

LUISS GUIDO CARLI

LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato Comparato Progredito

JOINT VENTURE AGREEMENTS E DISCIPLINA ANTITRUST

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Barbara De Donno

CANDIDATA

Federica Milioto

Matr. 104993

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Domenico Benincasa

A.A. 2013/2014

*Alla mia splendida famiglia, sempre vicina anche se lontana.
Ai miei genitori, Daniela e Salvatore,
perché è grazie ai valori che mi avete trasmesso
che oggi taglio uno dei traguardi più importanti della mia vita.*

*Alle mie adorabili massaciuccoline,
compagne di cinque anni di indimenticabili avventure.
Il destino ci ha fatto incontrare,
ma è stata la nostra amicizia a condurci fin qui, insieme.*

*A Giancarlo, il regalo più bello ed inaspettato che ho mai ricevuto.
A te che ogni giorno, con pazienza, mi completi e mi migliori.*

INDICE

INTRODUZIONE.....	6
-------------------	---

Capitolo primo

I CONTRATTI INTERNAZIONALI E LE FORME DI COOPERAZIONE TRA IMPRESE

1. Lo scenario attuale del commercio internazionale.....	10
2. I contratti internazionali: fonti e ruolo del giurista.....	14
2.1. Le leggi nazionali e l'armonizzazione europea.....	15
2.2. Gli usi.....	23
2.3. La Lex Mercatoria.....	27
2.4. L'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO): cenni.....	36
3. Le principali forme di cooperazione tra imprese: istituti di diritto italiano ed internazionale.....	38
3.1. Il consorzio.....	39
3.2. Le associazioni temporanee di imprese.....	43
3.3. Il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE).....	46
3.4. La società europea.....	49
3.5. La Joint venture.....	53

Capitolo secondo

JOINT VENTURE AGREEMENTS

1. Gli accordi di joint venture.....	55
1.1. L'analisi preliminare: ricerca del partner.....	58
1.2. La negoziazione dell'accordo.....	61
1.3. Lo studio di fattibilità.....	64
2. La joint venture contrattuale (contractual joint venture).....	68
2.1. La responsabilità della joint venture contrattuale nei confronti del committente e dei terzi: JV interna e JV esterna.....	71
3. La joint venture societaria (equity joint venture).....	73
3.1. La costituzione della società.....	76
3.1.1. Il main agreement.....	78

3.1.2. La check list.....	81
3.1.3. Gli ancillary agreements.....	83
3.2. Organizzazione e amministrazione della società.....	85
3.2.1. Gli organi sociali.....	86
3.2.2. Il controllo manageriale.....	89
3.2.3. Le deliberazioni societarie.....	93
4. Durata della joint venture e cause di dismissione dell'accordo.....	95
4.1. Modalità di composizione della vertenza.....	97

Capitolo terzo

LA DISCIPLINA ANTITRUST: JOINT VENTURES E ANCILLARY RESTRAINTS

1. Le origini della disciplina antitrust negli Stati Uniti.....	99
2. Le norme antitrust comunitarie.....	106
2.1. La Direzione Generale della concorrenza (DG Competition).....	111
3. La legge antitrust italiana.....	113
3.1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM).....	117
4. La costituzione di un'impresa comune come forma di concentrazione.....	120
5. Il Memorandum del 1965 e gli sviluppi interpretativi successivi.....	123
6. Le joint ventures nel Regolamento n. 4064 del 1989.....	129
6.1. Joint ventures concentrative e joint ventures cooperative.....	133
6.2. Full-function joint ventures e partial-function joint venture.....	140
7. La riforma del 1997.....	142
8. Il nuovo Regolamento n. 139 del 2004.....	146
8.1. Le ancillary restraints e la Comunicazione della Commissione n. 56/24.....	150
8.2. Gli aspetti procedurali: cenni.....	153
9. Gli orientamenti recenti: INEOS/Solvay PVC joint venture.....	155

CONCLUSIONI.....	159
------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	163
-------------------	-----

INTRODUZIONE

In un'epoca in cui l'integrazione tra le imprese è divenuta una costante dello sviluppo dell'economia internazionale, è facile per un giurista lasciarsi affascinare dall'interessante connubio tra economia e diritto.

La scelta di analizzare una particolare forma di cooperazione tra imprese, quella delle joint ventures, nasce dalla constatazione della continua estensione della portata di un fenomeno che, sin dalle sue origini negli Stati Uniti nel XIX secolo, si è imposto con una certa decisione all'interno del paradigma commerciale internazionale.

Il fenomeno delle joint ventures ha conosciuto sviluppi particolarmente interessanti non soltanto nel territorio statunitense ma anche e soprattutto nel contesto economico europeo, dove è stato in grado di rispondere ad esigenze di elasticità e strumentalizzazione tipiche di un mondo sempre più globale ed integrato.

Per tale ragione, non si può prescindere da una, seppur sintetica e non esaustiva, analisi preventiva dell'attuale stato dell'integrazione politica, economica e culturale dei Paesi ad economia più avanzata, nel cui contesto si inseriscono i diversi fenomeni di cooperazione tra imprese.

L'aver beneficiato dell'ambiente estremamente stimolante di Bruxelles, grazie ad un periodo di collaborazione con lo Studio Legale Grimaldi e l'illimitato accesso alla biblioteca della Commissione Europea, mi ha permesso inoltre di studiare le

operazioni di joint venture dal punto di vista della disciplina antitrust, constatando l'incredibile attenzione che tale normativa vi ha dedicato.

Il lavoro che segue si articola in tre parti, ciascuna delle quali approfondisce il fenomeno delle joint ventures da angolazioni differenti.

Il primo capitolo si preoccuperà di fornire una presentazione generale delle principali ipotesi di cooperazione tra imprese, inserendole nel contesto più generale del commercio oltre i confini regionali.

Un *excursus* sulla figura del contratto internazionale prenderà in considerazione l'evoluzione dell'iterazione tra gli agenti economici ed il conseguente adattamento delle norme e dei giuristi ad esigenze nuove e diverse.

Si proseguirà quindi con un breve cenno ai principali istituti di diritto italiano ed internazionale che regolano diverse forme di cooperazione.

Una volta introdotto il contesto generale in cui si inseriscono gli accordi di joint venture, il capitolo secondo si concentrerà sull'analisi specifica di questi ultimi.

Nel tentativo di ricostruire le varie fasi che portano alla conclusione dell'accordo, si cercherà di seguire i venturers nella ricerca del partner e nello studio di fattibilità, individuando gli elementi più incisivi sia in positivo che in negativo.

Verranno quindi vagliate le diverse categorie di joint ventures, concentrando l'attenzione sulla classificazione principale tra *contractual joint venture* ed *equity joint venture*, alla quale verrà dedicata la parte centrale del capitolo.

Infine, si valuteranno le eventuali cause di dismissione dell'accordo e le conseguenti modalità di composizione delle vertenze.

La terza ed ultima parte di questo studio si focalizzerà, come è stato anticipato, sulla disciplina antitrust, provando a rendere l'idea di quanto complesso ed al tempo stesso interessante sia riuscire a collocare correttamente una figura atipica, come quella dell'impresa comune, all'interno di un sistema di norme in continua evoluzione.

Un breve cenno alle origini della normativa a tutela della concorrenza sarà dunque indispensabile per comprendere le ragioni delle scelte del legislatore comunitario, il quale, ispirandosi ai principi statunitensi, ha introdotto i generali divieti di intese restrittive della concorrenza ed abuso di posizione dominante, optando invece per un controllo preventivo nelle ipotesi di concentrazione di imprese.

È proprio in quanto possibile forma di concentrazione che le joint ventures assumono rilevanza in ambito antitrust: la loro qualificazione, come si vedrà, è stata alquanto sofferta e travagliata, e continua tutt'ora a destare l'attenzione degli studiosi della materia.

Sin dal 1965, anno in cui la Commissione europea pubblicò il primo memorandum sulle imprese comuni e la loro assoggettabilità al controllo dei Garanti della concorrenza, si è assistito ad un continuo sviluppo di interpretazioni e di teorie.

La distinzione, che già aleggiava nella mente del legislatore e nelle mani degli operatori, tra *joint ventures concentrative* e *joint ventures cooperative* venne ufficializzata con il Regolamento n. 4064 del 1989, del quale si tratterà copiosamente in quanto pietra miliare della disciplina in esame.

Verranno dunque presi in considerazione gli sviluppi successivi, tentando di fornire una quanto più possibile completa immagine del quadro generale sul cui sfondo si

sono sviluppate le idee e le modifiche che hanno interessato le joint ventures fino ad oggi.

Si tratta di una normativa in continua evoluzione, conscia della necessità di tenere il passo ad un'interazione tra agenti economici sempre più frequente e capillare, che ha lasciato molto all'interpretazione della Commissione e dei giuristi.

Infine, si tenterà di censire gli orientamenti recenti per comprendere a cosa i venturers vanno effettivamente incontro decidendo oggi di concludere un accordo di questo tipo.

