



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

# **INNOVAZIONE E DIRITTO**

RIVISTA DI

DIRITTO TRIBUTARIO E DELL'ECONOMIA

**3**

2016

## In tema di applicabilità della disciplina antitrust alle reti di imprese

di Giuseppe Doria

Professore Aggregato di Diritto d'autore

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Napoli "Federico II"

### ABSTRACT

*Il riconoscimento della soggettività giuridica di consorzi e reti di imprese non rappresenta affatto una condizione di applicazione della disciplina antimonopolistica di cui alla l. n. 287 del 1990, in quanto il bene della libertà di concorrenza di cui all'art. 21 Cost. è oggetto di protezione in ragione della constatazione empirica delle conseguenze economiche effettivamente prodotte sul mercato da parte del fenomeno aggregativo di imprese. Anche ai fini della riconduzione alla fattispecie delle intese invece che delle concentrazioni, assume la prevalenza la verifica della evidenza sul mercato di un autonomo processo produttivo di impresa in senso economico, a prescindere dalla scelta formale del meccanismo di imputazione dell'attività (ad un distinto centro soggettivo di riferimento formale).*

*Rispetto alla valutazione delle forme consortili così, il giudizio della compatibilità con la disciplina antimonopolistica delle aggregazioni di rete rivela una esigenza per certi versi rafforzata, di verificare l'attuazione della funzione economica sul mercato: ed è questa in fondo una conseguenza naturale (in sede antitrust) della estrema elasticità accordata dal legislatore nella libertà di scelta delle forme negoziali ed organizzative all'interno del modello di rete, il che finisce per evidenziare la criticità (in questo particolare ambito) dei limiti del sindacato giurisdizionale di merito sull'esercizio del potere amministrativo.*

### SINTESI

*Recognition of legal subjectivity of consortiums and enterprise networks does not represent a condition for the application of antitrust regulation (l. n. 287/1990) because the freedom of competition (art. 21 Cost. It.) is object of protection in the market for the empirical observation of the economic consequences. Also for the alternative between agreements or concentrations, assumes the prevalence the verification of the evidence on the market of a self-production process enterprise in economic sense, regardless of the formal choice of the activity allocation mechanism (a distinct formal subjective reference center).*

*Compared to the evaluation of the consortium forms as well the judgment of the compatibility with the anti-monopoly regulation of network combinations reveals the necessity in some ways strengthened, to verify the implementation of the economic function on market: and this is therefore a natural consequence (for antitrust regulation) of extreme elasticity afforded by the legislator for the freedom of choice between types of legal transactions and organization forms within the network model, which ends to put in evidence the critically (in this particular area) of the limits of judicial review about exercise of the administrative function.*

SOMMARIO: 1. Libertà di concorrenza ed organizzazioni mutualistiche di impresa – 2. La questione dell'inquadramento fra le intese e le concentrazioni – 3. Acquisto della soggettività giuridica e prevalenza del dato economico: le aggregazioni di rete-contratto con fondo patrimoniale

## 1. Libertà di concorrenza ed organizzazioni mutualistiche di impresa

L'attuazione della funzione (economica e giuridica) delle reti di imprese presenta senza dubbio una notevole sensibilità alla questione della applicabilità della disciplina antimonopolistica<sup>1</sup>. L'introduzione del nuovo istituto<sup>2</sup> infatti perviene a realizzare (in modo diretto o indiretto) una potenziale limitazione della libertà di concorrenza sul mercato, che laddove ritenuta rilevante<sup>3</sup> può di certo costituire ragione di intervento da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

<sup>1</sup> La questione della compatibilità fra rete e disciplina antimonopolistica è evidenziata da CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Iamiceli, Torino, 1009, 175 ss.; sull'argomento, GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, in *Contr. impr.* 2012, 714, LIBERTINI, *Contratto di rete e concorrenza*, in *Giust. civ.* 2014, 405 ss., DE STASIO – VASQUES, *Il contratto di rete e la disciplina antitrust*, in *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da Campobasso M. Cariello - Di Cataldo – Guerrera - Sciarone Alibrandi, Torino, 2014, I, 3 ss., e da ultimo, NERVI, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, in *Riv. dir. impr.* 2016, 81 ss..

