sopra, alla nota 20, I capitolo, I Parte.

⁴ Sulle implicazioni, descritte nel testo, del ruolo di *gatekeeper* (o di «cruna dell'ago») della distribuzione nei confronti dei produttori sulla concorrenza di prestazione in presenza di (vera) ignoranza v. W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen*, cit., in part. p.333s.

⁵ Inserendo nel proprio assortimento prodotti che non sarebbero stati scelti dai consumatori se si fosse presentata loro l'alternativa „scartata“ dal distributore.

⁶ R.NELSON, S.G.WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, cit., 276, parlano a questo proposito di dimensione „strutturale“ della concorrenza. Già la teoria ordoliberalista, come è noto, privilegia le forme di mercato polipolistiche in quanto danno luogo alla „Entfaltung des Wettbewerbs“, cfr. sul punto K.HERDZINA, *Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik*, Tübingen 1988, p. 29.

probabilità che l'innovazione dell'impresa a monte venga effettivamente colta e sperimentata dai consumatori.

ELENCO DELLE FONTI CITATE

Dottrina

A.A.ALCHIAN, *Development of Economic Theory and Antitrust: A View From the Theory of the Firm*, JITE 1991, pp.232-234

P.A.AREEDA, L.KAPLOW, *Antitrust Analysis*, 1988

P.A.AREEDA, H.HOVENKAMP, J.L.SOLOW, *Antitrust Law*, 1995

P.ARHEL, *Les pratiques discriminatoires* (I parte), *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1992

H.ARNDT, *Marktmacht auf der Nachfrageseite*, *WuW* 1972, pp.84-92

H.ARNDT, *Wirtschaftliche Macht*, München 1974

H.ARNDT, *Ökonomischer Maßstab und rechtlicher Ansatz der Monopolkommission, in Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, Köln 1985

J.ARROW, *Information and Economic Behaviour, The Economics of Information*, Cambridge, Massachussets 1984

M.BALDI, *Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Funktion und Inhalt von Art.85 Abs.3 EWG*, Bern, 1972

C.Y.BALDWIN, K.B.CLARK, *Managing in an Age of Modularity*, *Harvard Business Review* 1997, pp. 84-93

W.BENISCH, *Die Erweiterung des Diskriminierungsverbot in der Kartellgesetznovelle*, *WuW* 1971, p. 887 ss.

W.BENISCH, *Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern*, in *WuW* 1977, 619-630

R.D.BLAIR, J.L.HARRISON, *Monopsony: antitrust law and economics*, Princeton, 1993

J.-F.BOSS, *L'économie des transactions industrie-commerce*, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1997, pp. 16-17

M.BRAULKE, *Contestable Markets - Wettbewerbskonzept mit Zukunft ?*, in *WuW* 1983, pp. 945-954.

L.BRITTAN, *Strategische Allianzen - Altes Problem und neue Herausforderung für die gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik*, Atti del Convegno «Strategische Allianzen Eine neue Herausforderung für die Wettbewerbspolitik», Berlin, 1992

H.-J. BUNTE, *Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Probleme der Konditionenspreizung*, in *Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, Köln 1985

U.CARLHOFF, *Das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs.2 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Köln 1988

J.M.CLARK, *Competition as a Dynamic Process*, Washington D.C. 1961

R.H.COASE, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, pp.331-351

R.H.COASE, *Coase on Posner on Coase*, *JITE* 1993, pp. 96-98

B.CORIAT, *Penser à l'envers - Travail et Organisation dans l'Entreprise japonaise*, 1991

G.DOSI, R.R.NELSON, *An introduction to evolutionary theories in economics*, *J.of Evolutionary Economics* 1994

H.-J. BUNTE, *Wettbewerbspolitische und wettbewerbsrechtliche Probleme der Konditionenspreizung*, in *Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, Köln 1985

U.CARLHOFF, *Das Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs.2 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Köln 1988

A.DECOCQ, M.PEDAMON, *Ordonnance du 1^o décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, *Droit Comm.* 1987 (numero speciale 1 bis)

F.DENOZZA, *Antitrust*, Bologna 1988

F.DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, *Giur.Comm.* 1988, I, p. 5ss.

P.DOBSON, M.WATERSON, A.CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buying Power*, Research Paper 16, Office of Fair Trading, London

M.DREHER, *Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der Informationen über Marktdaten als Wettbewerbsparameter, Bewertung und Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren*, 1992 Köln

G.P.O'DRISCOLL, M.J.RIZZO, *The Economics of Time and Ignorance*, London/New York 1996

V.EMMERICH, *Kartellrecht*, München 1994

H.FENNETEAU, *La structuration d'une filière et l'organisation des relations entre les firmes - le cas des industries liées à l'automobile*, in ADEFI, *L'analyse de filière*, Paris 1985, pp.109-121

W.FIKENTSCHER, *Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, in WuW 1958, pp. 257-269.