CAPITOLO PRIMO

I CONTRATTI INTERNAZIONALI E LE FORME DI COOPERAZIONE TRA IMPRESE

1. Lo scenario attuale del commercio internazionale

Lo sviluppo economico, politico e sociale degli ultimi decenni ha determinato una sempre maggiore tendenza all'integrazione commerciale tra le imprese. Tale tendenza si traduce nel coraggio di uscire dai ristretti confini del proprio mercato regionale per confrontarsi con le regole di gioco più complesse e le forme di competizione più alte tipiche dei mercati internazionali.

Negli anni, fedelmente e pedissequamente, sono così intervenuti radicali mutamenti nelle strategie di coalizione, nella disciplina della competizione e nelle forme di cooperazione tra le varie entità economiche.

Questi cambiamenti, pienamente riconducibili al processo di globalizzazione in corso, emergono con particolare evidenza nell'ambito del commercio internazionale, dove la sempre maggiore integrazione tra le imprese ha generato una profonda

intensificazione dei flussi commerciali e finanziari extra-nazionali.

L'impresa, in questo modo, viene a delinarsi non più quale soggetto a sé stante, bensì come figura complessa, che ha rapporti con l'esterno non soltanto in fase di acquisto e vendita ma continuamente, in quanto inserita in un network composito di imprese.

Tale interdipendenza, d'altra parte, è causa ed al tempo stesso effetto di una innovazione tecnologica in continuo sviluppo, che permea tutti i settori produttivi.

Siamo lontani, insomma, da quelle che Alain Touraine definiva "le tre ere dell'impresa" ossia: l'era dei capitalisti, dominata dal capitale finanziario e dal ruolo subordinato della fabbrica; l'era del management, vale a dire degli organizzatori che iniziano ad applicare metodi e pensieri razionali alla produzione; ed infine l'era degli strateghi, che concepiscono l'impresa come fattore principale della trasformazione economica¹.

Oggi stiamo attraversando un'era successiva, dinamica e mutevole, l'era della internazionalizzazione, l'era dei mercati globali, l'era in cui l'impresa non si focalizza più (o meglio, non si focalizza soltanto) sulla propria organizzazione interna ma si affaccia oltre i propri confini, per integrarsi, attraverso accordi, partnership e collaborazioni, in una rete di legami transnazionali.

Nonostante l'incubo della crisi finanziaria che ormai da diversi anni sta velando di pessimismo le nostre economie, secondo il Fondo Monetario Internazionale nel prossimo anno il Pil mondiale a prezzi costanti, calcolato, cioè, equiparando i poteri

¹ TOURAINE, A., *Le tre ere dell'impresa*, relazione presentata al convegno *Uomini e Tecnologie*, Milano, 14-15 Novembre 1986.

d'acquisto delle economie avanzate e quelli dei paesi emergenti e quindi conferendo maggior enfasi alla crescita di questi ultimi, è destinato ad aumentare del 3,8 per cento.

Tuttavia, il persistere della crisi economica si è in qualche modo riflesso sul grado di apertura dei mercati, complice anche la tensione prodotta da un aumento dei debiti in Europa e da un conseguente calo della fiducia.

Un generale campanello d'allarme è dato dall'incremento dei ricorsi al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, segno di forti frizioni commerciali in atto tra importanti partner commerciali.

Di conseguenza, sembra rafforzarsi la tendenza, in atto da diversi anni, a concludere accordi commerciali preferenziali, a carattere regionale e, soprattutto, bilaterale, prevalentemente in forma di aree di libero scambio: nel 2012 sono entrati in vigore 12 accordi preferenziali, in maggior parte riguardanti paesi del Nord e Sudamerica, relativi non solo al commercio di beni ma anche a servizi, investimenti, proprietà intellettuale e facilitazione degli scambi².

Nel corso del tempo non sono stati pochi i tentativi di individuare le basi logiche che regolano l'intrecciarsi dei rapporti commerciali internazionali.

Padre delle teorie che ne sono scaturite è sicuramente Adam Smith, che con il suo concetto di *absolute advantage* ha aperto la strada a numerosi studi sul commercio internazionale e non solo: « *Smith started with the simple truth that for two nations to voluntarily trade with each other, both nations must gain. If one nation gained*

² RAPPORTO ICE 2012-2013, L'Italia nell'economia internazionale.

nothing or lost, it would simply refuse to trade »³.

Mezzo secolo più tardi la teoria di Smith è stata rivisitata da un altro economista classico, David Ricardo, il quale ha focalizzato i propri studi sui concetti di *costo opportunità e vantaggio comparato*⁴, per poi essere ripresa e sviluppata dai neoclassici Eli Heckscher e Bertil Ohlin, fino a giungere alle "nuove teorie sul commercio internazionale".

Resta tuttavia il fatto che ogni tentativo di analisi che non includa i rapporti di potere tra Paesi, la natura dei sistemi economici, i gruppi sociali e le loro strategie non fornisce spiegazione di quanto è accaduto finora e, per questa sua carenza, risulta di scarsa applicazione per la definizione delle politiche e degli obiettivi.

Il quadro attuale del commercio internazionale riflette tre concetti distinti, anche se intrecciati:

- le differenze dei sistemi produttivi e delle loro rispettive specializzazioni, dovute alla collocazione geografica, alla disponibilità di risorse naturali, alla capacità di evolversi ed innovare dei vari paesi;
- i rapporti di potere affermatasi a livello internazionale a seguito della globalizzazione capitalistica;
- l'evoluzione seguita dai diversi paesi nel determinare il rapporto tra società e mercato e nel dare origine a fenomeni di cooperazione economica internazionale.

La crescita ed il rafforzarsi dei flussi di scambio tra paesi e le loro provenienze e

³ DOMINICK, S., *Introduction to international economics*, New York, 2010, 34.

⁴ Non potendo in questa sede approfondire l'argomento, si veda in tal senso, KRUGMAN, P.R., OBSTFELD, M., *Economia internazionale 1*, Torino, 2007.

destinazioni hanno subito notevoli variazioni nel corso degli ultimi trent'anni.

Uno degli effetti principali, in questo senso, della globalizzazione, è stato un incremento dei processi di cooperazione ed integrazione economica tra aree ricche (la cosiddetta "Triade": Giappone, Stati Uniti, Unione Europea) e, nel contempo, un lento allontanamento dal resto del mondo (dai paesi dell'Africa, di gran parte dell'America Latina, dell'Asia e della ex-URSS).

2. I contratti internazionali: fonti e ruolo del giurista

La tendenza verso un sistema economico "globale", avente confini più ampi ed indefiniti di quelli nazionali, fa sì che le imprese si trovino ad operare sempre più spesso in contesti che superano i concetti di territorialità e le loro frontiere.

L'integrazione europea ha permesso, pian piano, di eliminare barriere di tipo economico quali tariffe doganali, dazi e restrizioni quantitative che ostacolavano gli scambi transnazionali, tuttavia, come sovente accade, il diritto si è adeguato a tali cambiamenti più lentamente e con una certa cautela⁵.

Ne discende che molta attenzione viene riposta nell'esercizio dell'autonomia delle parti: l'autonomia prettamente contrattuale, di mettere a punto contratti adeguati alle specifiche esigenze del commercio internazionale; la libertà di scegliere la legge che

⁵ BORTOLOTTI, F., *Diritto dei contratti internazionali*, Torino, 2009; DAVID, V., *Le droit du commerce international*, Paris, 1987.

disciplinerà il contratto ed il contesto più idoneo alle proprie necessità; la possibilità di individuare quale sarà il giudice competente a conoscere eventuali controversie.

L'autonomia delle parti, insomma, viene ad assumere un ruolo fondamentale, e di conseguenza altrettanto importante sarà l'approccio del giurista nell'affrontare la materia dei contratti internazionali.

In tale situazione chi è chiamato a redigere e negoziare i contratti assume la possibilità di ricercare e di creare alternative conformi alla legge ma anche il più possibile aderenti alle necessità delle parti.

Il giurista quindi, è chiamato ad approfondire ogni sua scelta rispetto ad una determinata soluzione ed a fornire strumenti di valutazione idonei a sostenere i contraenti.

□ questo un approccio che si allontana dagli schemi tradizionali delle situazioni statiche che si presentano al giurista d'impresa, per allargare gli orizzonti cognitivi ed interpretativi al dinamismo tipico del commercio internazionale⁶.

2.1. Le leggi nazionali e l'armonizzazione europea

Ancora oggi, per quanto possa apparire strano alla luce delle sempre più frequenti transazioni extra-territoriali in un mercato dove i confini sono destinati a divenire

⁶ Sulla diversità di ruoli tra l'avvocato tradizionale e l'avvocato d'affari, v. BERNINI, *Il giurista d'impresa e l'avvocato d'affari*, in "Contratto e Impresa", 1990.

sempre più labili, il riferimento agli ordinamenti nazionali costituisce la principale fonte di regolamentazione.

