

*rivista di
diritto privato*

estratto

**La nuova disciplina del contratto di
subfornitura (industriale): scampolo di
fine millennio o prodromo di tempi migliori?**

di Roberto Caso e Roberto Pardolesi

**La nuova disciplina del contratto di
subfornitura (industriale): scampolo di
fine millennio o prodromo di tempi migliori?**

di Roberto Caso e Roberto Pardolesi

La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?

di Roberto Caso e Roberto Pardolesi

Sommario: 1. Premessa. - 2. Breve storia di un equivoco terminologico. - 3. Problemi gius-economici: l'assenza di strumenti di riequilibrio contrattuale e di un quadro giuridico. - 4. La nuova legge, tra intenti del legislatore, accidenti di *legal process* e analisi economica del diritto. - 4.1. La struttura e le «buone intenzioni». 4.2. L'ambito di applicazione e l'instabile categoria della subfornitura. - 4.3. I nodi cruciali: l'obbligo della forma scritta, la disciplina dei termini di pagamento e l'abuso di dipendenza economica. - 5. Il ruolo dell'interprete istituzionale nell'implementazione della legge.

1. **Premessa.** - Per abbozzare un'illustrazione della l. 18 giugno 1998 n. 192 in materia di subfornitura, è bene prendere le mosse - o, forse, le distanze! - dalla terminologia adoperata dal legislatore⁽¹⁾. A riguardo, però, non giova esercitarsi nell'arte di un dileggio, che si preannuncia troppo facile e scontata; non mette conto, cioè, di passare in rassegna - e per le armi - tutte le imprecisioni linguistiche e tassonomiche di cui è costellato l'articolato che ci accingiamo a scrutinare. Piuttosto, occorre subito avvertire che tanta incertezza nel *drafting* è il risultato di un *legal process*, nel quale si sono incrociati i compromessi politici, l'utilizzo di un linguaggio più vicino alla prassi che al tecnicismo giuridico e l'incertezza sul piano delle teorie di riferimento.

Al giorno d'oggi, non è infrequente imbattersi in normative che, pur riguardando fenomeni giuridici sofisticati (per quel che ci riguarda, la regolamentazione di un contratto), sono caratterizzate da imprecisione sistematica e ambiguità semantica. Di fronte a leggi di questo genere, l'interprete è chiamato a ridare senso e coerenza alle norme, affidandosi ad ogni strumento teorico che gli consenta di recuperare i valori connessi al tecnicismo giuridico. Nel caso della disciplina sul contratto di subfornitura un proficuo supporto interpretativo è offerto - come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono - dall'analisi economica del diritto.

(1) La legge è brevemente commentata da De Capua, Maltoni, Vianello De Faveri Tron, in *Guida al diritto*, n. 27, 1998, p. 68, e da Granieri, in *Consulenze*, n. 25, 1998, p. 55.

Prima, però, di cimentarsi nel tentativo di impostare una corretta interpretazione di tale disciplina, conviene dare rapidamente conto del disagio che ha accompagnato l'*iter* legislativo e che traspare, appunto, dal tono stesso delle norme⁽²⁾.

2. **Breve storia di un equivoco terminologico.** - Gettiamo, dunque, uno sguardo all'atmosfera teorica in cui matura l'idea - un intervento protettivo della categoria, supposta omogenea, dei subfornitori - che dovrebbe fungere da impalcatura al disegno di legge in commento. Tale atmosfera, almeno sul versante giuridico, è pressoché identificabile col vuoto pneumatico. In parole più brutali, gli operatori del diritto non solo non maneggiano una deccente teoria sulla subfornitura, ma - quel che più conta - non sanno bene cosa essa sia⁽³⁾. La riprova è presto detta e sta, nemmeno a dirlo, in un equivoco terminologico. Ancora oggi è dato riscontrare, in alcune incursioni dottrinali sull'argomento, l'identificazione della subfornitura con il diverso fenomeno del subappalto. Non che i due istituti non possano avere episodiche occasioni di sovrapposizione, ma la sostanza (economica) della subfornitura non consiste certo nell'essere caratterizzata da una qualche forma di collegamento negoziale: se anche le vie della tipizzazione fossero infinite, fra di esse sarebbe difficilmente annoverabile quella che pretende di trarre peculiarità da strutture contrattuali - come quella del subcontratto - che tagliano trasversalmente varie tipologie negoziali (e.g., sublocazione, submandato, subappalto etc.). La relazione negoziale tra due imprese indicata con il nome di subfornitura - il suffisso «sub» nella prassi e nella letteratura aziendalistica evoca la situazione di un'impresa, quella sub-fornitrice, dipendente dalla produzione di

(2) I lavori parlamentari sono stati al centro di un vivace dibattito politico, che ha visto scopertamente contrapposte le associazioni delle piccole-medie imprese agli organi rappresentativi delle grandi industrie.

(3) L'unico studio che prefigurava tredici anni fa l'attuale scenario interpretativo (v. Pardolesi, *Subfornitura industriale e diritto: un rapporto difficile*, in *L'artigianato nell'economia e sul territorio, Analisi delle tendenze evolutive*, a cura di Gobbi, I, Roma, s.d., ma 1985, p. 133) è passato - forse per la sua nascosta collocazione editoriale - quasi sotto silenzio. Per un recente tentativo di ricostruzione del fenomeno v. Caso, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 1998, p. 243; ivi la mappa dei riferimenti agli studi dottrinali in cui ricorre la parola subfornitura; nonché Leccese, *Subfornitura* (contratto di), in *Digesto comm.*, vol. XV, Torino, 1997.

(4) D'altro canto, non è un caso che il suffisso sia presente anche nelle espressioni francesi (*sous-traitance*) ed inglesi (*subcontract*), che si possono ritenere, con alcune precisazioni, equivalenti alla nostra. Non è, quindi, da escludere che il termine subfornitura abbia iniziato a circolare negli scritti italiani come traduzione dei suoi equivalenti stranieri. Senonché, gli equivoci terminologici cui si fa cenno nel testo sono da ricondurre probabilmente proprio alla traduzione delle
(segue)

altra impresa, committente - è un contratto essenzialmente bilaterale⁽⁴⁾. Per tentare di dare a questo contratto un'identità giuridica, diversa dall'appalto, dalla somministrazione o dalla vendita di cosa futura - è questo, infatti, il ventaglio che si è finora aperto all'interprete -, occorre muoversi in una direzione affatto diversa dalle eleganti geometrie tra contratto principale e dipendente. Non è possibile, in questa sede, scalare elevati gradi di astrazione, quel che preme rilevare è che chiunque voglia cimentarsi nel tentativo di andare alla ricerca dell'identità perduta - o, più modestamente, di comprendere la subfornitura - deve fare i conti con un panorama concettuale dischiuso attraverso un lungo e complesso lavoro di teoria economica, lavoro portato avanti, non a caso, in termini di costi di transazione. È, infatti, proprio all'economia dei costi di transazione - dal Ronald Coase di *The Nature of the Firm* in poi⁽⁵⁾ - che si deve lo schema teorico per governare il senso dell'alternativa tra impresa integrata verticalmente e sistemi di produzione disintegrati - quelli di subfornitura, appunto - basati sulla logica del mercato ovvero dei contratti tra imprese di fase⁽⁶⁾. Non che lo schema sia incontrovertito - si pensi ai vari aggiustamenti di tiro che provengono dalla letteratura sui distretti industriali⁽⁷⁾ - e fa-

(continua nota 4)

espressioni straniere tratte da testi economici - e, quindi, per lo più testi in inglese dove compare *subcontract* - con il termine subappalto, senza le dovute precisazioni. Insomma, la traduzione di *subcontract* con subappalto si dimostra una fuorviante leggerezza. Tale leggerezza si spiega con il fatto che gli economisti (italiani) non sono generalmente frequentatori di categorie giuridiche, né tanto meno dei problemi comparatistici della loro traduzione; il che induce a trascurare che *sous-traitance* e *subcontract* sono termini anfibiologici, che possono indicare, oltre agli equivalenti del nostro istituto giuridico del subappalto nei sistemi a diritto francese e di *common law*, anche (e in alcuni contesti, solo) ciò che in questa trattazione si intende per subfornitura. Non sorprende che in Francia si sia sentito il bisogno di operare una doppia specificazione aggettivale, affiancando l'espressione *de marché* per connotare il fenomeno giuridico disciplinato dalla *loi* n. 75-1334 del 31 dicembre 1975 e approssimativamente assimilabile al nostro subappalto edilizio, e quella *industrielle* per indicare il più allargato fenomeno di cui qui si tratta.

(5) Gli sviluppi della teoria dei costi di transazioni sono sterminati. Per quanto attiene al diritto dei contratti torna utile soprattutto il *framework* rinvenibile nelle numerose opere di Oliver E. Williamson (V., da ultimo, *The Mechanism of Governance*, New York, N.Y., 1996 (trad. it., *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998).

(6) Le formule equivalenti alla coppia integrazione-disintegrazione si sprecano. Si parla infatti anche di *make or buy*, accentrato-decentramento produttivo, gerarchia-mercato, impresa-contratto, ma il senso economico è sempre lo stesso.

(7) La letteratura italiana sui distretti industriali è ampia, v., fra le opere più significative, Aa.Vv., *La dinamica dei sistemi produttivi territoriali: teorie, tecniche, politiche*, Milano (Bramanti e Maggioni, cur.), Milano, 1997; Dei Ottati, *Tra mercati e comunità: aspetti concettuali e ricerche empiriche sul distretto industriale*, Milano, 1995; Balducci, Pieri, Vannucchi, *op. cit.*; Lorenzoni, *L'architettura e lo sviluppo delle imprese minori. Costellazioni e piccoli gruppi*, Bologna, 1990; Aa.Vv., *Piccole imprese e distretti industriali: una raccolta di saggi*, (Brusco cur.), Torino, 1989; Aa.Vv., *Italia: centri e periferie. Analisi regionale, prospettive e politiche d'intervento*, (Goglio cur.), Milano, 1982.

cilmente traducibile in ricette miracolose per i problemi giuridici⁽⁸⁾, ma non v'è dubbio che è questa la direzione in cui muoversi per trovare il *rationale* dei sistemi e dei contratti di subfornitura.