<sup>2</sup> La bibliografia sulla rete è ampia: vedi SCOGNAMIGLIO C., *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contr.* 2009, 962, ID., *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Iamiceli, Torino, 2009, CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Reti di imprese e contratto di rete: "learnign by doing?"*, in *Contr.* 2010, 1145, IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *Contr.* 2009, 915, ID., *Contratto di rete, fondo comune e responsabilità patrimoniale*, ne *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di Cafaggi, Bologna, 2009, PERLINGIERI P., *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Iamiceli, Torino, 2009, MARASA', *Contratti di rete e consorzi*, in *Corr. mer.* 2010, *Rassegna monotematica*, 9, BRIGANTI, *La nuova legge sui "contratti di rete" tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notar.* 2010, 193, MOSCO G.D., *Frammenti ricostruttivi del contratto di rete*, in *Giur. comm.* 2010, I, 848, SANTAGATA R., *Il "contratto di rete" fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.* 2010, 329, DI SAPIO, *I contratti di rete tra imprese*, in *Riv. not.* 2011, 203, DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Soc.* 2011, 1429, ZANELLI, *La rete è dunque della stessa natura del gruppo di società?*, in *Contr. impr.* 2011, 535, BENAZZO, *I diritti di voice e di exit nei contratti di rete "riconosciuti"*, in *Riv. soc.* 2012, 677, GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contr. impr.* 2012, 348, SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle "reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, in *Riv. dir. comm.* 2012, 465, DORIA, *Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese*, Torino, 2012, ID., *L'insolvenza delle organizzazioni costituite per il rafforzamento delle imprese partecipanti al gruppo*, in *Riv. dir. impr.* 2014, 51 ss., ID., *Impresa ed insolvenza nella rete priva di soggettività giuridica*, Napoli, 2015.

<sup>3</sup> In generale, LIBERTINI, *Caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in *Riv. dir. comm.* 2001, 491, ALESSI-OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, PARDOLESI, *Commento alla l. 10 ottobre 1990 n. 287*, in *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, ZAMBRANO-GHEZZI-GUIZZI, *Concorrenza e mercato*, Milano, 1997.

Una volta scongiurata l'elusione della disciplina degli aiuti di Stato di cui all'art. 107 Tratt. UE (per i benefici fiscali connessi)<sup>4</sup>, si deve constatare che il nuovo istituto presenta attitudine a prestarsi da modello per la realizzazione di una molteplicità di variabili di forme organizzative<sup>5</sup>, tutte contraddistinte dal perseguimento di un generale scopo di rafforzamento (collettivo ed individuale) delle imprese partecipanti al gruppo; cosicché l'indagine (sulla compatibilità con la l. n. 287/90, nonché in ambito comunitario con gli art. 101, 102 Tratt. UE e Regolamento CE n. 139/2004) deve essere condotta evitando un'aprioristica soluzione in punto di diritto, bensì verificando (in concreto) gli *effetti economici* del fenomeno aggregativo sul mercato<sup>6</sup>.

Invero, il ricorso alla creazione di una rete di imprese in luogo di un consorzio (ovvero *a fortiori* di una società consortile) non può di certo consentire una indiscriminata esenzione dalla disciplina antimonopolistica<sup>7</sup> che in effetti non risulta da alcuna disposizione dell'art. 3 comma 4 *ter* d.l. 10 febbraio 2009 n. 5 (come riformato ed integrato a seguito del suo travagliato *iter* normativo)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Per quanto deciso dalla Commissione europea, li 26 gennaio 2011, Com 2011, 8939, sulla base della insussistenza di una discriminazione per le imprese nell'accesso ai benefici, su cui vedi i rilievi critici di GENOVESE, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, cit., 714, LIBERTINI, *Contratto di rete e concorrenza*, cit., 426, NERVI, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, cit., 86.

<sup>5</sup> Come evidenziato da PERLINGIERI P., *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, cit., 389.