Vuoi per i profili contenutistici della disciplina sostanziale e, soprattutto, per la sua frammentarietà, vuoi per le specifiche esigenze del commercio internazionale, raramente, però, la normativa nazionale riesce a dare risposte soddisfacenti a chi opera in tale contesto.

Basti pensare che neanche all'interno dell'Unione Europea si è riusciti a produrre un codice europeo dei contratti commerciali⁷, nonostante gli sforzi e l'interesse della commissione europea, sfociati in diversi regolamenti e convenzioni.

Salvo quanto si dirà riguardo alla *lex mercatoria*, manca, insomma, “dal punto di vista giuridico una disciplina unitaria, che sia posta in essere da fonti dotate di efficacia normativa estesa all'intera dimensione”⁸.

Nonostante gli indubbi tentativi posti in essere da Stati ed organizzazioni internazionali (basti pensare ai diversi *round* di negoziati in seno al GATT sin dalla sua entrata in vigore nel 1947, all'accettazione quasi universale della convenzione di New York già nel 1958, o ancora, per fare un esempio più vicino, alla rivoluzione del nostro diritto processuale internazionale con l'obiettivo di aprirsi ai sistemi giurisdizionali degli altri Stati), l'idea di una *disciplina uniforme dei rapporti tra controparti di Stati diversi*⁹ appare ancora un'utopia e la regolamentazione di tali accordi rimane in larga parte di monopolio dei legislatori nazionali.

Tutto ciò comporta delle conseguenze notevoli e tutt'altro che trascurabili.

⁷ TUPPONI, M., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, 2012, 27.

⁸ CARBONE, S.M., LUZZATTO, R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, 1.

⁹ BORTOLOTTI, F., *Diritto dei contratti internazionali*, Torino, 2009.

In linea di principio, l'applicazione ai contratti internazionali del medesimo regime previsto per i contratti c.d. *domestici* non esclude la possibilità che il legislatore nazionale ritenga, ove ciò appaia opportuno, di dover prevedere una disciplina specifica e differenziata per le fattispecie che presentino collegamenti con l'estero, in considerazione delle specifiche esigenze di queste ultime¹⁰.

Risultano ancora attuali le parole del Lerebous-Pigeonnière, il quale nota come tali contratti possano presentare clausole particolari giustificate da circostanze economiche: «*qui n'existent pas identiques dans la vie interne des Etats, de telle sorte que l'ordre juridique du commerce interne ne saurait leur être applicable sans mettre obstacle à des exigences légitimes*»¹¹.

Ovviamente, l'essere un contratto riferibile ad un certo ordinamento giuridico piuttosto che ad un altro, sia per scelta dei contraenti che per adesione a “norme di collegamento”, comporta la necessaria influenza sul contratto di tutte le previsioni normative previste dal sistema normativo di quell'ordinamento. Ciò significa che al contratto verranno applicate non soltanto quelle disposizioni che “comunemente” regolano i rapporti domestici, ma anche, per esempio, eventuali previsioni contenute nelle Convenzioni internazionali in materia contrattuale che siano state ratificate nel Paese la cui legge si applica.

In relazioni a tali Convenzioni è opportuno effettuare delle precisazioni, poiché si tratta di un'ulteriore fonte di diritto di fondamentale importanza in materia di commercio internazionale.

¹⁰ CARBONE, S.M., LUZZATTO, R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, 3.

¹¹ LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *A propos du contrat international*, 1951, 4.

Innanzitutto, in relazione ai soggetti contraenti, le convenzioni internazionali in materia contrattuale possono essere *bilaterali* o *multilaterali*.

Va da sé che un accordo bilaterale interessa due soli Paesi, mentre uno multilaterale è “aperto” anche ad altri Stati.

Un accordo bilaterale, sostanzialmente, impegna i contraenti a dare preferenza a certi Paesi in occasione di scambi commerciali e facilita gli investimenti tra le parti riducendo o eliminando del tutto dazi, tariffe doganali o quote di importazione.

Mentre c'è chi sostiene¹² che gli accordi bilaterali siano in primo passo verso un'apertura multilaterale, altri affermano che gli accordi bilaterali sono discriminatori e porterebbero ad una frammentazione del sistema del commercio globale e conseguentemente al declino degli scambi multilaterali.

D'altra parte, un accordo multilaterale interessa tre o più Paesi che si propongono di regolare i propri scambi senza discriminazioni. Generalmente, abbassando le barriere d'entrata dei mercati partecipanti, hanno come diretta conseguenza un aumento del grado di integrazione economica tra gli stessi. Gli accordi multilaterali, infine, sono molto spesso considerati come la strada più efficiente verso un'economia globale interdependente.

In secondo luogo è opportuno distinguere, dal punto di vista del contenuto, tra: *convenzioni sostanziali*, *convenzioni di diritto internazionale privato*, *convenzioni di diritto processuale privato*.

¹² RASTOGI, C., *Trade Laws, Bilateral and Multilateral Trade Agreements*, New Delhi, 2012.

Le prime si pongono come obiettivo quello del ravvicinamento delle legislazioni attraverso un sistema di norme uniformi relativo a contratti o singoli istituti, applicabile a tutti gli Stati aderenti.

Tale normativa viene ad inserirsi all'interno di ciascun ordinamento ratificante e permette di superare quelle difformità tipiche connaturate in ogni singolo sistema giuridico nazionale.

In questo modo i Paesi aderenti disporranno di un'identica disciplina della materia oggetto di ratificazione.

Sono tipici esempi di questa forma di accordo la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci e la Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988 in materia di leasing e factoring internazionale. L'Italia ha sottoscritto e ratificato entrambe le convenzioni.

Una variante dell'accordo sostanziale prevede la possibilità, per i diversi Paesi ratificanti, di adottare soluzioni ritenute di volta in volta più appropriate, pur rimanendo obbligati ad introdurre per intero un identico testo di legge.

Passando alle convenzioni di diritto internazionale privato, queste si propongono di uniformare le norme di collegamento in modo da indentificare facilmente la legge applicabile al tipo di rapporto considerato.

Esse non privano di efficacia le norme interne degli Stati membri, ma si limitano a stabilire, in caso di conflitto di leggi, la normativa applicabile.

L'importanza di tali convenzioni si evince dal fatto che esse permettono di evitare che lo stesso istituto sia sottoposto a leggi sostanziali diverse¹³.

Fondamentale in tale ambito è la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, oggi sostituita dal Regolamento UE/593 del 17 giugno 2008 (c.d. Roma I): entrato in vigore il 17 dicembre 2009, tale Regolamento vincola i giudici degli Stati membri dell'Unione Europea nella scelta della legge da applicare a contratti aventi elementi di internazionalità comunque collegati con altri Paesi dell'U.E¹⁴.

Infine, le convenzioni di diritto processuale internazionale. Lo scopo di queste ultime è la determinazione di criteri uniformi che permettano di individuare il Giudice competente tra più Paesi aventi competenza giurisdizionale ed inoltre il riconoscimento di sentenze emesse da Giudici di un Paese in un Paese differente.

Il pilastro di tale disciplina è rappresentato dal Regolamento UE n.44 del 2001, che sostituisce la convenzione di Bruxelles del 1968 e prevede che le decisioni emesse in uno Stato membro dell'Unione europea siano riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, salvo in caso di contestazione.

A tale tipo di convenzioni possono essere ricondotte anche quelle sull'arbitrato, come la Convenzione di New York del 10 giugno 1958, avente simili obiettivi circa la risoluzione di questo tipo di controversie.

¹³ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., BERGE, J.S., *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, Madrid, 2012.

¹⁴ CARBONE, S.M., QUEIROLO, I., *La competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni in materia civile nell'ambito dello spazio giudiziario europeo*, Torino, 2009.

L'Unione Europea, da parte sua, ha concentrato i propri sforzi principalmente sui contratti tra imprese e consumatori, il più delle volte per tutelare quest'ultimo (direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione per la tutela dei consumatori e la pubblicità ingannevole, direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori).

Ormai da diversi anni¹⁵ è però in corso un dibattito sull'opportunità di realizzare una comune disciplina europea delle obbligazioni.

L'idea di un "Codice Civile Europeo", come proposta di armonizzazione del diritto privato tra Stati membri, risale al 1982, quando venne istituita una *Commission on European Contract Law*. La Commissione prese presto il nome di *Lando Commission*, poiché presieduta dal prof. Ole Lando.

Qualche anno più tardi, nel 1995, venne pubblicata la prima parte dei PECL – Principles of European Contract Law, seguita nel 1999 da una seconda parte ed infine dalla parte finale nel 2003.

Tali principi avrebbero dovuto costituire le basi sulle quali lavorare al progetto titanico di un Codice europeo, essendo basati sulle disposizioni più o meno comuni dei diversi Stati membri in materia di contratti e obbligazioni.