Ma torniamo al punto. L'intenzione di regolamentare (in senso protettivo) la subfornitura matura sull'idea - sospinta da venti comunitari⁽⁹⁾ - che il relativo mercato sia affetto da pratiche patentemente distorsive ed ormai cronicizzate quali l'allungamento e la sistematica violazione dei termini di pagamento⁽¹⁰⁾. Di là dalle esagerazioni propagandistiche e da alcu-

(8) Come si accenna nel testo, una chiave di lettura della disintegrazione verticale e della subfornitura parzialmente difforme dall'analisi dei costi di transazione è offerta dalla ricca letteratura italiana in materia di distretti industriali. Tuttavia, occorre incidentalmente rilevare che il fenomeno contrattuale della subfornitura, sebbene trovi esplicazione preferenziale nel contesto dei distretti industriali, ha un raggio d'azione più allargato.

(9) L'attenzione delle istituzioni europee alla subfornitura nasce per tempo, ma è solo di recente che le stesse istituzioni hanno impresso un'accelerazione alle iniziative indirizzate verso i risvolti patologici delle situazioni di disparità di potere contrattuale (v. la Comunicazione della Commissione dal titolo *Sviluppo della subfornitura nella Comunità* del 30 agosto 1989). Volendo fornire un quadro semplificato di tali iniziative, si può dire che esse si articolano su due piani: uno specifico, riguardante la subfornitura, ed uno generale, concernente l'intero settore delle relazioni contrattuali tra le imprese.

Non è forse un caso che sul piano specifico, le iniziative comunitarie si limitino sostanzialmente alla promozione di una cultura contrattuale *fair*. Il mezzo prescelto è quello delle guide contrattuali, contenenti informazioni di vario genere che vanno dalla succinta descrizione del contesto giuridico dei vari paesi membri al catalogo delle clausole contrattuali con annesse raccomandazioni sui pericoli a cui è esposto il contraente debole. La commissione non è stata avara nella produzione di guide contrattuali; finora, hanno visto la luce due volumi della *Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità europea* (vol. I, *Il contratto di subfornitura*, Lussemburgo, 1990 e vol. II, *Il quadro giuridico della subfornitura nei dodici Stati membri*, Lussemburgo, 1992), ed una *Guide pratique des régimes juridiques de la sous-traitance industrielle dans la communauté européenne* del 1996; va, altresì, segnalata la pubblicazione nel 1997, sotto l'egida della commissione stessa, di una Guida curata dall'Unice, intitolata *Linee direttrici per la partnership di subfornitura industriale*.

Sul piano generale, l'interesse comunitario si concretizza nella promozione di strumenti normativi volti ad arginare la degenerazione della prassi delle "transazioni commerciali" (i.e., dei contratti tra imprese) nella gestione dei termini di pagamento. La maggiore pregnanza di questo secondo tipo di azione si evince dal fatto che lo studio comunitario sul problema dei termini di pagamento è sfociato - sulla scorta della constatazione che la degenerazione è fenomeno reale, per giunta con una rilevanza statistica in aumento, e che gli strumenti giuridici attualmente fruibili in ciascun paese membro sono insufficienti a contrastare la stessa degenerazione - prima in una raccomandazione ("Raccomandazione della Commissione riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali" in G.U.C.E. L 127 del 10 giugno 1995, si legge anche in *Le società*, 1995, p. 246), che spingeva gli stati membri a prendere misure più efficaci per la risoluzione del problema ed in tempi recentissimi in una proposta di direttiva concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle relazioni commerciali (v. la versione provvisoria del 24 marzo 1998).

La storia del rilievo giuridico comunitario della subfornitura è riassuntivamente tracciata in Pardolesi, *Subfornitura industriale e Comunità europea*, in Aa.Vv. *Contratti di subfornitura, qualità e responsabilità*, (Pocar, cur.), Milano, 1993; cfr. anche Djoudi, *La sous-traitance dans le contexte européen*, D., *Chronique*, 1992, p. 215.

(10) V., per le statistiche comunitarie, la comunicazione della commissione (*Relazione sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*) del 9 luglio 1997, dalle quali si evince, tra l'altro, che l'Italia detiene il record negativo riguardo al problema dei termini di pagamento.

ne grossolane semplificazioni, non v'è dubbio che l'idea catturi una fetta della realtà. Il riferimento è alla subfornitura c.d. «di basso profilo» o, più tecnicamente, alla subfornitura contingente o di capacità. Si tratta delle province povere della deverticalizzazione, quelle dove la bilancia del potere contrattuale pesa nettamente dalla parte dei committenti, con ciò che ne può derivare in termini di abuso da parte di questi ultimi. Vero è che non si dispone di studi empirici fondati su una solida tassonomia, con cui tracciare confini certi tra le varie epifanie della deverticalizzazione. Ciononostante, esiste una serie di indici presuntivi, come le politiche comunitarie, e, perché no?, lo stesso malessere lamentato - per voce delle associazioni di categoria - dalle piccole imprese, che dà controprova alle indicazioni di massima ricavabili dai modelli di analisi economica. Il mercato della subfornitura - o, meglio, un suo settore, la cui consistenza varia seconda del paese in considerazione - è endemicamente contratto sul lato della domanda, gli investimenti effettuati dai subfornitori per l'esecuzione delle prestazioni negoziali sono altamente specifici e, per di più, il committente detiene il governo della capacità tecnologica e progettuale. Ogni singolo contratto ha iscritto nel suo codice genetico le caratteristiche di un mercato destinato a fallire, sotto il profilo dell'efficiente allocazione delle risorse, e costituisce un esempio paradigmatico di ciò che gli economisti condensano nella categoria di *hold up* monopolistico⁽¹¹⁾. Il subfornitore fronteggia un flusso di ordinativi, che spesso fa capo ad un ristretto ventaglio

(11) Dietro una etichetta così oscura si rinvengono le ipotesi cui si accennava in precedenza, ovvero le ipotesi in cui l'elasticità della domanda (o dell'offerta) di una parte subisce una brusca contrazione per effetto della stipulazione del contratto; al punto che all'altro contraente si offre, col semplice ventilare la minaccia di por fine al rapporto, l'opportunità di ottenere una modificazione, a suo favore, dei termini dell'accordo originario. Per comune ammissione, l'idea di un contraente inchiodato alla sua scelta dalla carenza di «sostituti» e perciò esposto all'altrui *leverage* monopolistico trova riscontro paradigmatico nel *franchisee* che abbia impegnato capitali senza possibilità di riconversione: la necessità di ammortizzare gli investimenti lo renderà più che mai reattivo allo spettro del recesso unilaterale (o mancato rinnovo) del produttore; quella «soggiogazione» che non poteva presumersi al momento dell'accordo originario, sarà un fatto compiuto in pendenza di rapporto. Né vale obiettare che simili trappole sono troppo lampanti per sfuggire all'operatore appena provveduto. Far appello alla lungimiranza dell'autonomia privata è risposta debole quando siano in gioco le distorsioni allocative dovute all'esercizio di un potere di monopolio (e misurate, nel nostro caso, dall'*ex post surplus* che il contraente in posizione egemone riesce a catturare). In quest'ordine di idee, la nozione di *hold up* monopolistico è in grado di dare consistenza all'altrimenti labile categoria della disparità di potere contrattuale. Il diritto dispone, cioè, di una direttiva univoca che impone di paralizzare i presupposti su cui si fonda l'*hold up*. Nel nostro sistema, gli strumenti giuridici che permettono l'attuazione di una tale direttiva sono le clausole generali sulla buona fede contrattuale e precontrattuale assistite da una sofisticata modulazione della *liability rule*, ovvero dal risarcimento del danno opportunamente parametrato sulla perdita in termini di investimenti (in lessico economico, *sunk and switching costs*).

Sul punto, v., in prima battuta, il lavoro, divenuto ormai classico, di Klein, Crawford, Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 *J. L. & Econ.*, pp. 297-326 (1978).

di committenti (quando il ventaglio non si chiude nell'asfittica dimensione della monocommitenza) e, per questa ragione, sopporta investimenti idiosincratichi, ovvero difficilmente riconvertibili in caso di rottura del rapporto. L'abuso di potere contrattuale ha espressioni cangianti, che vanno dalla negazione di un contratto quadro, quale strumento per prevenire i rischi connessi ad un rapporto di lungo periodo, all'imposizione di condizioni generali zeppe di clausole vessatorie, fino ad arrivare appunto alla chiusura improvvisa del flusso di ordinativi.

Un'astrazione di questo tipo trova riscontri proprio nella storia della subfornitura italiana, diffusasi come mezzo per il contenimento dei costi, attuato attraverso lo scorporo, dalla grande impresa, di fasi produttive non di rado affidate ad ex-dipendenti.

Ma v'è di più, i problemi di abuso di potere contrattuale sono stati fino ad oggi drammatizzati nel nostro sistema giuridico da due fattori: la rarefazione di strumenti di riequilibrio contrattuale e l'assenza di un quadro giuridico per la subfornitura.