<sup>6</sup> Secondo DE STASIO – VASQUES, *Il contratto di rete e la disciplina antitrust*, in *Società, banche e crisi di impresa*, cit. 3 ss., la rete è tendenzialmente da ricondursi alle intese salvo a non verificare la sussistenza di una concentrazione. Sottolinea la difficoltà di distinguere fra intesa comune cooperativa e impresa comune concentrativa, nonché l'ampio margine di discrezionalità nella valutazione da parte dell'autorità preposta al controllo (di carattere amministrativo, nazionale ovvero comunitaria) con particolare riferimento alla ponderazione degli eventuali effetti a beneficio del mercato e dei consumatori (a base della esenzione dal divieto di intese restrittive), NERVI, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, cit., 100.

<sup>7</sup> Nella misura in cui la disciplina della rete non prevede alcuna deroga a quella monopolistica, per quanto evidenziato da DE STASIO-VASQUES, *Il contratto di rete e la disciplina antitrust*, cit., 31 ss. Ciò che l'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato si è preoccupata di escludere espressamente con la Segnalazione n. 22362 (in Boll. n. 17 del 2011), sulla base della osservazione che proprio in quanto "strumento finalizzato al superamento della crisi economica" non può che attestarsi su di un piano "pro-concorrenziale e con finalità pro-competitive".

Quanto invece alla disciplina sugli aiuti di Stato prevista dall'art. 107 Tratt. UE, la Commissione europea, con decisione del 26 gennaio 2011, Com 2011, 8939, ha ritenuto compatibile la normativa del contratto di rete trattandosi di imposta fruibile da ogni impresa, a prescindere dalla sua dimensione e senza alcun limite territoriale ovvero di tipologia produttiva.

<sup>8</sup> L'art. 3 comma 4 *ter* d.l. 10 febbraio 2009 n.5 è stato conv. in l. 9 aprile 2009 n. 33, modificata ed integrata con l. 23 luglio 2009 n. 99 e con l. 30 luglio 2010 n. 122 di conversione del d.l. n. 78/2010, nonché modificata con l.n. 134/2012 di conv. con mod. del d.l. n. 83/2012 e del d.l. n. 179/2012

Il punto delicato della questione è rappresentato dalla compatibilità con la libertà della concorrenza sul mercato di accordi di rete non associativi (cd. reti deboli) ove sia preservata la funzione di indipendenza delle imprese aggregate. E cioè, e per meglio dire: proprio perché (al di là di una parziale sovrapposibilità con quella consortile) la funzione di rete risulta più elastica e contraddistinta da una ampia capacità di adattamento alle istanze delle imprese<sup>9</sup> nell'attuazione dello scopo comune di rafforzamento, ci si interroga se per il tramite della costituzione di una rete si possa beneficiare di un regime agevolato rispetto alla disciplina *antitrust*. Ma anche a siffatto quesito, non può che offrirsi una risposta negativa, nella misura in cui la misura di indipendenza ovvero di accentrimento nella organizzazione da parte delle imprese aggregate rappresenta un elemento di valutazione sotto il profilo negoziale e gestorio (nell'esercizio della funzione di gruppo) che tuttavia –rispetto alla verifica dei presupposti di applicazione della disciplina *antitrust*- deve essere oggetto di disamina rispetto alla produzione sul mercato di un effetto *realmente* antimonopolistico, sia per quanto concerne la dimensione del fenomeno (cd. rilevanza), che per quanto riguarda la sostanza della compressione del bene oggetto di protezione da parte dell'ordinamento giuridico: la libertà di concorrenza sul mercato ex art. 21. Cost..

Acclarata dunque la rilevanza della produzione dell'effetto antimonopolistico sul mercato (al di là del *nomen iuris* utilizzato, del contenuto negoziale del contratto, e del tipo di organizzazione istituita) si apre una ulteriore questione data dall'inquadramento all'interno delle fattispecie previste dalla disciplina antimonopolistica: se cioè debba rientrarsi fra le intese di cui all'art. 2, ovvero fra le concentrazioni di cui all'art. 5, l. n. 287/1990.

## 2. La questione dell'inquadramento fra le intese e le concentrazioni

In effetti, anche i consorzi possono contraddistinguersi per un carattere

---

conv. con modifiche dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221.