Tuttavia, l'ambizioso progetto non è ancora andato in porto, probabilmente anche per l'assenza di una volontà comune tra i diversi Paesi¹⁶. Ciò ha portato la

¹⁵ MOCCIA, L., *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; ALPA, G., *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in "Contr. Impr.", 1997.

Commissione¹⁷ a ridimensionare i propri obiettivi e a focalizzare la propria attenzione su di un “Common framework of reference” (CFR) presentato come un “corpus moderno di regole particolarmente adatte ai contratti transfrontalieri nel mercato interno”¹⁸.

Questo “quadro comune di riferimento” è destinato a fornire delle linee guida per lo sviluppo di un diritto privato europeo ben armonizzato, ponendo l’attenzione principalmente sul diritto dei contratti. Tuttavia, la Commissione ha precisato che tale lavoro non è destinato a garantire un’armonizzazione su vasta scala del diritto privato o a trasformarsi in un Codice civile europeo, il quale, tra l’altro, era atteso già nel 2009 ma non ha ancora visto luce.

Rimane in ogni caso non trascurabile la rilevanza che un progetto di tale genere riveste in campo politico.

Sotto tale profilo il dibattito si concentra sulla compatibilità del Codice con il Trattato, nell’ambito del quale se ne è ravvisato il fondamento sull’art. 114 TFUE, e con i principi di proporzionalità e di sussidiarietà che guidano gli interventi europei comunitari¹⁹.

Ancora oggi, il dibattito è fortemente acceso²⁰.

¹⁶ LANDO, O., *Does the European Union need a Civil Code?*, in “RIW”, 2003.

¹⁷ Si veda la Comunicazione COM (2003) 68 della Commissione, intitolata: *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo. Un piano d’azione*.

¹⁸ Cfr. il § 4.3 della Comunicazione citata nella nota precedente.

¹⁹ VALLE, L., *Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo*, in “Comparazione Diritto Civile”, 2012.

²⁰ La compatibilità del progetto con l’art. 114 TFUE è ancora oggetto di discussione, come si evince dal documento del Consiglio UE del 1° giugno 2012 (10611/12).

2.2. *Gli usi*

I concetti di usi e consuetudini costituiscono in diritto, ed in particolare nel diritto commerciale internazionale, la fonte naturale di ogni ordinamento giuridico.

□ anche – ma non soltanto – attraverso un lungo e lento processo di accettazione di determinati comportamenti come preferibili o addirittura obbligatori, che le più piccole unità sociali hanno posto le basi alla codificazione, agli albori della civiltà umana.

Fondamentale, quindi, è l'elemento psicologico accompagnato dalla pratica materiale. L'importanza delle consuetudini è ribadita dall'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, che le annovera tra le fonti secondarie del diritto quali *evidence of a general practice accepted as law*²¹.

In materia di diritto commerciale internazionale, contesto caratterizzato da ampi margini di autonomia dalle frontiere nazionali, gli usi hanno assunto un'importanza cruciale.

□ noto infatti, che « *quanto maggiore è la distanza tra la regolamentazione giuridica messa a disposizione degli operatori economici dai legislatori nazionali, tanto maggiore sarà la tendenza degli operatori a far riferimento a regole autonome, affermatesi nella prassi degli affari, piuttosto che alla disciplina dettata dalle legislazioni nazionali*²² ».

²¹ STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Chapter II, Article 38, 1.b.

²² BORTOLOTTI, F., *Diritto dei contratti internazionali*, Torino, 2009, 23.

Il concetto di uso, insomma, non si pone in contraddizione con gli sviluppi normativi a livello nazionale ed internazionale, poiché esso può essere superato da Trattati, Statuti o Accordi.

Al tempo stesso, però, le consuetudini svolgono il fondamentale ruolo di supplire alle lacune del diritto scritto.

Nel nostro ordinamento un notevole successo è stato riscosso dall'art. 1340 c.c., che introduce i cosiddetti *usi negoziali* come integrazioni del contenuto di un contratto quando esplicitamente o implicitamente richiamati dalle parti. A questo proposito, la Cassazione li ha definiti come « *mezzi di integrazione della volontà ambiguamente espressa dai contraenti o di integrazione della medesima con la clausola che, abitualmente praticata nella zona, si presume voluta dalle parti anche se non espressamente richiamata*²³ ».

Secondo Schmitthoff, professore di Legge al Gresham College di Londra tra il 1976 e il 1986, il diritto del commercio internazionale deriva da due fonti: la legislazione internazionale e le consuetudini internazionali. Proprio queste ultime sono descritte come « *commercial practices, usages or standards, which are so widely used that businessmen engaged in international trade expect their contracting parties to conform with them and which are formulated by international agencies, such as International Chamber of Commerce, or United Nations Economic Commission for Europe, or international trade associations*²⁴ ».

²³ Cass. 21 novembre 1983, n. 6948, *Banca Cattolica del Veneto c. Biasutti*, in “Rep. Giust. civ.”, 1983, voce *Usi e consuetudini*, n. 1.

²⁴ SCHMITTHOFF, C., *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, London, 1988, 52.

In questa definizione vi sono diversi elementi che meritano di essere sottolineati²⁵.

Innanzitutto, una consuetudine non deve necessariamente avere alle spalle una lunga tradizione per poter essere ritenuta vincolante. Al contrario, le pratiche commerciali devono essere ampiamente utilizzate ed accettate per poter assumere la valenza di “usi”.

Infine, la codificazione per mano delle varie Associazioni internazionali del commercio è condizione necessaria per aumentare il livello di sostenibilità e credibilità della consuetudine stessa.

Fra gli usi codificati nell’ambito del commercio internazionale vanno annoverati i cosiddetti *Incoterms*, contrazione di “international commercial terms”, da ultimo rivisti nel 2010 ed entrati in vigore il 1° gennaio 2011 (per questo Incoterms 2010).

Si tratta di termini che definiscono in maniera univoca i diritti ed i doveri di competenza di ciascun soggetto giuridico interessato in una transazione internazionale, permettendo di ridurre il margine di errore dovuto a fraintendimenti lessicali.

Accanto a questi ultimi, vale la pena ricordare le *Regole Uniformi sui crediti documentari*, le quali vincolano tutte le parti coinvolte, salvo che il credito disponga espressamente in modo diverso²⁶.

Emesse a partire dal 1933 dalla Camera di Commercio Internazionale, sia le Regole Uniformi che gli Incoterms sono oggi raccolti per iscritto dopo essere entrati a far

²⁵ POLANSKI, P.P., *International Custom as a Source of Law in Global Electronic Commerce*, Melbourne, 2002.

²⁶ Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari, Disposizioni generali e definizioni, art. 1.

parte del panorama comune ed universalmente accettato degli scambi commerciali tra diversi Paesi.

Occorre in ogni caso considerare che all'interno degli ordinamenti nazionali la disciplina degli usi va in ogni caso coordinata con quella, eventualmente prevista, da convenzioni di diritto sostanziale uniforme per determinati istituti.

Si pensi alla Convenzione di Vienna del 1980, la quale prevede, all'art. 9: «Le parti sono vincolate dagli usi ai quali hanno assentito e dalle abitudini stabilitesi fra di loro. Salvo convenzione contraria delle parti, si ritiene che queste si siano tacitamente riferite nel contratto e per la sua elaborazione a qualsiasi uso di cui erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza e che, nel commercio internazionale, è largamente conosciuto e regolarmente osservato dalle parti in contratti dello stesso genere, nel ramo commerciale considerato».

Si deve ritenere che disposizioni di questo tipo introducano criteri autonomi ed uniformi per valutare l'utilizzabilità e l'efficacia degli usi, applicabili in luogo di quelli previsti in via generale dalla legge nazionale²⁷.

Semplificando, in occasione, ad esempio, di una compravendita internazionale soggetta al diritto italiano (alla quale si applica la Convenzione di Vienna, a meno di espressa esclusione delle parti), il nostro Giudice oltre a far riferimento alle categorie giuridiche tipiche dell'ordinamento italiano, valuterà gli usi alla luce dei criteri contenuti nell'art. 9 della Convenzione²⁸.

²⁷ FERRARI, F., *La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in "Contr. impr.", 1994, 239 ss.

²⁸ BERNARDINI, P., *L'applicazione degli usi del commercio internazionale ai contratti internazionali*, in "Fonti e tipi del contratto internazionale", Milano, 1991.

Come nota giustamente Gaillard, appare insomma chiara la tendenza in ambito commerciale internazionale a riservare agli usi un ruolo di primo piano, facendo rientrare in tale nozione non solo le pratiche generalmente perseguite da chi opera in tale contesto ma anche tutti quei principi di diritto ritenuti più adeguati a disciplinare la fattispecie di volta in volta considerata²⁹.

2.3. La Lex Mercatoria

Il concetto di Lex Mercatoria è forse uno dei più antichi nella storia del Diritto.

Secondo alcuni³⁰ ne è precursore lo *ius gentium* Romano, quel corpo di leggi che regolava le relazioni tra i Romani e gli *stranieri*.