3. Problemi gius-economici: l'assenza di strumenti di riequilibrio contrattuale e di un quadro giuridico. - Nel nostro sistema giuridico il riconoscimento normativo dello stato di debolezza contrattuale di una categoria imprenditoriale e del relativo apparato di protezione appare assai circoscritto⁽¹²⁾. Si può anzi dire che nel nostro diritto dei contratti è difficile reperire uno strumento incisivo di sorveglianza delle situazioni di disparità di potere tra entità imprenditoriali. Non solo, infatti, la nuova disciplina generale sulle clausole abusive risulta inapplicabile ai contratti tra imprese⁽¹³⁾, ma non vi sono nemmeno tracce evidenti di una cultura

(12) Il riferimento è alle norme di protezione dell'agente di commercio, il quale però è notoriamente figura anfibia, che si colloca nella terra di nessuno tra autonomia e subordinazione lavorativa. D'altra parte, che la deriva protezionistica di categorie di imprenditori deboli non sia una prospettiva visionaria è dimostrato dalle vicende straniere dei contratti di distribuzione. Certo, sia all'interno dell'ambito privatistico, sia al di fuori di esso esistono norme di favore per le piccole imprese e per le imprese artigiane. Ci si riferisce, e. g., all'esclusione dell'applicazione al piccolo imprenditore della disciplina fallimentare (art. 2083 cod. civ. e art. 1 l. fall.) o all'art. 2751 *bis* cod. civ., che attribuisce un privilegio creditizio a determinati soggetti tra cui le imprese artigiane, o alla l. 8 agosto 1985, n. 443, che stabilisce principi di tutela delle imprese artigiane da attuarsi con leggi regionali; o ancora alla l. 5 ottobre 1991, n. 317, interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese. Tuttavia, questa griglia di principi e norme di tutela non può considerarsi propriamente uno strumento di riequilibrio contrattuale: i presupposti per la sua applicazione rispondono per lo più a parametri esclusivamente dimensionali e l'impatto (indiretto) sulle dinamiche contrattuali non sembra quantitativamente e qualitativamente calcolabile.

(13) La nuova disciplina sulle clausole abusive - costituita dai cinque articoli che vanno dall'art. 1469 *bis* all'art. 1469 *sexies*, inseriti nel codice civile dall'art. 25 della l. 6 febbraio 1996, n. 52, in attuazione della direttiva n. 93/13 CEE - si applica solo ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Ma la legge italiana non fa altro che riflettere l'impostazione che era già della direttiva.

giudiziale incline ad un'applicazione intensiva delle clausole generali di riequilibrio⁽¹⁴⁾.

Fin qui i dati possono non sorprendere - invero, ad una valutazione di massima, non sembrano nemmeno descrivere una situazione marcata-mente differente da quelle dei principali sistemi giuridici europei - e trasmettono l'impressione di un'istintiva prudenza dei nostri formanti giuridici nell'implementare una categoria concettuale (la disparità di potere contrattuale) tutt'altro che sedimentata ad un campo⁽¹⁵⁾ (il diritto dei con-

(14) Anche se la disciplina delle condizioni generali di contratto (la triade degli artt. 1341, 1342 e 1370 cod. civ.) è strumento unanimemente ritenuto imbolsito (cfr., comunque, sull'applicazione di questa disciplina ai rapporti tra imprese Scognamiglio, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del «contraente debole»*, nota a Cass., 22 maggio 1986, n. 3407, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, p. 425), e quantunque da noi non abbia mai preso piede un'interpretazione aggressiva dell'abuso del diritto (cfr., sul punto, Gambaro, *Abuso del diritto (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1988, vol. I, pp. 1 ss.) non difettano altri luoghi normativi del nostro ordinamento e regole giurisprudenziali che potrebbero fungere da meccanismi di riequilibrio nei contratti tra imprese. Si pensi, per dare le prime intuitive indicazioni, alle norme sulla buona fede contrattuale e precontrattuale, o sul contratto concluso in stato di bisogno. In questa sede, peraltro, nell'impossibilità di scandagliare, anche solo a campione, l'atteggiamento giurisprudenziale di fronte a situazioni di disparità di potere contrattuale nelle relazioni tra imprese, si può solo registrare qual è l'attuale atmosfera normativa ed interpretativa.

Sulla inclinazione (recentemente disattesa dalla stessa *Cour de cassation*) della giurisprudenza d'oltralpe ad effettuare interventi di riequilibrio sul prezzo contrattuale in situazioni di dipendenza economica v. Revet, *Les apports au droit des relations de dépendence*, nella raccolta di interventi dal titolo *La détermination du prix: nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, in *RTD comm.*, 1997, p. 1.

(15) La locuzione non sembra ricorrere in giurisprudenza, mentre si rinviene talvolta nei discorsi della dottrina (si veda, e.g., Roppo, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 484, e dello stesso autore *Il contratto*, Bologna, p. 36; nonché Pardolesi, *Potere contrattuale, autonomia e subordinazione: note in margine ai (difficili) rapporti tra società petrolifere e gestori di stazioni di servizio*, in *Foro it.*, 1981, I, p. 803; e, dello stesso autore, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pp. 309 ss.). Tuttavia, la dottrina sensibile all'analisi economica ritiene che la disparità di potere contrattuale sia un criterio più labile rispetto all'*bold up* monopolistico, i cui presupposti sarebbero, invece, rigorosi: v. Pardolesi, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica* (Alpa, Pulitini, Rodotà, Romani, curr.), Milano, 1982, p. 517. D'altra parte, che la locuzione in parola non rappresenti ancora una categoria privatistica è confermato anche dal fatto che «potere contrattuale» non figura tra le voci enciclopediche dedicate al diverso concetto di potere in senso privatistico, né, per quanto consta, negli indici analitici delle trattazioni dedicate al contratto.

È, peraltro, evidente che i giuristi adoperano anche altre formule linguistiche per riferirsi al problema della disparità di potere contrattuale o a questioni connesse (e.g. potere di mercato, potere negoziale, situazione di preminenza economica, proporzionalità o equilibrio delle prestazioni, contraente debole etc.), ma questo potrebbe essere un altro sintomo della scarso consolidamento della categoria.

Tuttavia, in tempi recenti si avverte una spinta nel senso del progressivo assestamento della categoria, come sembrano testimoniare gli stessi Principi UNIDROIT in materia di contratti commerciali internazionali, sensibili al problema dello squilibrio contrattuale (il punto è segnalato, con riguardo agli *standard forms* che non siano utilizzati nei contratti da consumatori, da Pardolesi, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 544, in nota). In argomento, v. Pontiroli, *La protezione del «contraente debole» nei Principles of International Commercial Contract di UNIDROIT: much ado about nothing*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 566; nonché Timoteo, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3, comma 10 dei Principi UNIDROIT*, in *Contratto e impresa Europa*, pp. 141 ss.

tratti tra imprese) ritenuto, non a torto, luogo elettivo della libertà da interventi normativi dello stato.

Salta, però, evidente agli occhi l'assenza, anche al di fuori del circuito di regole squisitamente privatistiche e del diritto dei contratti inteso in senso stretto, di strumenti di riequilibrio o, se si preferisce, di garanzia della correttezza contrattuale. La mente corre alla normativa antitrust. Ebbene, in questo ambito giuridico (dove peraltro, l'influenza delle teorie economiche pare più diretta), sono recentemente maturate, in altre esperienze giuridiche, direttive duttili quanto occorre per funzionare anche da meccanismi idonei a sanzionare comportamenti opportunistici nella contrattazione tra imprese. In proposito, si può prendere a punto di riferimento un modello che si pone, sul piano dell'arsenale di strumenti di intervento sui contratti e sul mercato, all'estremo opposto del nostro ordinamento. Si allude ai tre strumenti antimonopolistici inseriti nel tessuto della normativa antitrust francese (l'*ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986): l'abuso di dipendenza economica⁽¹⁶⁾, la disciplina dei termini di pagamento e la tutela della lealtà commerciale. Diversamente dall'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica non presuppone l'egemonia sul mercato (rilevante) preso nel suo complesso, quanto, piuttosto, una posizione dominante relativa⁽¹⁷⁾. Nell'apparato antimonopolistico esagonale è stata poi introdotta - con la *loi* n. 92-1442 del 31 dicembre 1992 - una griglia di norme demandate a combattere il problema dei termini di paga-

(16) Per le prime indicazioni sulla nozione di dipendenza economica v. Frignani, *Abuso di posizione dominante*, in *Diritto antitrust italiano*, I, Bologna, 1993, p. 346, ivi riferimenti ad opere tedesche e francesi; Osti, *ibid.*, p. 594; Pardolesi, *Subfornitura industriale e comunità europea cit.*, pp. 35 ss., ivi ulteriori riferimenti; Schiano di Pepe, *op. cit.*, p. 93 s.; per la dottrina francese, si possono qui segnalare Aa.Av., *Lamy droit économique*, Paris, 1991, parr. 646 e ss., pp. 200 ss.; Boutard-Labarde e Cavinet, *Droit français de la concurrence*, Paris, 1994, pp. 85 ss.; cfr., anche, le osservazioni di Sacco, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, tomo I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 1993, pp. 482 ss., secondo il quale «l'insieme della normativa antimonopolistica dimostra il carattere antigiusuridico dell'abuso della distorsione del mercato. A queste premesse segue l'individuazione del rimedio accordato alla vittima dell'operatore colpevole. Il negozio concluso a condizioni che solo l'abuso ha reso possibili (al contraente sfruttatore) e necessarie (al contraente sfruttato) è un negozio, la cui formazione è condizionata da elementi psicologici fuorvianti. Questa anomalia concreta un vizio del volere».

In Francia, peraltro, la categoria è stata messa a fuoco dapprima nata in ambito privatistico: v. Virassamy, *Les contrats de dépendence*, Paris, 1986.