<sup>9</sup> In tal senso, vedi PERLINGIERI P., *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, cit., 389 ss..

concentrativo ovvero meramente collaborativo<sup>10</sup>: nella prima fattispecie tendenzialmente rientrano i consorzi con attività esterna (in quanto rivolti ad una funzione di integrazione aziendale) nonché le società consortili; nella seconda invece, i consorzi con attività interna, ove dall'istituzione della organizzazione comune per la disciplina delle fasi di impresa dei consorziati venga a discendere comunque (anche in modo indiretto) la produzione di un effetto limitativo della concorrenza sul mercato<sup>11</sup>.

Anche se l'estrema elasticità della funzione di rete rende necessaria la verifica del contratto e dell'attività effettivamente gerita, ovvero comunque l'analisi degli effetti prodotti in termini economici sul mercato, la nuova fattispecie presenta di certo attitudine a rientrare fra le intese restrittive vietate ex art. 2 l. n. 287/1990<sup>12</sup>. Il che si traduce senza dubbio in un ampliamento delle maglie di discrezionalità nella valutazione istruttoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con tutte le note difficoltà legate al controllo in sede giurisdizionale sul merito dell'esercizio del potere amministrativo.

Invero (per quanto previsto dall'art. 3 comma 4 *ter* d.l. 10 febbraio 2009 n. 5), il programma comune di rete può fondarsi su di un ambito prettamente collaborativo (anche tramite lo scambio di informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica) ovvero comportare lo

<sup>10</sup> Sulla applicazione della disciplina antimonopolistica ai consorzi, vedi DE SANCTIS, *I consorzi volontari e la legislazione antitrust*, in *Dir. fall.* 1996, I, 867, AMADEI, *Consorzi fra normativa codicistica e disciplina antitrust*, in *Riv. Dir. comm.* 1994, 569, FRANCESCHELLI, *La legge antitrust e la nuova disciplina delle concentrazioni*, in *Riv. Dir. ind.* 1991, I, 296.

<sup>11</sup> L'istituzione dell'organizzazione comune con la costituzione di un consorzio, in ragione dell'efficacia reale della fattispecie (associativa), viene di certo in potenza ad incidere – ancorché in via soltanto indiretta - sulla struttura di mercato, in modo più significativo dei cartelli ovvero dei fatti anticoncorrenziali ex art. 2596 c.c., per quanto rilevato da GUIZZI, *Il mercato concorrenziale. Problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Milano, 2010, 71 ss..

<sup>12</sup> Sui profili di meritevolezza stabiliti dalla Commissione CE con riferimento alle cd. intese orizzontali, vedi la "Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, GUCE, C11 del 1.4.2011; mentre in tema di intese verticali, Regolamento Commissione n. 330/2010 del 20.4.2010 "Applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate"; sul tema, con riferimento alle reti di imprese, vedi DE STASIO – VASQUES, *Il contratto di rete e la disciplina antitrust*, cit., 42 ss. e 46 ss.; e per un inquadramento del contratto di rete fra le intese "verticali", vedi OSTI, *I limiti posti dalla concorrenza al coordinamento delle imprese*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Iamiceli, Torino, 2009, 147.

svolgimento di un'attività latamente economica, se del caso mediante l'esercizio di un'autonoma impresa collettiva di stampo ausiliario rispetto ai compartecipi al gruppo.

Il parallelo con le forme consortili, in ragione del raccordo fra l'esercizio della funzione ed il profilo organizzativo, consente tuttavia di individuare alcune differenze rilevanti. Ciò in quanto al binomio consorzi con attività interna – consorzi con attività esterna, non viene a sovrapporsi in modo identico la dicotomia fra reti-contratto e reti-soggetto<sup>13</sup>. I consorzi infatti possono essere diretti alla produzione di un effetto tipicamente anticoncorrenziale (profilo interno, limitato ai compartecipi al gruppo), ovvero all'esercizio di una vera e propria impresa collettiva ausiliaria, ex art. 2195 n. 5 c.c. svolta in nome del gruppo personificato (profilo esterno): in ragione di siffatta distinzione, la soggettività giuridica è riconosciuta ai consorzi con attività esterna, mentre appare più problematica (proprio perché si tratta di una attività, sia pure comune, diretta unicamente alla regolazione dei rapporti *intra*-gruppo) nei consorzi con attività interna. A questa distinzione viene a corrispondere in linea di massima –rispetto all'applicazione della disciplina antimonopolistica- l'inquadramento dei consorzi con attività interna fra le intese, e di quelli con attività esterna fra le concentrazioni.