Altri³¹ vanno addirittura più indietro nel tempo, tracciando le origini della *lex mercatoria* nell' Antico Egitto, o negli scambi marittimi tra Greci e Fenici.

In ogni caso, è durante medioevo che inizia ad imporsi, grazie all'intensificarsi dei rapporti commerciali nell' Europa Occidentale, una “legge dei mercanti” capace di superare i confini territoriali, basata sugli usi e le consuetudini del tempo.

²⁹ GAILLARD, E., *Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, in “JDI”, 1995, 5 ss.

³⁰ GOLDMAN, B., *Forum Internationale*, vol. 3, 1983, p.3.

³¹ SCHMITTHOFF, C., *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, London, 1988, 20 ss.

La *lex mercatoria* nasce dunque grazie allo sforzo compiuto dalle comunità commerciali di superare la frammentazione delle ormai obsolete leggi feudali, le quali non rispondevano più alle nuove esigenze extra-territoriali.

Per definire oggi la *lex mercatoria* potremmo prendere in prestito le parole del Galgano e parlare di un sistema di norme a-nazionali «creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati³²».

Tale definizione fa riferimento alla cosiddetta “nuova” *lex mercatoria*, per distinguerla appunto da quella del tardo medioevo, anteriore alla “nazionalizzazione” del diritto commerciale³³.

Durante gli anni delle grandi codificazioni del XIX secolo, infatti, la legge dei mercanti è stata incorporata nei sistemi legislativi di ogni singolo Paese, è stata contagiata dalle particolarità locali e dunque ha perso quel suo carattere uniforme.

Dal momento in cui gli Stati hanno preso il sopravvento sul commercio internazionale, le relazioni economiche e le dispute transfrontaliere sono state regolate dal diritto privato internazionale.

Tuttavia, già dai primi anni '60, la supremazia della legge nazionale nei rapporti economici internazionali inizia ad essere messa in dubbio: così come i mercanti medioevali cercarono di superare le leggi feudali, i moderni attori del commercio

³² GALGANO, F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, 217 ss.

³³ MEDWIG, *The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality*, in “Law & Pol. Int'l Bus.”, 1993, 589 ss.

transfrontaliero hanno iniziato ad adottare soluzioni alternative per evitare l'applicazione delle leggi nazionali alle loro transazioni.

Attraverso clausole standard, prassi contrattuale, usi, consuetudini e, soprattutto, il ricorso all'arbitrato internazionale³⁴, i *traders* sono riusciti a materializzare un proprio framework di regolamentazione, indipendente dalle leggi nazionali, che oggi conosciamo appunto come *nuova lex mercatoria*³⁵.

Individuare una definizione di *lex mercatoria* sulla quale la dottrina sia concorde è un'impresa ardua ed alquanto poco produttiva: vi sono tante concezioni della stessa quanti gli studiosi che si sono apprestati a conoscerla³⁶.

Generalmente, la maggior parte di tali definizioni si basa sulle relazioni tra la *lex mercatoria* e la legge nazionale, ovvero sulle caratteristiche sostanziali di questo sistema.

Una prima distinzione può essere segnata tra la concezione *autonomista* e quella *positivista*.

I sostenitori del concetto autonomista ritengono che la *lex mercatoria* abbia un carattere indipendente da ogni sistema di leggi nazionali, e la presentano come «*a set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law*³⁷».

³⁴ FOUCHARD, P., *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965.

³⁵ GOLDSTAJN, A., *The New Law Merchant*, J. Bus.L., 1961.

³⁶ MERCEDERS LOPEZ RODRIGUEZ, A., *Lex Mercatoria*, Aarhus, 2002.

³⁷ GOLDMAN, B., *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration*, Julian D.M. Lew (ed.), 1986, 113 ss.

L'approccio positivista, d'altra parte, afferma che la lex mercatoria sia formata da un insieme di norme, originariamente transnazionali, ma che esistono solamente in virtù delle leggi statali che danno loro efficacia³⁸.

La dottrina che si focalizza sull'aspetto sostanziale della materia si dirama in almeno tre diverse direzioni³⁹: la prima concepisce la lex mercatoria come un autonomo sistema legale; la seconda ne sottolinea la capacità di operare come un'alternativa alla legge nazionale altrimenti applicabile; la terza, infine, descrive la lex mercatoria come un insieme di usi e consuetudini del commercio internazionale, che completano la legge nazionale applicabile.

Appare evidente come individuare le fonti della lex mercatoria finisca per dipendere dal tipo di definizione adottata.

Adottando l'ottica positivista, Schmitthoff include tra le fonti le consuetudini mercantili raccolte da istituzioni internazionali come la International Chamber of Commerce (si vedano gli INCOTERMS di cui sopra) e le legislazioni internazionali⁴⁰.

Autonomisti come Goldman, d'altra parte, individuano quali fonti naturali della lex mercatoria i principi generali insiti nel diritto commerciale internazionale⁴¹.

³⁸ SCHMITTHOFF, C., *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, London, 1988, 223.

³⁹ BERGER, K.P., *The creeping codification of the lex mercatoria*, Kluwer Law International, 1990, 40;
CRAIG, W., PARK, W., PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd. Edition, Oceana Publications, 1994, 603 ss.

⁴⁰ SCHMITTHOFF, C., *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, London, 1988, 34.

⁴¹ GOLDMAN, B., *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration*, Julian D.M. Lew (ed.), 1986, 114.

Da questo punto di vista, gli usi e le consuetudini codificate sono parte della lex mercatoria soltanto se i traders vi fanno riferimento con una tale frequenza da sottintenderne l'implicita accettazione.

Infine, vi sono autori⁴² che propongono una lista più ampia di fonti, che comprende il diritto pubblico internazionale, i principi generali di diritto, le norme delle diverse organizzazioni internazionali, prassi contrattuale e lodi arbitrali.

Approfondire tali argomenti, seppur cosa interessante, rischia di allontanare l'attenzione dal fulcro di questo studio. Ciò che in tale sede merita di essere discusso è: la lex mercatoria è applicabile ai contratti internazionali?

□ stato affermato⁴³ che la legge applicabile ad un contratto è quella che dà espressione e contenuto alla volontà delle parti.

Tradizionalmente, soltanto la legge nazionale può essere applicata ad un contratto internazionale.

L'allora Corte Permanente di Giustizia Internazionale, nel caso serbo-brasiliano *Loans* affermava che «*any contract which is not a contract between states in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country*⁴⁴».

Normalmente, le norme di diritto privato internazionale che vincolano le Corti nazionali portano all'applicazione della legge dello Stato giudicante, si veda ad esempio l'art. 3, comma 3, della Convenzione di Roma del 1980 sulla Legge

⁴² LANDO, O., 34 *I.C.L.Q.*, 1984, 747 ss.

⁴³ VON HOFFMANN, B., *Contract Conflicts*, Ed. P. North, 1982, 222.

⁴⁴ Publications of the Permanent Court of International Justice, series A, Judgments No. 14, *Case concerning the payment of various Serbian loans issued in France*, July 1929, p. 41.

applicabile alle Obbligazioni Contrattuali: «la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico Paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate “disposizioni imperative”»⁴⁵.

Tuttavia, l’egemonia della legge nazionale e del diritto privato internazionale nel regolare i contratti transfrontalieri poco si addice alle esigenze di certezza e semplicità tipiche del commercio internazionale, e ciò per svariate ragioni⁴⁶.

Innanzitutto, localizzare un contratto internazionale all’interno di un particolare sistema nazionale è una scelta del tutto arbitraria. La maggior parte delle transazioni si realizzano all’interno del mercato globale e sono molto più vicine al paradigma commerciale transfrontaliero che a quello di un singolo Stato.

Inoltre, le norme di diritto privato internazionale sono caratterizzate da un alto indice di complessità e il risultato della loro applicazione non sempre è chiaro e incontrovertibile. Nell’eventualità in cui sorga una controversia, l’esito finale della stessa dipenderà dal foro che se ne andrà ad occupare. Le corti nazionali utilizzano molto spesso tendenze locali, che portano all’applicazione della *lex fori* piuttosto che della *lex contractus*.

Da ultimo, occorre considerare come la legge nazionale sia fondamentalmente focalizzata sulla regolamentazione delle transazioni nazionali, lasciandosi

⁴⁵ LAGARDE, P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in “Rev. crit. dr. internat. Privé”, 1991, 287 ss.

⁴⁶ LANDO, O., *189 Collected Courses*, Vol. VI, 1984, pp.255-256; KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 3rd. Edition, Tubingen, 1997, pp.268.269; ARNT NIELSEN, P., *International privat- og procesret*, Forlag, 1997, pp. 483-484.

naturalmente sfuggire quelli che sono i bisogni e le necessità del commercio internazionale. Talvolta, la legge applicabile è estranea al Giudice e/o alle parti interessate, e richiede conoscenze ed informazioni specifiche per poter essere utilizzata tali da renderla poco maneggevole.