F.FISCHWICK, *La dépendance du petit fournisseur au grand distributeur: une question pour les autorités de la concurrence ?*, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, 1997, pp. 19-21

M.FRIEDMANN, *Price Theory*, Chicago, 1962

E.G.FURUBOTN, R.RICHTER, *The New Institutional Economics*, *JITE* 1984, pp. 1-10

R.GARUD, A.KUMARASWAMY, *Changing Competitive Dynamics in Network Industries: An Exploration of Sun Microsystems' Open Systems Strategy*, in *Strategic Management Journal* 1993, pp.351-369

H.-M.GECK/G.PETRY, *Nachfragemacht gegenüber Zulieferern*, Köln/Berlin/Bonn/München 1983

H.-P.GEBHARDT, *Der Zuliefervertrag*, Köln/Berlin/Bonn/München 1994

M.GLAIS/P.LAURENT, *Traité d'Economie et de droit de la concurrence*, Paris 1983

M.GLAIS, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, *Revue d'Économie Industrielle* 1994, pp.81-98

M.GLAIS, *Les pratiques discriminatoires dans les relations fournisseurs-distributeurs*, *Revue d'Économie Industrielle* 1995, pp. 81-97

M.GLAIS, *L'analyse de la puissance d'achat*, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation* 1997, pp. 6-7

H.GRÖNER, H.KÖHLER, *Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel*, in *Betriebs-Berater* 1982, pp. 257-264

F.A VON HAYEK, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in *Freiburger Studien*, Tübingen, 1969, pp. 249-265

K.HERDZINA, *Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik*, Tübingen 1988

K.HEUCHERT, *Die Normadressaten des § 26, Abs.2 Satz 2 GWB - Eine ökonomische Analyse des Rechts*, Heidelberg 1987

J.W.HUTZEL, *Große und kleine Zulieferer*, Tübingen 1981

U.IMMENGA, *La notion de dépendance selon le droit allemand*, in *D.P.C.I.* 1987, p.723-734

U.IMMENGA/E.-J.MESTMÄCKER (editori), *GWB Kommentar*, München 1992

U.IMMENGA/E.-J.MESTMÄCKER (editori), *EG-Wettbewerbsrecht*, München 1997

- K.P.KAAS, *Symbiotic Relationships Between Producers and Retailers in the German Food Market ?*, JITE, 1993, pp.741-747
- W.KARTTE, *Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht*, WRP 1976, pp.1-3
- J.KATTAN, *Market Power in the Presence of Installed Base*, in Antitrust Law J. 1993, pp.1-21
- E.KATZENBACH, in *Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage*, FIW-Schritreihe (collana), Heft (quaderno) 116
- W.KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht*, Baden-Baden, 1989
- W.KERBER, *Evolutionäre Wettbewerbsprozesse über mehrere Wirtschaftsstufen, Das Beispiel «Industrie - Handel - Konsumente»*, ORDO 1991, pp.325-349
- C.KIRCHNER, *Atti del Convegno «Strategische Allianzen. Eine neue Herausforderung für die Wettbewerbspolitik»*, Berlin, 1992, pp.
- S.KLAUE, *Nationales Kartellrecht und Zuliefererproblematik unter besonderer Berücksichtigung der Automobilindustrie*, in ZIP 1989, pp. 1313-1317
- W.KIRCHHOFF, *Die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge*, Köln, 1990
- U.KIRSCHNER, *Die Erfassung der Nachfragemacht von Handelsunternehmen*, Frankfurt am Main 1988
- H.KÖHLER, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht*, ZHR-Beiheft, Heidelberg 1979
- B.LABUDEK, *Die Behandlung von Diskriminierung und Behinderung im französischen Kartellrecht*, Frankfurt am Main 1992
- R.LADEMANN, *Industriepolitische Instrumentalisierung des GWB durch handelsspezifische Sektoralisierung ?*, in WuW 1997, pp.496-502
- LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Berlin 1994
- H.LEIPOLD, *Ordnungspolitische Implikationen der Transaktionskostenökonomie*, in ORDO 1985,
- London Economics, Competition in Retailing*, Research Paper 13, Office of Fair Trading, London 1997
- N.LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, II ed., Frankfurt am Main 1996
- I.R.MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in Southern Cal.L.Rev. 1974, pp.681-816