Viceversa, l'estrema elasticità del contratto di rete consente di spaziare da un ambito meramente collaborativo fino allo svolgimento di una funzione di integrazione aziendale, per certi versi sovrapponibile a quella consortile. E tuttavia l'esercizio dell'impresa di gruppo può evitare la riconduzione ad un centro dotato

---

<sup>13</sup> Se la soggettività giuridica viene ricondotta all'effetto reale del contratto associativo, il riconoscimento appare problematico in presenza della istituzione di una organizzazione che (per quanto comune) espliciti una rilevanza interna ai soli compartecipi al gruppo; e ciò si verifica nei consorzi con attività interna, ancorché a diverse conclusioni si possa se del caso pervenire laddove tramite l'organizzazione consortile si assista all'esercizio di un potere o comunque di una vera e propria attività di direzione e coordinamento in senso paritetico: con l'impartizione delle direttive alle imprese partecipanti al gruppo da parte del centro di gestione sovraordinato, che dunque finisce per operare indirettamente come una *holding* di gruppo; dall'altro, l'assenza della soggettività giuridica nella rete non risulta di ostacolo allo svolgimento di un'attività economica e reale sul mercato, ancorché non sia configurabile un autonomo centro di imputazione (sotto il profilo giuridico) dell'impresa, grazie al ricorso ad una gestione con rappresentanza (collettiva e se del caso individuale) dei compartecipi al gruppo da parte del mandatario comune eventualmente nominato.

di alterità soggettiva rispetto ai contraenti, se non è osservata la pubblicità costitutiva della iscrizione nel registro delle imprese nel luogo ove è stabilita la sede della rete: in tal caso, si può essere in presenza di una rete-contratto, eventualmente dotata di fondo patrimoniale, e destinata a svolgere un'attività equiparabile quanto meno sotto il profilo economico a quella propria di un consorzio; e questo ancorché non si assista alla creazione di una autonoma soggettività sul piano giuridico. Cosicché appare evidente come, essendosi in presenza di un'attività comunque destinata a produrre effetti reali sul mercato, sorga una questione di inquadramento all'interno del campo di applicazione della disciplina antimonopolistica (fra le intese e le concentrazioni) che non sembra riducibile ad una constatazione espletata a monte sulla natura (propriamente associativa, o non) della fattispecie negoziale in esame.

### **3. Acquisto della soggettività giuridica e prevalenza del dato economico: le aggregazioni di rete-contratto con fondo patrimoniale**

Ora, ai fini dell'applicazione della disciplina *antitrust*, il dato della sussistenza o non di una autonoma soggettività giuridica non viene a rappresentare un presupposto condizionante rispetto alla verifica degli effetti sulla libertà di concorrenza sul mercato<sup>14</sup>. Su queste basi dunque, la rete di imprese appare una fattispecie rilevante ai fini della applicazione della disciplina antimonopolistica, a prescindere che si costituisca o non secondo soggettività giuridica.

Su queste basi si può a questo punto verificare, se la rete venga a rientrare fra le intese ovvero fra le concentrazioni (art. 2 e 5, l. n. 287/90)<sup>15</sup>, atteso che come noto la disciplina è diversa sia sotto il profilo procedimentale che sanzionatorio: le intese restrittive sono *ex lege* vietate tranne a non beneficiare di un provvedimento di deroga ex art. 4 l. n. 287/90; le concentrazioni sono invece sottoposte ad un preventivo obbligo di comunicazione, la cui sola violazione –al

<sup>14</sup> GUIZZI, *La nozione di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. dir. comm.* 1993, 277 ss..

<sup>15</sup> Per quanto rilevato da DE STASIO – VASQUES, *Il contratto di rete e la disciplina antitrust*, cit., 47 ss..

di là della istruttoria rispetto agli effetti sulla libertà di concorrenza sul mercato- può determinare l'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 19 della medesima normativa.