In questi casi scegliere di assoggettare un contratto alla lex mercatoria, intesa come un autonomo sistema giuridico, permette di *denazionalizzare*⁴⁷ l'accordo e di usufruire dei vantaggi che ne derivano. Al tempo stesso tale scelta richiede l'accettazione del rischio che la lex mercatoria, in quanto insieme di norme in continua evoluzione, può non assicurare un sufficiente grado di certezza giuridica riguardo alle singole disposizioni che regoleranno il contratto. Dal punto di vista pratico ciò comporta la necessità di affiancare a tale complesso di norme un'ulteriore fonte di regolamentazione del contratto.

Numerosi ed interessanti momenti di applicazione della lex mercatoria si registrano nel campo dell'arbitrato commerciale internazionale.

In tale contesto le controversie vengono generalmente risolte facendo affidamento a norme extra-territoriali, da sole o affiancate da leggi nazionali.

Benché non manchino opinioni contrastanti⁴⁸, stante la difficoltà nell'individuare un sicuro rapporto gerarchico tra fonti del diritto in tale ambito, l'arbitrato internazionale spesso non è vincolato da specifiche norme interne di diritto internazionale privato, poiché tale giurisdizione si basa sulla volontà espressa dalle parti e non sulla supremazia statale.

⁴⁷ TUPPONI, M., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, 2012, 30.

⁴⁸ ORTOLANI, P., *L'individuazione e l'applicazione delle norme di merito nell'arbitrato internazionale*, in "Rivista dell'arbitrato", Anno XXIII, Fasc. 3 – 2013.

In queste circostanze, gli arbitri sarebbero autorizzati a disapplicare la legge nazionale se tale è la volontà delle parti, o in assenza di una scelta precisa sulla legge altrimenti applicabile (si vedano, ad esempio, l'art. 33 UNCITRAL Rules on International Commercial Arbitration o l'art. 28 UNCITRAL Model Law on Arbitration).

Alcuni sistemi giuridici europei hanno di recente introdotto la possibilità per l'arbitro di individuare direttamente la legge applicabile alla controversia senza il preventivo ricorso al diritto privato internazionale. □ questo il caso dell'art. 1496 del nuovo Codice di Procedura Civile francese, o dell'art. 1054 del Dutch Arbitration Act.

Si può dunque affermare che l'esistenza della *lex mercatoria* è ben supportata dall'istituto dell'arbitrato commerciale internazionale, il quale fonda le sue radici sostanzialmente nell'autonomia contrattuale e⁴⁹ nel principio di buona fede.

Negli ultimi anni, si è parlato infine di nuove fonti di *lex mercatoria*, che segnerebbero una nuova era del diritto commerciale consuetudinario.

In questa sede vale la pena ricordare i cosiddetti *UPICC* (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts).

Si tratta di una codificazione di principi contrattuali largamente accettati in ambito internazionale realizzata dall' International Institute for the Unification of Private law, un'organizzazione intergovernativa che si preoccupa di armonizzare il diritto privato internazionale⁵⁰ e che ad oggi conta ben 63 stati membri.

⁴⁹ DASSER, F., *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, Zurich, 1989; GOLDSTAJN, A., *Festschrift für Clive M. Schmitthoff*, Frankfurt, 1973.

⁵⁰ Si veda "The Preamble of the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts", Roma, 1994.

In particolare, riguardo tali *Principles*, è stato sostenuto che «*in view of the fact that the Principles represent a system of rules intended to enunciate principles which are common to the existing national legal system and best adapted to the special requirements of international commercial contracts, they could be considered as a sort of modern “ius commune” or what is commonly called “lex mercatoria”*»⁵¹.

L'importanza di tali principi con riferimento alla *lex mercatoria* trova conferma nelle numerose occasioni in cui essi sono stati riconosciuti dalle varie giurisdizioni nazionali. Tra tutti, merita particolare attenzione il caso *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubiv Defense System Inc.*, United States District Court, S.D. California, del 7 dicembre 1998, dove è stato sostenuto che l'applicazione degli UNIDROIT Principles in un precedente lodo arbitrale come fonte dei principi generali del commercio internazionale senza autorizzazione delle parti non costituisce, di per sé, violazione dell'art. V(1)(c) della Convenzione di New York del 1958.

Nonostante il dibattito tra sostenitori⁵² ed oppositori⁵³ della *lex mercatoria* sia lontano dal concludersi, il giurista moderno deve ormai prendere atto dell'esistenza oggettiva

⁵¹ BONELL, M.J., *40 Am.J.Comp.L.*, 1992, 629.

⁵² CREMADES, PLEHN, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, Boston, 1984; DERAIS, *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales*, in “Rev. Arb.”, 1973; OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, 1992; SALVATORI, *La nuova lex mercatoria*, in “Contr. impr./Eur.”, 1996.

⁵³ HIGHET, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, in *63 Tulane L. Rev.*, 1989; BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano 1991; GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in “Dir. Comm.”, int., 1992.

di questo fenomeno⁵⁴, cercare di analizzarne i contenuti e utilizzare in maniera strategica le sue effettive potenzialità.

2.4. L'organizzazione Mondiale del Commercio (WTO): cenni

L'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) rappresenta attualmente il più importante foro negoziale per le relazioni commerciali multilaterali a livello internazionale, in ambiti che si estendono non solo al commercio di beni ma anche ai servizi e agli aspetti commerciali della proprietà intellettuale.

Benché la sua incubazione sia durata più di mezzo secolo, il WTO nasce soltanto il primo gennaio 1995, come successore del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) istituito nel 1948.

Attualmente, l'Organizzazione è composta da 157 Stati membri, che contano più del 97% del commercio mondiale, mentre altri 26 Paesi stanno negoziando l'adesione.

Secondo l'atto istitutivo, l'Organizzazione fornisce un quadro istituzionale comune per i negoziati commerciali tra i suoi membri, al fine di permettere a questi ultimi di condurre le proprie relazioni commerciali con l'obiettivo di accrescere il tenore di vita dei propri cittadini, assicurare la piena occupazione e un volume crescente di reddito, espandere il commercio di beni e servizi salvaguardando un uso ottimale

⁵⁴ BORTOLOTTI, F., *Diritto dei contratti internazionali*, Torino, 2009, 42.

delle risorse mondiali compatibile con la tutela dell'ambiente. Esso riconosce inoltre la necessità di garantire che i paesi in via di sviluppo si assicurino una quota nella crescita del commercio internazionale commisurata alle proprie esigenze di sviluppo economico⁵⁵.

L'obiettivo principale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio è quello di assicurare un certo equilibrio economico attraverso un sistema multilaterale basato sul consenso degli stati membri che hanno ratificato e fatto proprie le regole dell'Organizzazione.

Ciò significa che tali regole diventano parte del sistema giuridico nazionale del paese che ha aderito all'Organizzazione.

Il WTO si propone inoltre di divenire centro di negoziazione delle diverse esigenze dei Paesi membri e, soprattutto, di definire procedure neutrali di risoluzione delle controversie.

Nonostante gli *agreements* vengano negoziati e firmati dai governi degli Stati membri, l'interesse dell'Organizzazione è quello di giungere fino ai singoli attori dello scenario commerciale internazionale, aiutandoli a condurre il proprio business in maniera strategica e produttiva⁵⁶.

⁵⁵ STOLL, P.T., SCHORKOPF, F., *World Economic Order, World Trade law*, Leiden, 2006.

⁵⁶ DE BURCA, G., SCOTT, J., *The EU and the WTO*, Oxford, 2001.

3. Le principali forme di cooperazione tra imprese: istituti di diritto italiano ed internazionale

Il problema della definizione da parte delle singole legislazioni nazionali delle forme di cooperazione tra imprese risiede nel fatto che esse si preoccupano della prospettiva interna del fenomeno, inteso entro i confini nazionali, senza tener conto della prassi internazionale in materia.

Da ciò deriva la necessità, di cui si è ampiamente discusso, di individuare una qualificazione giuridica che prescindenda dagli accordi internazionali e che fondi le sue radici ideologiche nel sistema della *lex mercatoria*.

La classificazione di Mercandal e Janin definisce come oggetto dei contratti di cooperazione la realizzazione di azioni concertate⁵⁷.

Tali azioni concertate possono avere alla base intenti comuni che portano gli operatori economici a condividere le proprie forze, in maniera occasionale o stabile, attraverso alleanze ed accordi.

Nelle ipotesi più significative, tale cooperazione può essere realizzata mediante il coordinamento o l'integrazione, più o meno significativa, delle rispettive strutture organizzative, o addirittura mediante la costituzione di organizzazioni comuni, dotate o meno di una propria personalità giuridica⁵⁸.

⁵⁷ BELLODI, L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, Torino, 1989.

⁵⁸ CELENTANO, P., *La Cooperazione tra Imprese*.

In quest'ottica si collocano, tra gli altri, istituti tipici del diritto italiano, come i *consorzi* e le *associazioni temporanee di imprese*, e fenomeni internazionali quali il *gruppo europeo di interesse economico*, la *società europea* e le *joint-ventures*.