(17) Peraltro, nel modello francese di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 8 dell'*ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, è comunque necessario che vi sia una restrizione della concorrenza, per cui lo stesso mercato nel suo complesso sembra tornare ad essere il punto di riferimento per l'applicazione della disciplina. Non a caso, l'art. 8 ha trovato scarsa applicazione pratica.

mento fra le imprese⁽¹⁸⁾. I comportamenti illeciti in materia di termini di pagamento sono, quindi, qualificati, sia pur implicitamente, come pratiche anticoncorrenziali (anche se, forse, maggior lucidità teleologica e amore per la coerenza sistematica avrebbero suggerito di inserire un coordinamento esplicito in base al quale la violazione dei termini di pagamento figurasse tra le fattispecie di abuso di dipendenza economica). Ancora più recente è la novella introdotta con la *loi* n. 96-588 del 1° luglio 1996 sulla «lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali», che introduce - e già lo si evince dalla rubrica della legge - un ulteriore

(18) Per dare un'idea delle novità introdotte, nella trama dell'*ordonnance* del 1986, dalla legge del 1992, si può dire che esse riguardano l'introduzione di un principio di trasparenza contrattuale che si concretizza, tra l'altro, nell'obbligo ad indicare in fattura la data in cui il pagamento deve avvenire e le condizioni di sconto; l'introduzione di un tetto minimo per le penalità previste dai contraenti per il ritardo e di un elenco di categorie di prodotti (prodotti alimentari deperibili, bevande alcoliche *etc.*), per i quali sono previsti limiti massimi per i termini contrattuali di pagamento.

Più in dettaglio, la *loi* del 31 dicembre 1992 modifica:

1) l'art. 13 dell'*ordonnance* del 1986 sopra citata, che disciplina i poteri del *Conseil de la concurrence* diretti a sanzionare le pratiche anticoncorrenziali in generale; l'aggiunta introdotta dall'art. 1 della legge del 1992 mira a parametrare le sanzioni pecuniarie, previste nell'art. 13 cit., sulla gravità dei fatti riscontrati, sull'importanza del danno causato all'economia e sulla situazione dell'impresa o dell'organismo puniti;

2) gli artt. 31 e 33 dell'*ordonnance*; le nuove disposizioni stabiliscono un principio di trasparenza nelle transazioni tra imprenditori, prescrivendo che la fattura debba menzionare il termine di pagamento, le condizioni di sconto applicabili in caso di pagamento anticipato rispetto alle condizioni generali di vendita (art. 2 della nuova legge); inoltre, in base alle nuove disposizioni, le clausole delle condizioni generali sul pagamento devono precisare le modalità di calcolo e i presupposti per l'applicabilità delle penalità (negoziali) nei casi di ritardo sulla data di fattura, allorché il versamento del prezzo avvenga oltre il termine fissato nelle condizioni generali di vendita; tali penalità sono di un ammontare almeno equivalente a quello che risulterebbe dall'applicazione di un tasso pari ad una volta e mezzo il tasso di interesse legale (art. 3); le disposizioni sono assistite da severe sanzioni pecuniarie;

3) l'art. 36 dell'*ordonnance*, il quale prevede, al n. 2, la responsabilità per il rifiuto di soddisfare le domande degli acquirenti o dei prestatori di servizi, allorché tali domande non presentino alcun carattere anormale e siano in buona fede o il rifiuto non sia giustificato da motivi particolari rintracciabili nell'art. 10 della stessa *ordonnance*; la legge del 1992 ha aggiunto un nuovo comma in base al quale la domanda di un acquirente presenta presumibilmente un carattere anomalo quando sia stabilito che lo stesso acquirente procede ad una delle pratiche di concorrenza sleale previste agli artt. 32 e 37 dell'*ordonnance*;

4) l'art. 35 dell'*ordonnance*; la nuova legge prescrive dei termini massimi di pagamento per alcune categorie di prodotti (prodotti alimentari deperibili, carni destinate alle macellazione, bevande alcoliche) e commina severe sanzioni pecuniarie per la violazione di tali termini.

Di estremo interesse, al fine di comprendere tutte le sfumature della legge, è il *Rapport au Parlement sur les conditions d'application de la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises*, pubblicato in *JCP*, 1995, Ed. Gen., Textes, 67169; Sulla stessa legge v. L. et J. Vogel, *Ombres et lumières de la transparence tarifaire / conditions générales de vente et facturation*, *ibid.*, I, p. 436; Labarthe, *La nature juridique des pénalités par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises (article 33 nouveau de l'ordonnance du 1° décembre 1986)*, in *D.*, 1995, Chronique, 61.

(e più invasivo) strumento concorrenziale per intervenire nei rapporti interimprenditivi⁽¹⁹⁾.

Il meccanismo di riequilibrio complessivo, che risulta dalla sinergia dei tre strumenti testé accennati, è di sicuro venato di estremismo; tuttavia, il suo richiamo in questa sede serve a rimarcare come il sistema italiano fosse, fino a ieri, del tutto sprovvisto - anche sul piano dell'antitrust - di strumenti di riequilibrio contrattuale o, per meglio dire, di sorveglianza del corretto funzionamento del mercato.

Se si accede, poi, all'idea che vi è una spinta da parte della prassi alla tipizzazione del contratto di subfornitura, l'assenza di un quadro contrattuale unitario (o, se si vuole, tipizzato) ha innescato *spillovers* economici di segno negativo. Un primo effetto è dovuto alla moltiplicazione dei costi derivanti dal processo di coordinamento tra le attuali regole legislative dispositive (*default rules*) e le regolamentazioni negoziali delle fattispecie

(19) Per i primi preoccupati commenti dell'ultima novella del 1996 v. Jamin, *RTD civ.*, 1996, p. 1009; J.C. et J.L. Fourgoux, *La réforme de l'ordonnance du 1er juillet 1996: addition ou soustraction?*, *JCP*, 1996, Ed. E., I, 601, p. 459. La novella che qui rileva maggiormente è l'intervento sull'art. 36 della citata *ordonnance*, in base al quale si stabilisce una responsabilità (civile) per una serie di condotte perpetrate da un'impresa ai danni di altra impresa a sé legata da una «relazione» commerciale. Le condotte ritenute contrarie a «lealtà commerciale» e che riguardano anche l'ambito della subfornitura sono le seguenti: «1) de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence; 2) d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit; 3) d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente; 4) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels. Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure». Tralasciando la disposizione che riguarda specificamente il settore della distribuzione, si deve poi evidenziare che il nuovo art. 36 così si chiude: «L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le Parquet, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence, lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Le président de la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements en cause ou ordonner toute autre mesure provisoire».

La regolamentazione dell'azione giudiziaria rende evidente che le norme descritte costituiscono una sorta di nuovo apparato di concorrenza sleale ispirato ad una filosofia diversa da quella tradizionale - quella del danneggiamento diretto del partner in aggiunta al consueto danneggiamento del concorrente - collocato all'interno della normativa antitrust. A ben vedere, un tale strumento potrebbe rivelarsi ben più incisivo dell'abuso di dipendenza economica, in quanto è dotato di uno spettro di presupposti applicativi più ampio, è sganciato da qualsiasi riferimento al mercato rilevante ed è, per di più, attivabile sia dall'autorità francese preposta a garanzia della concorrenza, sia da qualsiasi interessato.

(di subfornitura) che di volta in volta si presentano al vaglio delle corti⁽²⁰⁾. I costi in parola hanno duplice natura: si tratta dei costi amministrativi connessi alla difficoltà riscontrata, in sede contenziosa, per approdare alla qualificazione contrattuale e di quelli connessi alla divaricazione tra autonomia privata e regole legislative. Un secondo effetto è quello dell'aumento di comportamenti opportunistici basati sull'incertezza del quadro giuridico di riferimento. Se è vero che l'analisi economica offre un puntello all'idea che la subfornitura (di basso profilo) rappresenti una situazione a rischio di marcata disparità di potere contrattuale, si può facilmente arguire che tali comportamenti opportunistici sono, con tutta probabilità, perpetrati dalla parte che dispone di maggiore potere contrattuale ed economico. In quest'ordine di idee, insomma, non è peregrino immaginare che della situazione di incertezza si avvantaggi la parte (il committente, secondo il comune sentire) che non teme i costi dell'eventuale giudizio e tendenzialmente dispone - per mezzo di un apparato di consulenti giuridici presumibilmente più sviluppato - di un maggior numero di informazioni legali riguardanti il giudizio stesso. È forse superfluo rilevare che la qualificazione del contratto come vendita o come appalto non è un'operazione neutra dal punto di vista dell'allocatione dei rischi. Si pensi, tanto per fare un esempio di immediata percezione, ai differenti termini di prescrizione e decadenza per ciò che concerne i vizi nell'appalto e nella vendita (artt. 1667 e 1495 cod. civ.).

4. Struttura e regole della nuova legge tra intenti del legislatore, accidenti di *legal process* e analisi economica del diritto.

4.1. La struttura e le «buone intenzioni».

Questi, dunque, erano i problemi gius-economici sul tappeto. La strada più corretta per affrontarli sembrava essere quella di metter capo ad un duplice intervento: da un lato, tipizzare e, per conseguenza, regolamentare il contratto di subfornitura, dall'altro, introdurre strumenti più incisivi

(20) Di là delle concettualizzazioni e dalle categorie costruite dagli interpreti (atipicità, tipo socialgiurisdizionale, contratto misto o complesso), è importante sottolineare come la nostra giurisprudenza sia tradizionalmente portata a ricondurre i contratti forgiati dalla prassi ad un tipo legale (in particolare, la riconduzione avviene attraverso procedimenti logico-ermeneutici come il c.d. assorbimento, cfr. sul punto Roppo, *Contratto*, in *Digesto civ.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 119 ss., *amplius* Sacco, in Sacco e De Nova, *op. cit.*, tomo II, pp. 419 ss.). Tuttavia, il fatto che lo stile di un sistema come il nostro sia improntato alla tipizzazione solleva problemi più complessi rispetto a quello che può risultare dalla sintesi del testo. Infatti, la riconduzione ad un tipo legale non comporta solo l'applicazione dei c.d. *naturalia*, ovvero degli elementi naturali e derogabili del tipo contrattuale, ma anche delle norme imperative che allo stesso tipo si riconnettono: cfr. sul punto le delucidazioni di Sacco, *ibid.*, p. 437.

di sorveglianza contrattuale, estesi a tutto lo spettro dei rapporti tra imprese.