Ma anche da questo punto di vista, l'inquadramento all'interno della rete-contratto ovvero della rete-soggetto non sembra un elemento di per sé decisivo: difatti, l'attribuzione di un potere di direzione e coordinamento di carattere paritetico può comportare la riqualificazione della rete in consorzio con attività interna e così ricadere nella disciplina delle concentrazioni (esplicando in tal modo gli effetti economici propri dell'impresa di gruppo, sia pure sotto la direzione paritetica da parte di una organizzazione –consortile ovvero di rete- comunque sovraordinata alle imprese aggregate)<sup>16</sup>; ed a tale soluzione si può pervenire evidentemente in presenza di una rete-soggetto nella quale si realizzi un effetto concentrativo con la creazione di un'*impresa comune*, dotata di alterità soggettiva rispetto alle imprese aggregate e titolare di un'attività economica autonoma (ausiliaria ex art. 2195 n. 5 c.c., parimenti ai consorzi con attività esterna).

La questione appare di certo più problematica con riferimento alla rete priva di soggettività giuridica, ove la istituzione di un fondo comune e lo svolgimento di un'attività (comune ed individuale) comunque dotata di realtà sul mercato può

<sup>16</sup> In tal caso, nello svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento non è da escludere nemmeno un abuso di dipendenza economica ex art. 9 comma 3 *bis* l. 18 giugno 1998 n. 192, tale da sollecitare eventualmente l'applicazione dell'art. 3 della l. n. 287/1990; sull'abuso di dipendenza economica nella rete, vedi MAUGERI, *Reti contrattuali e abuso di dipendenza economica: alla ricerca di nuove discipline?*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di Iamiceli, cit., 295, FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2011, II, 548, LOCORATOLO, *Il contratto di rete. Struttura e funzione*, Padova, 2015, 41, BARBA, *Reti di imprese e abuso di dipendenza economica*, in *Contr. impr.* 2015, 1264 ss.

Sulla capacità espansiva della disciplina dell'abuso di dipendenza economica, al di là del rapporto di subfornitura, vedi MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 131 ss., ROSAPEPE, *Attività di impresa e dipendenza economica*, Palermo, 2002, 21 ss., FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 23 ss.. Evidenzia BARBA, *Reti di imprese e abuso di dipendenza economica*, cit., 1264 ss., come la relazione di dipendenza economica possa configurarsi in fatto "a prescindere dal contenuto contrattuale" ed in attuazione di una determinata organizzazione (p. 1278): da questo punto di vista, l'ambito di applicazione della disciplina dell'abuso di dipendenza economica viene ad essere scisso dal rapporto contrattuale, per assurgere a strumento di tutela in presenza dell' "organizzazione del processo produttivo in relazione alla situazione di dipendenza economica non dal contratto che, come atto o come fatto, ha realizzato il modello organizzativo: l'esigenza e la regola di protezione riguarda l'autonomia dell'impresa rispetto al processo produttivo".

indurre alla configurazione di un'impresa comune sotto il profilo economico, ancorché risulti priva di soggettività sul piano giuridico<sup>17</sup>.

Cosicché l'effetto distorsivo della libertà di concorrenza e la riconduzione alla fattispecie legale non può essere stabilita *a priori* in funzione del tipo di contratto di rete (se rientrante nelle intese ovvero nelle concentrazioni), perché è invece opportuno in questo ambito procedere alla verifica empirica della funzione effettivamente realizzata, rispetto al grado di indipendenza delle imprese aggregate<sup>18</sup>.

Non sembra così che il profilo formale della assenza della soggettività (anche tramite il ricorso alla rappresentanza da parte di un mandatario nella gestione dell'attività comune) possa stabilire una condizione di inammissibilità della fattispecie concentrativa; atteso che la gestione contrattuale di rete, con fondo patrimoniale e mandatario comune con rappresentanza, può svolgere di fatto una

<sup>17</sup> Così impedendo per *inconfigurabilità giuridica* dell'impresa collettiva, il presupposto soggettivo di integrazione per la dichiarazione di fallimento, su cui vedi SCIUTO, *Imputazione e responsabilità nelle "reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, cit., 465; sul punto, sia consentito rinviare alle osservazioni svolte in *Impresa ed insolvenza nella rete priva di soggettività giuridica*, cit., 81 ss..