3.1. Il Consorzio

«Con il contratto di consorzio più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese» (art. 2602, come modificato dalla l. 10 maggio 1976, n. 377).

Con questa norma il nostro Codice Civile definisce l'istituto del consorzio, i cui elementi caratteristici sono: 1) la natura contrattuale dell'accordo; 2) la partecipazione di più imprenditori; 3) la creazione di un'organizzazione comune.

Appare evidente come la collaborazione tra imprenditori sia l'elemento portante di tale schema associativo.

Gli obbiettivi perseguibili tramite un'organizzazione commerciale di questo tipo (cd. causa consortile) sono molteplici, ma è lo stesso Codice Civile a suggerirne almeno due.

Innanzitutto, un consorzio può essere istituito al fine prevalente o esclusivo di disciplinare la concorrenza, *rectius* di limitare la reciproca concorrenza sul mercato tra imprenditori che svolgono la stessa attività o attività similari⁵⁹.

Si parla in questo caso di *consorzio con funzione anticoncorrenziale*, come caso particolare dei più generali patti limitativi della concorrenza previsti e disciplinati dall'art. 2596, dai quali si distingue per la costituzione di un'organizzazione comune.

Il fine del consorzio può anche essere però diverso: vi si può ricorrere quale mezzo di cooperazione interaziendale «*per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese*».

In tal caso, si parlerà di *consorzio di coordinamento o di cooperazione interaziendale*, spesso utilizzato per ridurre i costi di gestione delle singole imprese consorziate, generalmente di piccole o medie dimensioni.

La nuova definizione ex art. 2602, co. 1, c.c., ha permesso di superare alcune incertezze⁶⁰ di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che sosteneva che la norma si riferisse soltanto a quegli accordi tra imprenditori focalizzati sulla restrizione della reciproca concorrenza, lasciando ricadere tutte le altre forme di cooperazione nell'ambito delle associazioni non riconosciute.

⁵⁹ CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, Torino, 2011, 265.

⁶⁰ In giurisprudenza, per il riconoscimento della portata innovativa del profilo funzionale dei consorzi della legge n. 377 del 1976, v. Cass., 18 marzo 1995, n. 3163, in "Giur. it.", 1995, I, 1, 1800, in "Dir. fall.", 1995, II, 997, in "Riv. dir. ind.", 1997, II, 161, con nota di D'URSO, ed in "Soc.", 1995, 1423, con nota di SARALE, secondo la quale: «*Dopo la modifica dell'art. 2602 c.c., introdotta con legge n. 377 del 1976 e dopo l'entrata in vigore della legge n. 240 del 1981, la causa del contratto di consorzio non è più limitata alla disciplina della concorrenza tra imprenditori esercenti una medesima attività economica o attività economiche connesse, ma ha un ambito più vasto, grazie al quale tale contratto si rivela concepito quale strumento di collaborazione generale tra imprese diverse, volto a realizzare le più razionali ed opportune sinergie*».

Tale interpretazione era giustificata dalla collocazione dell'originario articolo⁶¹ nel titolo dedicato alla *disciplina della concorrenza e dei consorzi* e del riferimento testuale alla *disciplina delle attività economiche connesse*⁶².

Oggi è indubbio che un consorzio possa essere costituito innanzitutto al fine di disciplinare la concorrenza, ed inoltre per realizzare esigenze di tipo mutualistico.

Data la diversità tra i due diversi profili funzionali, i consorzi anticoncorrenziali ed i consorzi di coordinamento sollevano problemi del tutto differenti quando ne viene valutata l'incidenza sulla struttura concorrenziale del mercato.

Determinando alterazioni più o meno rilevanti e più o meno durature del gioco della concorrenza, i consorzi del primo tipo andranno stimati e vagliati alla luce della disciplina antitrust comunitaria e nazionale.

Appare evidente, infatti, che il solo fatto di essere tali consorzi previsti dal Codice Civile non implica l'automatica esenzione dell'applicazione della disciplina antimonopolistica, e dunque dell'art. 2 della l. 10 ottobre 1990, n.287 o dell'art. 101 del TFUE qualora il consorzio nasconda un'intesa vietata ai sensi delle suddette norme⁶³.

Sollecitano interpretazioni diverse, invece, i consorzi di coordinamento, i quali, contribuendo ad incrementare la competitività delle imprese, sono generalmente visti con favore ed inoltre agevolati dal legislatore tramite benefici tributari e creditizi⁶⁴.

⁶¹ Il quale definiva i consorzi come «*contratti fra più imprenditori, esercenti una medesima attività economica o attività economiche connesse, i quali hanno per oggetto la disciplina delle attività stesse, mediante una organizzazione comune*».

⁶² CELENTANO, P., *La Cooperazione tra Imprese*.

⁶³ PATRONI GRIFFI, *Le forme di integrazione fra imprese*, in *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1997.

⁶⁴ Si vedano, ad esempio, gli artt. 17 e ss. della l. 5 ottobre 1991, n. 317 e la legge n. 240 del 1981.

Il Codice Civile, tuttavia, disciplina in modo tendenzialmente uniforme i consorzi anticoncorrenziali ed i consorzi di coordinamento, mentre pone l'accento su un'ulteriore distinzione tipologica tra consorzi con *(sola) attività interna* e consorzi destinati a svolgere *(anche) attività esterna*.

Questa ultima struttura è quella più utilizzata per i consorzi a scopo mutualistico, mentre i consorzi anticoncorrenziali possono generalmente assumere entrambe le forme.

Il contratto di consorzio deve essere stipulato per iscritto a pena di nullità, ai sensi dell'art. 2603, 1° comma, c.c., e le parti contraenti devono necessariamente essere imprenditori (pur non mancando deroghe che espressamente consentono la partecipazione a determinati consorzi di enti pubblici e di enti privati di ricerca).

L'art. 2603 c.c. si preoccupa poi di stabilire una serie di elementi che il contratto deve imprescindibilmente contenere, quali l'oggetto, gli obblighi assunti dai consorziati, eventuali contributi da essi dovuti e le quote dei singoli consorziati qualora il contratto sia di coordinamento.

La durata dell'accordo può essere liberamente fissata dalle parti, in caso contrario si intende valido per dieci anni⁶⁵ (art. 2604).

La fondamentale differenza nella disciplina che regola le due forme contrattuali riguarda la necessità, per il consorzio che andrà a svolgere attività esterna, di istituire un ufficio precipuamente adibito a tali rapporti (art. 2612, co. 1, c.c.).

⁶⁵ Si ritiene applicabile il medesimo limite temporale qualora il contratto stabilisca espressamente che il consorzio abbia durata indeterminata (in tal senso, MARASÀ, *Prime valutazioni sulla nuova normativa in tema di consorzi*, in "Riv. dir. civ.", 1977, II, 524).

Vigono inoltre norme specifiche riguardanti la pubblicità legale, la rappresentanza, ed i fondi consortili, giustificate dal carattere tipicamente imprenditoriale dell'attività di tali consorzi⁶⁶.

3.2. Le associazioni temporanee di imprese

Le associazioni temporanee di imprese (conosciute anche come raggruppamenti temporanei di imprese o riunioni temporanee di imprese) altro non sono che la versione nostrana dell'esperienza prima anglosassone e poi internazionale delle joint ventures.

Tali associazioni rappresentano un ottimo strumento di temporanea ed occasionale cooperazione tra più imprenditori per la realizzazione congiunta di un'opera o di un affare complesso, senza la costituzione di un'organizzazione comune⁶⁷.

Generalmente vi si ricorre per partecipare a quei progetti che esulano dalla capacità operativa della singola impresa, come grandi opere pubbliche o private, ma che al tempo stesso richiedono prestazioni individuali e specialistiche.

Le esigenze che un'associazione temporanea si trova a soddisfare mal si concilierebbero con una diversa forma di collaborazione, che, oltretutto, richiederebbe spese che potrebbero risultare in futuro del tutto inutili. Esempio è su

⁶⁶ CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, Torino, 2011, 272.

⁶⁷ Sui vantaggi e gli svantaggi che una tale scelta comporta rispetto alla costituzione di una società o un consorzio si veda, BONVICINI, *Le joint ventures. Tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977.

questo punto la spiegazione del Campobasso: *«se le imprese partecipano ad una gara di appalto attraverso una società o un consorzio, saranno tali organismi a risultare, giuridicamente, aggiudicatari dell'appalto e non le singole imprese che intendono cooperare nell'esecuzione dell'opera (...) ma molto spesso sono proprio queste conseguenze che le imprese interessate vogliono evitare in quanto eccedenti allo scopo perseguito⁶⁸»*.

In altre parole, le imprese in questi casi vogliono sì cooperare all'esecuzione dell'opera, ma al tempo stesso intendono mantenere inalterata la propria autonomia funzionale.