La nuova legge non ha saputo coltivare obiettivi così netti. Essa sovrappone le due tipologie di intervento facendo leva su una categoria generale, quella della subfornitura, ma fornendo pochi e confusi elementi di specificazione. Sta di fatto che la realtà evocata da tale formula è estremamente frastagliata e non può essere appiattita - se non, come si vedrà in seguito, al prezzo di una drastica delimitazione del tipo legale rispetto al tipo sociale individuato dalla prassi e dall'analisi economica - su una sola delle sue anime, quella, precedentemente descritta, della subfornitura di basso profilo. Infatti, non è detto che l'impresa subfornitrice sia di piccole o medie dimensioni, come non è detto che la stessa abbia scarso potere contrattuale. Può accadere che l'impresa subfornitrice abbia dimensioni cospicue o che, se pur medio-piccola, sia dotata di un forte potere contrattuale o, comunque, di un *countervailing power*, un potere di bilanciamento (e.g., perché la sua produzione ha un elevato grado di qualità e specializzazione). In questi contesti, spesso riscontrabili anche nei distretti industriali, la situazione monopolistica può rovesciarsi o stingere nel c.d. monopolio bilaterale.

Lo spirito di fondo della legge, però, rimane condivisibile. Il problema, perciò, assume una dimensione essenzialmente interpretativa. Una corretta opera di ricostruzione degli intenti originari del legislatore - di là dalle incontestabili disfunzioni dell'articolato, risultanti da compromessi politici e da accidenti nel concreto funzionamento della macchina legislativa - ed una lettura in chiave di analisi economica della legge (e, soprattutto, della norma sull'abuso di dipendenza economica) possono forse orientare in maniera corretta la sua applicazione.

Per dare concretezza al discorso occorre scendere *in medias res* e dare uno sguardo d'insieme all'articolato.

Alla definizione (dell'oggetto) del contratto, di cui all'art. 1, seguono alcuni dettami rivolti all'area contrattuale inquadrata dalla stessa definizione. La maggior parte di essi riguarda, direttamente o indirettamente, i problemi di disparità di potere contrattuale. Si tratta degli art. 2 (contratto di subfornitura, forma e contenuto), art. 3 (termini di pagamento), art. 4 (divieto di interposizione), art. 5 (responsabilità del subfornitore), art. 6 (nullità di clausole), art. 7 (proprietà del progetto), art. 8 (regime IVA) e art. 9 (abuso di dipendenza economica), e art. 10 (conciliazione e arbitrato).

Dalla semplice enumerazione delle norme si evince quanto si accennava poc'anzi. La struttura della legge oscilla tra intervento dichiaratamente protettivo della «categoria» dei subfornitori e disciplina sul controllo delle

situazioni di disparità di potere nei contratti tra imprese. Tale oscillazione è, evidentemente, dovuta all'inserimento nel tessuto normativo - in un momento successivo alla gestazione dell'impianto originario, che già faceva leva sugli altri due punti forti della legge ovvero l'obbligo della forma scritta e la disciplina dei termini di pagamento - dell'abuso di dipendenza economica, che, appunto, è norma a vocazione allargata. Il fatto che la disciplina protettiva di una categoria di soggetti presupposti deboli non fosse l'unica strada percorribile trova conferma nell'esistenza dei modelli legislativi cui si è già accennato e che mostrano come si possa tentare di affrontare l'intero problema dei termini di pagamento - ammesso (e non concesso) che esso sia veramente il più grave dei mali - e dell'abuso di potere contrattuale nei contratti tra imprese nell'ambito della disciplina concorrenziale⁽²¹⁾. D'altra parte, la politica comunitaria sui termini di pagamento riguarda l'intero settore delle relazioni tra imprese.

Quel che più sorprende, però, è che la legge rinuncia a dettare una disciplina esaustiva del contratto di subfornitura, innescando un processo di tipizzazione a metà, che non sembra ovviare all'attuale grado di incertezza sullo «statuto giuridico» della subfornitura: per alcuni profili contrattuali, anche dopo l'entrata in vigore della legge, il giudice, presumibilmente, dovrà, per quanto non disposto, continuare a spigolare tra le norme in materia di appalto, vendita e somministrazione.

Ci sono buone ragioni per immaginare che l'aver trascurato il valore di un'autentica tipizzazione sia da imputare a superficialità. Il legislatore era animato - forse ossessionato - dalla preoccupazione di dare protezione ai subfornitori, sì che ha preso e rimaneggiato (quello che pensava essere) il (solo) paradigma della protezione del contraente debole e gli ha premesso una definizione del contratto di subfornitura. Quale paradigma? Qui la risposta è davvero agevole. Non è, infatti, difficile riconoscere, nella trama delle norme (imperative) riguardanti la forma, il contenuto e la list(in)a nera di clausole giudicate nulle *a priori*, gli assi portanti del tipo di protezione che ricorre nella legislazione europea sui contratti con i consumatori. Nelle principali direttive comunitarie a protezione di questi ultimi si ritrovano norme sulla trasparenza contrattuale, che stabiliscono l'obbligatorietà della forma scritta e della previsione di alcune indicazioni contrattuali, nonché, ovviamente, norme che riducono all'impotenza, quando non fulminano di nullità, alcune clausole contrattuali. Termini di paga-

(21) Le citate normative francesi sui termini di pagamento (*loi* n. 92-1442 del 31 dicembre 1992), sulla trasparenza nei contratti tra imprese e sulla lealtà nelle relazioni commerciali (novella all'*ordonnance* del 1986 introdotta con la *loi* n. 96-588 del 1° luglio 1996) costituiscono tentativi di soluzione (si) discutibili, ma, *ictu oculi*, più sensibili alle politiche comunitarie e alla coerenza sistematica, nonché, probabilmente, maggiormente dotati di forza di penetrazione.

mento a parte, il tutto si riduce alla solita cura contro l'anemia (*i.e.*, asimmetria) informativa. Sennonché, la logica economica che, se pure in modo non incontrovertito, supporta l'intervento a favore del consumatore, soprattutto per quanto concerne i contratti standard, svapora nei contratti negoziati individualmente, in special modo se i due paciscenti hanno entrambi natura di impresa. In altre parole, ciò che si può presumere per la contrattazione tra imprese (*pardon*, professionisti) e consumatori - e, cioè, che i consumatori sono poco informati e, quindi, non riescono a valutare il *trade-off* tra (contenimento del) prezzo (dovuto alla standardizzazione dei contratti) e (costi connessi alla realizzabilità dei) rischi su di loro ineluttabilmente addossati attraverso le clausole vessatorie che infestano i contratti standard -; ciò che è dato presumere per i consumatori, si diceva, non lo si può per gli imprenditori, anche quando questi ultimi si limitino ad aderire al contratto predisposto da controparte⁽²²⁾. In questa prospettiva non pochi dubbi solleva l'art. 6, il quale descrive tre tipi di clausole, giudicate nulle *a priori*.

Fin qui i difetti, ma la legge nasce da esigenze reali e condivisibili. Se si parte da questo assunto, si possono rileggere in una diversa chiave interpretativa alcune prese di posizione del legislatore. L'obbligo della forma scritta risponde al tentativo - rozzo quanto si vuole, ma non infondato - di riportare in emersione una prassi contrattuale caratterizzata dalla più assoluta informalità (ordinativi essenziali, magari trasmessi solo oralmente). D'altra parte, lo stesso obbligo è l'unico mezzo - ce lo conferma la legge francese - per rendere effettivamente applicabile una disciplina sui termini di pagamento.

4.2. L'ambito di applicazione e l'instabile categoria della subfornitura

E veniamo alla definizione. La definizione a base di una legge di segno protettivo - si sa - non ha da essere indistinta (perché espone al pericolo di sfociare nella paralisi), né rigidamente conchiusa (perché rischia di ostracizzare una parte dei soggetti che si dichiara di voler proteggere). L'art. 1 mira ad operare questo difficile *mix*. Se, e in quale misura vi sia riuscito, è altra storia.

Con ordine. La definizione fa leva su due elementi caratterizzanti, che, a mo' di slogan riduttivi, potremmo così etichettare: prestazione caratteristica del subfornitore, da un lato, e sua subalternità progettuale-tecnologica, dall'altro.

Consideriamo il primo profilo, con la sola riserva di mettere un qual-

(22) Cfr., sul punto, Pardolesi e Paccès, *Clausole vessatorie in crisi d'identità (appunti di analisi economica del diritto)*, in *Dir. priv.*, 1996, p. 377.

che ordine nella (punteggiatura della) formulazione legislativa. La prestazione del subfornitore può consistere in una lavorazione su semilavorati ovvero su materie prime, forniti da controparte e che a questa devono tornare, posto che detta prestazione è comunque resa «per conto» del committente: col che, la «deverticalizzazione» della fase di lavorazione appare fotografata con sufficiente nitidezza. In alternativa, il subfornitore può essere chiamato a fornire un prodotto, da incorporare in un bene più complesso (quindi, una parte da assemblare con altre: arg. anche *ex art.* 5, comma 1), ovvero a fornire attrezzature o prestare un servizio nell'ambito dell'attività produttiva del committente, più precisamente in seno al suo ciclo di lavorazione. Per questa via, buona parte di ciò che siamo soliti ricondurre all'*outsourcing* e al subappalto nella realizzazione di un'opera risulterebbe già esclusa. E l'operazione ermeneutica abbozzata, con manipolazioni quanto mai contenute, sembrerebbe trovare avallo nell'archetipo della nuova disciplina, ossia quella proposta unificata (a firma del relatore Micele) che, con qualche maggiore velleità tassonomica, precisava come il concetto di subfornitura dovesse includere:

la subfornitura di prodotti, che consiste nella produzione di semilavorati o di componenti di beni più complessi prodotti dal committente;

la subfornitura di attrezzatura, che consiste nella produzione di componenti degli impianti produttivi del committente;

la subfornitura di servizi, che consiste nella fornitura di servizi essenziali per il funzionamento dell'impresa committente.