<sup>18</sup> La realizzazione della funzione di rete può essere limitata ad una gestione meramente contrattuale attuata mediante affidamento ad un mandatario comune con rappresentanza; fino alla creazione di una rete-soggetto (personificazione giuridica del gruppo), sostanzialmente sovrapponibile ad un consorzio con attività esterna: su questi profili, DORIA, *Gestione rappresentativa e gestione associativa nella rete di imprese*, cit., 67 ss..

Non vi è dubbio peraltro che la scelta organizzativa all'interno del modello di rete venga ad incidere sul meccanismo di caricamento del rischio di impresa (come emerge in modo chiaro da una disamina comparativa nella regolazione dell'insolvenza, su cui –per un raffronto con consorzi e società consortili- sia consentito rinviare alle osservazioni svolte ne *L'insolvenza delle organizzazioni costituite per il rafforzamento delle imprese partecipanti al gruppo*, cit., 51 ss.; cosicché la funzione economica della rete (nell'ambito del perseguimento di un medesimo scopo, latamente consortile) non può dirsi univoca, non solo riguardo all'estrema varietà del programma contrattuale, bensì anche per le conseguenze della scelta organizzativa adottata a monte.

L'autonomia negoziale dalle maglie larghe consente la piena libertà di scelta all'interno del modello fra una varietà di forme organizzative che non si limitano a corrispondere (come nelle società) alla adozione di una mera regolamentazione (tipologica), ma finiscono per incidere più a fondo sull'assetto economico degli interessi geriti; e così a fungere da piattaforma di modulazione dell'attività economica. Sotto il profilo della disciplina *antitrust* dunque, appare necessario procedere ad una analisi della fattispecie economica rispetto al concreto funzionamento del mercato; ma questa metodologia si imbatte in una difficoltà di fondo, che discende dalla estrema varietà del fenomeno in questione, e nondimeno dalla rilevanza che può essere attribuita –in termini di regolazione della funzione economica- alla qualificazione giuridica della (scelta della) forma organizzativa, specialmente rispetto alla definizione dei rapporti di gruppo (sia fra le imprese che vi partecipano, che rispetto alla direzione gestoria di rete).

funzione economica che sotto il profilo degli effetti antimonopolistici appare equivalente (sia pure con differenti regole di imputazione dell'attività e così del rischio di impresa) a quella propria di un consorzio con attività esterna. Rispetto alla valutazione delle forme consortili così, il giudizio della compatibilità con la disciplina antimonopolistica delle aggregazioni di rete rivela una rafforzata esigenza di verificare l'attuazione sul mercato: ed è questa in fondo la conseguenza naturale in sede *antitrust* della estrema elasticità accordata dal legislatore nella *libertà di scelta* delle forme negoziali ed organizzative all'interno del modello di rete, in funzione di *resilienza* rispetto alla crisi dell'economia contemporanea<sup>19</sup>.

Risulta allora indispensabile verificare in termini economici se si tratti di un fenomeno mutualistico (di mero coordinamento, rientrando nell'esenzione di cui all'art. 5 III co. I. n. 287/90), ovvero se la creazione di una struttura organizzativa stabile (ed in tal senso può essere valorizzata anche la formazione del fondo patrimoniale di rete, unitamente ad altri elementi quali la sussistenza di lavoratori dipendenti – eventualmente in regime di co-datorialità delle imprese aggregate – e la presenza di un organismo tipicamente aziendale, composto da un ufficio, attrezzature, etc.) sia idonea ad integrare per l'*autosufficienza* del processo produttivo, gli elementi propri di una "entità economica autonoma"<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Sul significato e portata di questo nuovo concetto, secondo un raffronto comparativo di consorzi e reti di imprese, quali strumenti giuridici di reazione dell'ordinamento di fronte alla crisi entro differenti contesti storici, DORIA, *La resilienza delle reti di imprese e dei consorzi*, in *Foro nap.* 2015, 673 ss..

<sup>20</sup> Secondo quanto stabilito nella "Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento n.134/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese" (2008/C 95/01); in tal modo, essendosi in presenza di una impresa comune concentrativa, come rileva NERVI, *Contratto di rete e disciplina antitrust*, cit., 100.