- I.R.MACNEIL, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, in Winsconsin L.Rev.1985, pp. 483-525
- M. MALAURIE, *La cessation des contrats de distribution automobile*, D.P.C.I. 1992, p. 560ss.
- M. MALAURIE, *Droit Interne de la Concurrence*, (A.Colin ed.) 1996
- P.MINKLER, *The Problem with Dispersed Knowledge: Firms in Theory and Practice*, *Kyklos* 1993, pp. 569-587
- P.MÖHRING, *Kontrahierungszwang nach neuem Kartellrecht*, DB 1974, p.223-227.
- Monopolkommission* (Germania), VII Parere Straordinario «Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Baden-Baden 1977
- Monopolkommission* (Germania), XXIII Parere Straordinario «Marktstruktur und Wettbewerb im Handel», Baden-Baden, 1994
- R.NELSON, S.G.WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, 1982
- OECD (Committee of Experts on Restrictive Business Practices), *Buying Power*, Paris 1981
- C.OSTI, *Riflessioni sul controllo della dipendenza economica*, BOZZA (nel frattempo pubblicato !)
- G.PASQUI, *L'abus de dépendance économique*, in *Revue de la Concurrence et de la Consommation* 1993, pp.7-12
- A.PICOT, *Transaktionskosten im Handel*, Betriebs-Berater 1986, Beilage (inserto) 13
- R.A.POSNER, F.H.EASTERBROOK, *Antitrust*, Minnesota, 1980
- T.REIMANN, *Mißbrauchaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern*, WuW 1976, p.541 ss.
- G.B.RICHARDSON, *The Organisation of industry*, in *Economic Journal* 1972, pp.883-896
- R.RICHTER, *Neue Institutionenökonomik*, WiSt 1995,
- P.A.SAMUELSON, W.D.NORDHAUS, *Economia*, 1993, ed.it. Bologna
- H.SATZKY, *Nachfragemacht im Zulieferbereich*, in ZHR 1984, p. 603ss.
- F.M.SCHERER, *Retail Distribution Channel Barriers to International Trade*, in *Antitrust Law Journal* 1999, pp. 77-112
- P.SCHLAG, *The Problem of Transaction Costs*, *Southern Cal.L.Rev.* 1989, pp.1661-1700

- I.SCHMIDT, *Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB - Novelle*, in WuW 1997, p.101 ss.
- D.SCHMIDTCHEN, *Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit*, *ORDO* 1988, p. 111 ss.
- H.-H.SCHULTE, *Nachfragemacht auf Märkten für Auftragsprodukte*, Münster 1982
- A.SÖLTER, *Ungleichgewichte zwischen Angebot und Nachfrage*, in WuW 1968, pp.317-344
- M. STEINER, *Entscheidungsregeln in "orthodoxen" und "evolutionären" Wirtschaftstheorien*, in *Rechtstheorie* 1987, pp. 183-207
- R.STEINER, *How Manufacturers Deal with the Price Cutting Retailers: When are Vertical Restrictions efficient ?*, *Antitr.L.J.* 1997,
- M.E.STREIT, G.WEGNER, *Wissensmangel, Wissenserwerb und Wettbewerbsfolgen - Transaktionskosten aus evolutorischer Sicht*, *ORDO* 1989, pp. 182-200
- A.TARGA, *La notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français*, *Revue de la Concurrence et de la consommation* 1993, pp. 15-23.
- J.-P. TRAN THIET, L.RAKOTOVAO, O.FRÉGET, S.VITAL-DURAND, *Transparence Tarifaire et Pratiques Restrictives*, *Contrats, Concurrence, Consommation* 1996, pp.4-9.
- P.ULMER, *Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs.2 S.3 und Abs.3, §37a Abs.3 GWB)*, in WuW 1980, pp. 474-493
- P.ULMER, *Muß der Leistungswettbewerb stärker geschützt werden ?*, in WuW 1987, p.701 ss.
- C.G.VELIANOWSKI, *The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law*, *Kyklos* 1982, p.53ss.
- L.VOGEL, *Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe*, *E.C.L.R.* 1998, p. 4ss.
- M.WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I vol., Köln-Berlin 1964
- WIEDEMANN, *Handbuch des Kartellrechts*, 1999 München
- C.WILLÉE, *Integrierte Leistungssysteme für Zulieferunternehmen*, St.Gallen, 1990
- O.E.WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, *J.L.&Econ.*1979, p.233 ss.
- O.E.WILLIAMSON, *Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach*, *U.of Pennsylvania L.Rev.*1979, pp. 953-993
- O.E.WILLIAMSON, *Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics*, *JITE*, 1993, pp. 99-118

O.E.WILLIAMSON, *The Evolving Science of Organization*, *JITE*, 1993, pp.36-63

S.G.WINTER, *On Coase, Competence and Corporation*, in WILLIAMSON/WINTER (editori), *The Nature of the Firm*, New York, Oxford, 1991

U.WITT, *How transaction Rights are Shaped to Channel Innovativeness*, in *JITE* 1987, pp.180-195

U.WITT, *Wirtschaft und Evolution*, in *WiSt* 1994, 503-512

Giurisprudenza (incompleto)

«Rossignol» BGH 20.11.75 in WuW/E BGH 1391

«Original-VW-Erstzteile II» del 22.9.81 in WuW/E BGH, 1829,

«VW-Leasing» del *Bundeskartellamt*, in WuW/E BKartA 2459

«Herstellerleasing» BGH del 19.1.1993, in WuW/E BGH 2875

«Metro MGE Einkaufs GmbH», BKartA del 26.2.1999, in WuW/E DE-V 94 (WuW 1999, p.522 ss.

«VW-Leasing» KG del 15.3.1991, in WuE/OLG 4753

Altro (incompleto)

Guida pratica agli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità Europea, Bruxelles, 1989.

Rapporto della Commissione Parlamentare per l'Economia (*Bericht des Ausschusses für Wirtschaft*) sul progetto di II Novella del GWB del 13.7.1973, in WuW 1973, p. 581 ss.

Progetto del Governo Federale Tedesco di Seconda Novella del GWB del 19.5.1971, in WuW 1971, pp. 531 ss.