Senonché, il testo approdato a noi è estremamente più confuso. Fornitura di prodotti/servizi da incorporare/utilizzare nell'attività - si badi bene: economica - o nella produzione di un bene più complesso sono espressioni affastellate alla rinfusa e (anche per questo) di tale generalità da determinare sia larghe sovrapposizioni, sia spinte centrifughe in ogni direzione, o quasi.

L'argine è (=dovrebbe esser) rappresentato dal secondo profilo su cenato. Evocando la fornitura di progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi da parte del committente, esso richiama l'originaria matrice produttiva e taglia fuori dal giro rapporti (p. es., in materia di distribuzione) che, altrimenti, in forza di un'interpretazione dissennatamente letterale e parcellizzata, si potrebbero far rientrare nella sfera di applicazione della nuova legge. A questa prima e pregiudiziale funzione se ne aggiunge un'altra, assai più delicata: quella di distinguere fior da fiore, all'interno di situazioni altrimenti omogenee, sulla scorta di un elemento qualitativo, ossia l'assenza (o, come si vedrà, la sostanziale minorità) dell'apporto progettuale/tecnologico da parte del subfornitore. Per quanto sembra di capire, la direttiva punta a recuperare il *proprium*

del fenomeno, ossia l'intrinseca attinenza al ciclo produttivo specifico del committente, togliendo dal giro - ecco un punto di capitale importanza - gli apporti «impersonali». In altre parole, è del tutto ovvio che l'impresa affidi all'esterno una vasta gamma di servizi, connessi alla sua organizzazione complessa. Ma, nella misura in cui tali servizi risultino «aspecifici» (nel senso di poter essere resi indifferentemente a chiunque ne faccia richiesta, senza particolari aggiustamenti: es., ristorazione, pulizia etc.), si è al di fuori dell'ambito (legislativo) della subfornitura. Che entra in gioco, invece, quante volte le prestazioni richieste obbediscano ad una logica ritagliata sulle peculiari esigenze del committente (ciò che, per inciso, vale a rendere improbabile l'esistenza di un mercato). Appunto a questo mira - si direbbe - il riferimento ai progetti esecutivi, conoscenze tecnico-tecnologiche e così via. Il subfornitore - quanto meno quello che il legislatore ha a cuore - non è soltanto un soggetto che orbita intorno al committente, in una situazione di tangibile sudditanza economica: se così fosse, il fascio di rapporti da scrutinare sarebbe vistosamente più allargato (e tale, infatti, è lo spettro inciso dalla disposizione sull'abuso di dipendenza economica, v. *infra*); il subfornitore, dicevamo, è piuttosto un imprenditore, per dirla à la *Calvino*, dimezzato, perché eterodiretto sul versante dell'impegno progettuale e, quindi, sostanzialmente inglobato in un'attività produttiva che, per la parte di sua stretta competenza, è sprovvista d'individualità (se si preferisce, della possibilità di sbocco sul mercato) e, nel complesso, non gli pertiene.

Va detto subito che il criterio così delineato muove da due indicazioni economiche in linea di massima condivisibili. In primo luogo, la debolezza del subfornitore si radicherebbe essenzialmente nei costi di riconvertibilità dell'investimento specifico - per meglio dire, idiosincratico - che egli effettua in vista dell'esecuzione della commessa, costi che non sopporta per una produzione standardizzata. In secondo luogo, i subfornitori che partecipano fattivamente alla progettazione sono presumibilmente dotati di competenze tecnologiche che li collocano nella fascia alta del fenomeno, per la quale le preoccupazioni sottese alla disciplina in esame non hanno ragione di porsi (almeno in modo così pregnante). Tutto chiaro, ma solo nei modelli economici astratti. Non a caso, nel tentativo di dar corpo a quest'approccio, la legge s'ingegna d'inquadrare un subfornitore che vanta, al più, una capacità «officinale», ma è tributario, quanto a progettazione esecutiva e *know-how*, del committente: come dire che, se ci mette del suo, fuoriesce dal solco della *Schutzbedürftigkeit* (il che, per inciso, equivale a dire che il *co-maker*, il *co-designer* o, di là dal sabba delle denominazioni, il subfornitore di specialità esce dal quadro, persino quando, piuttosto che contare su un portafoglio diversificato di imprese

clienti, operi per un solo committente: nel presupposto - non necessariamente corrispondente al vero: ma da qualche parte bisogna ben tirare la linea! - che le sue doti gli assicurino margini sufficienti per tutelare i suoi interessi).

A questo punto è necessario farsi carico di un dubbio: se, cioè, l'indicazione delle tre voci in conformità delle quali deve operare il subfornitore abbia valenza generale ovvero se essa, com'è pure dato ipotizzare in ragione del riscontro letterale, rilevi soltanto per il caso di fornitura di prodotti o servizi destinati ad essere incorporati in un bene più complesso o utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente. Di là dall'ambiguità testuale che la rende possibile, la seconda interpretazione riesce poco convincente. Perché la definizione di subfornitore debba passare per le forche caudine di progetti esecutivi (e quant'altro) di controparte quando, ad es., egli sia chiamato a rendere un servizio destinato ad esser utilizzato in seno all'altrui attività economica, mentre nulla del genere sarebbe richiesto quando si tratti di lavorazioni (*id est*, servizi) su semilavorati o materie prime fornite dal committente (*id est*, su beni comunque inerenti all'attività economica), è del tutto imperscrutabile. Argomentazioni plausibili non se ne danno: suggerire che, per l'ipotesi di lavorazioni su materie prime o semilavorati, la conformità alla tecnologia del committente sia *in re ipsa* e non abbisogni di indici ulteriori è idea che collide con la constatazione che l'afferenza all'impostazione progettual-tecnologica del committente è ancora più scontata nel caso di prodotto destinato ad esser assemblato. C'è quanto basta per concludere, sul punto, che la "griglia" indicata dal legislatore debba valere *across the board*.

È lecito presumere che qui s'innesceranno forti tensioni interpretative. Basti pensare, per limitarci alla fatica dell'ovvio, che le tre voci evocate - progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, prototipi o modelli - non sono tra loro omogenee. Dando per scontato che esse non debbano essere necessariamente compresenti (pena il pratico azzeramento della legge, anche in vista della banalità degli espedienti elusivi che si offrirebbero altrimenti), ci si potrà trovare al cospetto di situazioni in cui il committente abbia fornito progetti esecutivi, che sono chiara spia di un pieno controllo tecnologico, ovvero di casi in cui l'ordinativo si basi su un modello, fornito, sì, ma non necessariamente elaborato dal committente: caso in cui è lecito ipotizzare che quest'ultimo non disponga di alcuna particolare *expertise*. Se ne deve dedurre che: 1) deve sussistere, in ogni caso, un qualche «travaso» di tecnologia (dal committente al subfornitore); 2) quel che conta, agli occhi del legislatore, non è la *primacy* tecnologica del committente, quanto l'irrilevanza dell'apporto del subfornitore. Ragionando diversamente, dovremmo infatti approdare alla conclu-

sione che la disciplina protettiva della l. n. 192 trova applicazione anche all'ipotesi in cui si richieda la fornitura, sulla base di un modello ottenuto in qualche maniera dall'esterno, ad un'impresa che, per realizzarlo, debba operare un *reverse engineering*, per poi dispiegare appieno il proprio *know-how*. Col che, però, il senso ultimo dell'intervento legislativo sarebbe platealmente tradito.

Nemmeno a dirlo, le tensioni interpretative andranno a scaricarsi sulle «aree grigie», ossia sulle situazioni in cui il subfornitore lavora, mettiamo, su progetti esecutivi di altri, ma contribuisce col proprio bagaglio di conoscenze/esperienze oppure sull'inevitabile «*learning by doing*», sia pure sulla falsariga dell'altrui capacità progettuale, da parte del meno accorsato fra i subfornitori e alla possibilità che la progressiva acquisizione del controllo del *know-how* lo porti ai limiti e, poi, addirittura fuori dall'ombrello protettivo della legge. Per inciso, questa eventualità è in qualche modo messa in conto dalla legge, là dove (art. 6, comma 3) sancisce la nullità del patto che disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale. È giocoforza assumere, infatti, che la possibilità di dar ingresso a tali diritti debba profilarsi dopo l'inizio, e presumibilmente a seguito dello sviluppo, del rapporto (diversamente, verrebbe messa in dubbio la subalternità progettual-tecnologica del subfornitore, col risultato di sbarrare la strada all'applicazione della nuova disciplina). Da notare, allora, come la disposizione testé ricordata operi sulla stessa lunghezza d'onda dell'art. 23, comma 2, r.d. n. 1127/1939, relativa all'invenzione del dipendente il cui contratto di lavoro non abbia ad oggetto l'attività inventiva: in effetti, l'uno e l'altro indice normativo partono dal comune riconoscimento di una disparità di forza contrattuale, a tutto favore del datore di lavoro/committente.

La casistica ipotizzabile è davvero ricca di *nuances*. Ma i termini generali del problema non mutano e possono così riassumersi. Dato il carattere disgiuntivo dell'elencazione legislativa, il giudice di turno potrebbe, a rigore, contentarsi del mero riscontro del fatto che il committente abbia fornito una voce, ad es. i progetti esecutivi, disinteressandosi di ogni altra considerazione (e facendo di tutte le erbe un fascio, col risultato di estendere l'ombrello protettivo su entità imprenditive che non ne hanno bisogno apprezzabile). Ma potrebbe altresì postulare che, fermo restando l'indeclinabile contributo del committente, il subfornitore non abbia a concorrere con il proprio apporto (di, mettiamo, conoscenze tecniche o tecnologiche). Per quanto si è già visto, questa seconda impostazione rischia di rivelarsi non meno radicale di quella opposta, sino a mettere a serio repentaglio l'applicabilità della legge. Chi voglia uscire dal tunnel potrebbe, in casi del genere, esser tentato di affidarsi alla comparazione fra apporti,

per stabilire quale dei due abbia il peso specifico maggiore e, su questa base (alquanto opinabile, in punto di fatto), dare ingresso, o non, alla nuova disciplina. Ma la ragionevolezza del suggerimento non va sopravvalutata. Può tornar utile per paralizzare letture forzanti (come quella intesa ad escludere il ricorso alla legge ogniqualvolta il subfornitore disponga di un minimo patrimonio tecnico/tecnologico, cosa che, alla lunga, appare pressoché inevitabile), ma perde mordente quando l'accumulo di *know-how* sui due versanti appaia consistente. Primo perché, come già anticipato, l'esercizio inteso a stabilire chi abbia maggior peso progettuale-tecnologico - nel limitato contesto che qui interessa - è probabile si risolva in una scommessa incerta quant'altra mai, aperta ad esiti in chiaro odore di arbitrarietà. E poi perché, in presenza di un subfornitore che sappia il fatto suo, poco importa che controparte sia anche meglio attrezzata: se si accolgono le linee su indicate, si deve convenire che, così stando le cose, la *ratio legis* non trova più spazio.

Insomma, la definizione in parola mira ad isolare una fascia di rapporti, quelli in cui sono coinvolti imprenditori espropriati (o comunque carenti) di taluni dei connotati tipici, sino al limite della crisi d'identità; ma, sul piano testuale, il libro dei sogni viene soppiantato da indicazioni in parte malaccorte, che non è semplice ridurre a trama coesa, ossia rispettosa della sollecitazione originaria, e si prestano a propiziare, nelle mani di interpreti disinvolti se non maliziosi, un'autentica *bagarre* concettuale.

Appena un cenno alle esclusioni dalla definizione (*sic!*), cioè dal campo applicativo della legge, di cui al secondo comma. La prima è pletorica: la fornitura di materie prime, che non siano destinate, dopo la lavorazione, a ritornare al fornitore sta, per quanto già si è detto, ben fuori dal tracciato della legge (senza nemmeno bisogno di ricordare, quindi, che i fornitori di materie prime hanno solitamente grandi dimensioni economiche e godono di un cospicuo potere contrattuale). La seconda esclusione, concernente i servizi di pubblica utilità, è giusto ovvia, posto che sottolinea come l'Enel o la Snam non possano essere annoverati fra i subfornitori bisognosi (e meritevoli) di protezione. La terza è metafisica, al punto da risultare imperscrutabile. Chi non voglia buttare la spugna e confessare candidamente di brancolare nel buio, deve armarsi di pazienza, svangare i lavori preparatori e risalire all'originario emendamento Debenedetti (non certo un fautore appassionato della novità normativa). Pagato questo prezzo, le nebbie si diradano: si scopre, infatti, l'intenzione - tutto sommato innocua - di precisare che non devono rientrare nell'universo della subfornitura «gli investimenti in capitale fisso non riconducibili ad attrezzature», ossia - ed ecco svelato l'arcano - gli immobili e quant'altro possa fungere da contesto entro cui si colloca il *proprium* dell'attività produttiva.

4.3. I nodi cruciali: l'obbligo della forma scritta, la disciplina dei termini di pagamento e l'abuso di dipendenza economica

L'art. 2, comma 1, dispone che il contratto debba rivestire, a pena di nullità, la forma scritta. La sanzione di nullità deve essere interpretata in sintonia con la principale finalità della legge: la protezione del contraente debole, cioè, del subfornitore.

In primo luogo, l'obbligo della forma scritta subisce una serie di temperamenti, che ne sdrammatizzano il piglio (apparentemente) assai aggressivo: lo stesso comma 1 stabilisce l'equiparazione alla forma scritta di altre forme di comunicazione, ovvero il telefax e le altre vie telematiche, nonché il diritto del subfornitore al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese effettuate in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto. Il comma 2 aggiunge che, se la proposta del committente è formulata per iscritto o con le forme equiparate, il subfornitore può validamente concludere il contratto iniziando direttamente l'esecuzione senza bisogno di inviare un'accettazione scritta a controparte. Lo stesso comma 2 precisa che, in quest'ultimo caso, rimane ferma l'applicazione dell'art. 1341 cod. civ., il quale stabilisce l'inefficacia delle condizioni generali di contratto non conoscibili e delle clausole vessatorie non approvate specificatamente per iscritto.

In secondo luogo, la stessa sanzione di nullità non impedisce l'operatività, riguardo ai contratti conclusi senza il rispetto delle forme previste dall'art. 2, dell'abuso di dipendenza economica, la cui applicazione non è, come si vedrà, necessariamente legata alla sussistenza di un contratto in senso stretto.

Il comma 3 dell'art. 2 stabilisce che, nel caso di contratti ad esecuzione continuata e periodica, anche i singoli ordinativi debbano essere predisposti dal committente nelle forme previste dal comma 1.

I commi 4 e 5 prevedono un obbligo di trasparenza contrattuale, che si estrinseca nella chiara indicazione del prezzo, il quale deve risultare determinato o determinabile, delle specifiche tecniche e dei termini e modalità di pagamento. La legge non esplicita la sanzione per la violazione degli obblighi di trasparenza, tuttavia è plausibile sostenere che la mancata indicazione di uno o più elementi non importi, di per sé, la nullità dell'intero contratto.

Venendo al tema, tradizionalmente ritenuto centrale nell'ambito della subfornitura, dei termini di pagamento, va detto che esso è toccato in più punti della nuova legge.

L'art. 2, comma 5, lettera c), prevede che «i termini e le modalità... di pagamento» debbano «essere specificati... nel contratto di subfornitura». L'art. 4 (Divieto di interposizione) statuisce poi, nella seconda frase del

comma 3 che, «in caso di ulteriore affidamento in subfornitura di una parte di beni e servizi oggetto del contratto di subfornitura... i termini di pagamento di detto nuovo contratto di subfornitura non possono essere peggiorativi di quelli contenuti nel contratto di subfornitura principale». Mentre l'art. 8 (Regime IVA), prevede che, «qualora per il pagamento del prezzo sia stato pattuito un termine successivo alla consegna del bene o alla comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione, il subfornitore può effettuare il versamento con cadenza trimestrale, senza che si dia luogo all'applicazione di interessi».

Ma è senza dubbio l'art. 3, intitolato appunto «termini di pagamento», a rappresentare la norma fondamentale, a margine della quale il confronto delle posizioni politiche è stato più acceso. Le regole più importanti sono le seguenti. In primo luogo, il termine contrattuale non può superare i sessanta giorni (ma può essere derogato fino a novanta giorni da appositi accordi tra le parti sociali interessate), in secondo luogo, gli interessi di mora - corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato del cinque per cento - scattano automaticamente senza bisogno della messa in mora; in terzo luogo, è prevista una «penale» aggiuntiva per i ritardi eccedenti i trenta giorni; in quarto luogo, è facilitato il ricorso alla procedura sommaria per il recupero del credito (decreto ingiuntivo); in quinto ed ultimo luogo, le modifiche degli ordini che siano richieste dal committente e che comportino costi aggiuntivi conferiscono al subfornitore il diritto all'adeguamento del prezzo. I problemi interpretativi di immediata evidenza riguardano l'ambito di efficacia degli accordi collettivi, i presupposti per la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo ed il coordinamento tra la stessa procedura sommaria e la disciplina di risoluzione delle controversie prevista dall'art. 10.

L'ultimo nodo cruciale è il più ricco di prospettive applicative e, al tempo stesso, quello più carico di problemi.

L'art. 9 era stato originariamente concepito come una modifica della l. 10 ottobre 1990, n. 287, ovvero la normativa antitrust italiana. L'intenzione era quella di inserire nel tessuto normativo antitrust lo strumento dell'abuso di dipendenza economica ricalcato sui modelli francese e tedesco⁽²³⁾.

Diversamente dall'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica non presuppone la posizione dominante sul mercato (rilevante) preso nel suo complesso, quanto, piuttosto, una posizione domi-

(23) Sull'iter legislativo della norma italiana e sui modelli di ispirazione v. Fattori, *Abuso di dipendenza economica: rapporti con abuso di posizione dominante*, in Atti del convegno *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive* Milano 30-31 marzo 1998; Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in Atti del convegno *La nuova legge in materia di subfornitura* Milano 11 giugno 1998.

nante relativa. Secondo le prime letture della dottrina, la dipendenza economica sussisterebbe quando tra due parti una si presenta come il partner obbligato dell'altra. Nei casi in cui sulla dipendenza si innesti l'abuso della parte forte, la normativa sul punto è chiamata a riparare (il cattivo funzionamento del mercato di cui è specchio) lo squilibrio interindividuale. Ciò potrebbe, a prima vista, sembrare in contrasto con le finalità di una legislazione antitrust, che tradizionalmente viene ritenuta estranea ai problemi connessi al dominio di un partner commerciale sull'altro nell'ambito di un rapporto bilaterale. Ma questa impressione non coglie nel segno. È vero, infatti, che l'economia incisa è quella della parte contrattualmente debole; ma non è men vero che l'abuso di dipendenza economica tende a stravolgere le condizioni che rendono possibile una concorrenza effettiva. In altre parole, se è fuor di luogo prefigurare un intervento delle autorità preposte all'applicazione delle norme antitrust in presenza di un contratto squilibrato, quali che siano le ragioni che hanno condotto ad un tale assetto, non si può ignorare la possibilità che l'approffittamento dello squilibrio sia frutto dell'incapacità del mercato di mettere a disposizione alternative che consentano all'impresa «debole» di sottrarsi alla prevaricazione di controparte⁽²⁴⁾.

Nell'ultima fase di un iter già particolarmente accidentato è stato espunto, sulla scia di un parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, il riferimento alla legge antitrust, di modo che la sua applicazione sarà demandata al giudice ordinario. La norma, peraltro, continua ad avere un ambito di applicazione che si estende, oltre la subfornitura, a tutti i contratti tra imprese.

Il comma 1 dell'art. 9 pone il divieto di abuso di dipendenza economica, indica i soggetti destinatari del divieto e definisce lo stato di dipendenza economica.

Per quanto riguarda i soggetti, va ribadito che la disposizione ha un campo di applicazione notevolmente più allargato rispetto a quello delimitato dall'art. 1. Impresa cliente e fornitrice sono espressioni in grado di ricomprendere entità imprenditoriali che vanno dai *franchisees* agli stessi produttori finali dipendenti dalle c.d. centrali di acquisto.

Il passaggio più importante del comma 1 è quello che definisce lo stato di dipendenza economica. Tale stato è individuabile sulla base di un criterio bilaterale, che guarda principalmente alla posizione dell'impresa dipendente, ma altresì alla posizione dell'impresa dominante.

Sotto il primo profilo, il criterio di base è quello, ritenuto centrale anche nei modelli d'ispirazione tedesco e francese, della mancanza di alter-

(24) Cfr. Pardolesi, *Subfornitura industriale e comunità europea*... cit., p. 35 ss.

native soddisfacenti rispetto al rapporto commerciale con l'impresa dominante. Si tratta di un criterio di base particolarmente elastico perché, intanto, il carattere soddisfacente delle alternative è espressione sfumata, la quale dovrà essere necessariamente precisata nell'interpretazione giurisprudenziale, ma soprattutto perché la mancanza di alternative è nella lettera della norma - «la dipendenza economica è valutata tenendo conto anche... della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» - il principale ma non esclusivo punto di riferimento. Ad una prima valutazione interpretativa, insomma, sembra che il legislatore abbia voluto lasciare spazio anche ad altri parametri, che possono contribuire, insieme alla mancanza di alternative soddisfacenti, all'individuazione di una situazione di dipendenza economica. Vien fatto di pensare alla dipendenza progettuale e tecnologica che nell'art.1 è implicitamente indicata come sintomo di debolezza contrattuale. Ma la stessa natura standardizzata della prestazione contrattuale e la durata della relazione commerciale possono rappresentare indici che contribuiscono alla determinazione dello stato di dipendenza.

Sotto il secondo profilo, va rilevato che, con il riferimento alla capacità da parte dell'impresa dominante di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi, il legislatore sembra voler ribadire che la situazione di dipendenza concerne un rapporto bilaterale, rispetto al quale il potere va valutato relativamente, ovvero guardando alla posizione di entrambi i contraenti. Diversamente dal potere di mercato, infatti, la dipendenza si radica necessariamente nella relazione bilaterale. In questo senso, il riferimento alla capacità di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi dovrebbe essere letto come indice di conferma della situazione dell'impresa dipendente.

Il comma 2 delinea, invece, una definizione descrittiva dell'abuso, fondata su un elenco esemplificativo di fattispecie, come il rifiuto di vendere o contrattare (nella fase precontrattuale, dal che si evince quanto prima anticipato, e cioè che l'operatività della norma non presuppone la sussistenza di un contratto già concluso), l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (nella fase di stipula del contratto) o l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto (nella fase di esecuzione del contratto).

Il comma 3 determina la nullità del patto che realizzi un abuso di dipendenza economica. Si può, però, ragionevolmente sostenere che chi agisce in giudizio per far dichiarare la nullità del patto sia anche legittimato a chiedere i danni derivanti dall'abuso di dipendenza economica. La natura della responsabilità è ibrida (normalmente contrattuale, come gemmazione specifica del principio generale di buona fede; ma necessa-

riamente extracontrattuale laddove - come nel caso di rifiuto abusivo di contrattare - di relazione pattizia non possa comunque parlarsi), ma la sua configurabilità non pare possa essere messa in dubbio: d'altra parte, se la norma fosse stata inserita nella legge antitrust, avrebbe goduto, oltre che del particolare meccanismo di attivazione della l. n. 287/1990, del *private enforcement* dischiuso, a mo' di via parallela, dal risarcimento dei danni ex art. 33, comma 2. Nella sua formulazione definitiva, invece, la norma si presenta come uno strumento privatistico, attivabile solo ad impulso di parte davanti alla giurisdizione ordinaria e, quindi, si deve ritenere, perché conservi un minimo di effetto deterrente, che sia supportata dalla sanzione del risarcimento dei danni. In questa prospettiva, la norma rappresenta un'ultima spiaggia offerta alla parte contrattuale vittima dell'abuso di dipendenza economica, che ormai non confida più nella (possibilità di) prosecuzione di corrette relazioni commerciali.

4. Il ruolo dell'interprete istituzionale nell'implementazione della legge. - Per *summa capita*, questo è il quadro su cui si andrà ad innestare l'applicazione della nuova disciplina. Essa sembra destinata a cambiare la realtà contrattuale della subfornitura; ma il grado e le modalità di *enforcement* - per l'intrinseca novità di alcuni strumenti introdotti - non sono agevolmente pronosticabili e richiedono, in prospettiva, un attento monitoraggio. Le associazioni di categoria si candidano a rivestire, in questo senso, un ruolo di primo piano, già con la semplice scelta di istituire osservatori permanenti sull'applicazione della legge, i cui dati potrebbero essere diffusi (e scambiati con gli aderenti) mediante reti telematiche. Ma, se si accede a questa linea di pensiero, si può immaginare che il ruolo delle associazioni di categoria non si debba arrestare al monitoraggio dello stato di applicazione della legge. Una possibile strategia per il contenimento dei costi transattivi nell'ambito della subfornitura, complementare all'intervento di legislatore e giudici, consiste nel predisporre (e nel mettere a disposizione degli operatori) una modellistica contrattuale tendenzialmente uniforme e formulata secondo la logica economica del contenimento dei costi transattivi. Vi è, preliminarmente, da osservare come l'uniformazione della prassi attraverso la diffusione di schemi di contratto sia facilitata nelle reti localizzate di imprese, dove è presumibile che la contiguità territoriale e la routinarietà dei rapporti tra le imprese potenzino gli effetti di imitazione e di apprendimento. In proposito, va rilevato che il perseguimento di una diffusione di schemi di contratto indotta dall'alto, ovvero dalle istituzioni, presenti, *prima facie*, alcuni vantaggi. Le associazioni di categoria delle (grandi e PM) imprese po-

trebbero, con l'ausilio di giuristi esperti e di operatori del settore, elaborare e diffondere schemi di contratto. Peraltro, oggi non è improbabile questa deriva possa assumere i lineamenti della contrattazione di categoria, anche se in una forma diversa da quella tradizionale della contrattazione collettiva per il lavoro dipendente. Uno spunto in questo senso è offerto dall'art. 3, secondo comma, della legge sulla subfornitura. Vi è prevista la contrattazione «centralizzata» dei termini massimi di pagamento in deroga alla normale soglia di sessanta giorni⁽²⁵⁾. Ma è auspicabile che gli accordi di settore, cui la norma fa riferimento, possano essere estesi anche ad altri profili del contratto, su cui la legge tace. In altre parole, tali accordi potrebbero diventare il veicolo per introdurre regole di *default* sostanzialmente complementari a quelle legislative, con l'evidente vantaggio di poter contare su uno strumento maggiormente duttile, in quanto modulabile per settori produttivi e più facilmente modificabile rispetto ad un dettato legislativo. C'è da aggiungere che la predisposizione e la contrattazione di schemi di contratto da parte delle associazioni di categoria rispondono alla logica delle economie di scala - in quanto la contrattazione è appunto accentrata a livello di associazione - e del parziale temperamento dei problemi di disparità di potere contrattuale che riguardano la contrattazione tra imprese.

Una strategia mirante a stimolare l'adozione di schemi di contratto può apparire contraria alle dinamiche relazionali di alcuni contesti informali⁽²⁶⁾; ma, per quanto fascinosa sia la ricognizione di tali contesti, essi sono ben lontani dall'esaurire il (e persino dall'essere rappresentativi del) panorama della subfornitura. D'altra parte, l'idea è men che nuova. Lo sviluppo di una cultura negoziale allargata funge da obiettivo delle politiche comunitarie che fanno capo alla diffusione di manuali per la redazione di contratti e di linee guida. Questi strumenti informativi non vanno, però, al cuore del problema. L'approntamento e la diffusione di schemi di contratto propriamente detti costituiscono già un passo in avanti. Rispetto ad un prontuario solo teorico, lo schema di contratto - elaborato a ridosso di un'attenta ricognizione della prassi - promette di rendere più

(25) Il passo del secondo comma che qui interessa così recita: «Tuttavia, può essere fissato un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori o comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della Camera di commercio presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei medesimi soggetti di cui al se-

tangibili, per gli operatori del settore, quello che andrà ragionevolmente ad imporsi come nuovo quadro delle regole del gioco.

Il cambiamento, da una prassi informale ad una imperniata sull'utilizzo di formulari comporterebbe, non v'è dubbio, un brusco aumento iniziale dei costi; ma è lecito presumere che essi sarebbero a medio termine ammortizzati e, successivamente, più che compensati dai vantaggi direttamente e indirettamente prodotti dall'utilizzo di uno strumento contrattuale scritto, quale veicolo di certezza e trasparenza.

(26) Dalle analisi di alcuni contesti di relazione contrattuali - soprattutto dalle cennate teorie sui distretti industriali - sembrerebbe potersi evincere un'istintiva propensione degli economisti a vedere nel contratto scritto uno strumento per incentivare (invece che scoraggiare) l'opportunismo contrattuale. In questa visione riduttiva il «nero su bianco» è valutato come una prima avvisaglia - fondata sulla diffidenza reciproca - di probabili strategie contrattualmente offensive. Ma la realtà è forse più complessa, soprattutto rispetto a contratti di natura relazionale, nell'ambito dei quali le *black letters* possono assumere il ruolo di un necessario strumento per gestire la complessità e per prevenire - nei limiti del possibile - gli assetti futuri. Ovvio che la contrattazione è un