Il fenomeno delle associazioni temporanee appare quindi tanto originale quanto difficile da ricondurre ad alcuno dei contratti tipici, nonostante diversi siano stati gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza⁶⁹.

Nondimeno, il nostro legislatore non ha dato a tale fenomeno una disciplina unitaria, limitandosi a regolare soltanto alcune forme tipiche di cooperazione temporanea in relazione a determinati settori economici.

⁶⁸ CAMPOBASSO, G., *Diritto Commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2011, 287.

⁶⁹ MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, in *Trattato di diritto privato*, vol.17, Torino, 1995; PATRONI GRIFFI, *Le forme di integrazione fra imprese*, in *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1997; nonché Cass., 24 febbraio 1975, n.681, in "Giur. Comm.", 1976, II, 780, *«nell'ambito della possibilità, riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c. di concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, è consentita la conclusione di un negozio innominato di natura associativa, distinto dal contratto di società, con il quale le parti si associano per la gestione in comune di un contratto di appalto per l'esecuzione di un'opera pubblica stipulato in nome e per conto proprio da uno dei contraenti, sulla base di un vincolo giuridico limitato ai rapporti interni fra i contraenti stessi e non esteriorizzato nei confronti dei terzi e senza costituire un'impresa autonoma dotata di un proprio patrimonio distinta da quelle dei singoli associati»*.

□ questo il caso del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, meglio noto come Codice degli appalti pubblici, che disciplina le associazioni temporanee di imprese per la partecipazione agli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Una distinzione fondamentale è quella tracciata tra *raggruppamenti orizzontali*, caratterizzati dall'esecuzione di opere non scorporabili poiché affidate ad imprese con specializzazione omogenea, e *raggruppamenti verticali*, caratterizzati dall'esecuzione di opere con parti scorporabili, ossia imprese specializzate in settori tecnologici diversi.

Tale differenziazione riflette un diverso regime di responsabilità nei confronti dell'ente committente: nel primo caso, tutte le imprese rispondono solidalmente per l'intera opera; nel secondo caso, unica responsabile sarà la capogruppo.

Appare evidente, quindi, come le riunioni temporanee di imprese si allontanino sia dalla fattispecie delle società, sia da quella dei consorzi e del GEIE, in quanto esse non danno vita ad un soggetto giuridico distinto dalle imprese riunite, ma vanno piuttosto considerate come una particolare manifestazione del più ampio fenomeno della cooperazione meramente contrattuale tra imprese concorrenti.

3.3. Il Gruppo Europeo di Interesse Economico (GEIE)

Il Gruppo Europeo di Interesse Economico (in inglese EEIG, European Economic Interest Group, ed in francese GEIE, Groupement Européen d'Intérêt Economique) è un nuovo istituto elaborato dall'Unione Europea per favorire la cooperazione tra operatori economici⁷⁰ aventi sede legale in differenti Stati membri e superare le difficoltà derivanti dalla diversità delle singole legislazioni nazionali.

Il legislatore europeo ne ha dettato le linee generali con il Regolamento 25 luglio 1985, n. 2137, direttamente applicabile in tutti gli Stati membri, accompagnato da un programma integrativo in favore delle SMEs (Small and Medium Enterprises).

Per quanto riguarda l'Italia, la disciplina integrativa è contenuta nel d.lgs. 23 luglio 1991, n.240, che tuttavia tace con riguardo all'eventualità in cui l'autonomia privata non colmi l'ampio spazio lasciatole.

Tale lacuna, così come le eventuali altre, vengono generalmente risolte ricorrendo alla disciplina dei consorzi, alla quale il legislatore italiano si è ispirato per redigere le norme integrative.

La creazione di un GEIE dà vita un soggetto giuridico indipendente, il cui scopo è quello di facilitare e promuovere l'attività economica dei suoi membri, raggiungere o migliorare i risultati di tale attività, ed in particolare facilitare le operazioni per le SMEs interessate a partecipare a progetti su base europea.

⁷⁰ Non soltanto, quindi, tra imprenditori, ma anche, come è espressamente previsto, tra liberi professionisti, benché non possa essere utilizzato per l'esercizio in forma associata delle libere professioni. CAMPOBASSO, G., *Diritto Commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 1993.

In particolare, il Gruppo «*non ha lo scopo di realizzare profitti per sé stesso*» (art. 3, reg.) ed in ciò si differenzia dalle società, avvicinandosi, piuttosto, ai consorzi.

Sia la struttura che la funzione del GEIE, infatti, ricalcano in parte quelle dei consorzi di cooperazione con attività esterna dai quali, però, esso si distingue per la maggior ampiezza dei suoi potenziali membri e per due sue caratteristiche essenziali: la transnazionalità e l'ausiliarità.

Coerentemente con tale carattere ausiliare del GEIE, l'art. 3 del Regolamento pone una serie di divieti all'attività del Gruppo: nello specifico, ad esso è fatto divieto di controllare o dirigere l'attività dei suoi membri, nonché di essere membro di un altro GEIE⁷¹.

La flessibilità del corpo giuridico GEIE permette ai suoi membri di rispondere immediatamente ad eventuali cambiamenti delle condizioni di cooperazione.

Ovviamente, è necessario che almeno due membri esercitino la loro attività economica e/o abbiano l'amministrazione centrale in Stati diversi dell'Unione.

Ai sensi dell'art. 1, 2° comma, reg., il Gruppo ha «*la capacità, a proprio nome, di essere titolare di diritti ed obblighi di qualsiasi natura, di stipulare contratti o di compiere altri atti giuridici*» oltre ad essere dotato di capacità processuale.

Pertanto, esso costituisce un autonomo centro di imputazione giuridica, distinto dai suoi membri.

Tuttavia, il Regolamento lascia all'autonomia degli Stati membri la facoltà di stabilire se al gruppo è riconosciuta o meno personalità giuridica. Il legislatore italiano non si è però espresso su tale delicato e fondamentale punto, dunque si ritiene che, al pari

⁷¹ MONGIELLO, A., *Il gruppo europeo di interesse economico*, Padova, 1994.

dei consorzi con attività esterna, il GEIE non abbia nel nostro ordinamento personalità giuridica⁷².

Il contratto che costituisce il Gruppo deve essere redatto per iscritto a pena di nullità (art. 2 d.lgs. 240/1991) e deve contenere alcuni elementi essenziali quali: la denominazione del gruppo, accompagnata o preceduta dall'indicazione "Gruppo Europeo di Interesse Economico"⁷³; la sede, da individuarsi all'interno dell'Unione; l'oggetto del gruppo; il nome dei membri; la durata, se il gruppo non è costituito a tempo indeterminato.

Anche in questo caso, come per i consorzi con attività esterna, sono previste forme di pubblicità legale: è infatti attribuita efficacia costitutiva (artt. 1 e 6 reg.) all'iscrizione del contratto nel registro delle imprese nella cui circoscrizione si trova la sede del gruppo.

Per quanto concerne, infine, le cause di nullità del contratto, il regolamento rimanda alle legislazioni nazionali integrative, ma stante il silenzio della nostra legge troveranno applicazione le cause di nullità ricavabili dai principi generali in materia di enti di natura associativa⁷⁴.

Nonostante l'elasticità della struttura e la molteplicità degli scopi perseguibili, il GEIE ha avuto una diffusione assai scarsa in Italia, diversamente da altri Paesi

⁷² CAMPOBASSO, G., *Diritto Commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2011, 281.

⁷³ La Corte di giustizia delle Comunità europee, con sentenza 18 dicembre 1997, n. 696J0402, ha precisato che il legislatore nazionale può liberamente disciplinare il contenuto della denominazione del gruppo, purché questa contenga o sia seguita dall'espressione «gruppo europeo di interesse economico» o dalla sigla «GEIE».

⁷⁴ CELENTANO, P., *La Cooperazione tra Imprese*.

dell'Unione, ma continua ad essere un valido strumento di rafforzamento del mercato unico⁷⁵.

3.4. La società europea

Nel lontano 1965 alla Commissione europea fu chiesto di studiare la possibilità di un modello unico di Società europea in conformità con i principi fondamentali espressi nell' allora Trattato istitutivo della CE: libertà di stabilimento, libera circolazione dei capitali, reciproco riconoscimento delle società, mantenimento della personalità giuridica anche in caso di trasferimento da un Paese all'altro, possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali differenti.

Dopo circa trenta anni dalla presentazione del primo progetto sulla Società Europea, il Consiglio dell'Unione Europea, l'8 ottobre 2001, ha adottato il Regolamento n. 2157/2001/CE ("Regolamento SE"), relativo allo statuto della società, e la Direttiva 2001/86/CE, che completa lo statuto per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori.

Le ragioni di un iter così lungo sono varie e complesse e dovute fondamentalmente alle innumerevoli differenze legislative esistenti tra i diversi Stati membri.

⁷⁵ CORAPI, D., *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, 1991.

Il Regolamento SE è entrato in vigore l'8 ottobre 2004, ed entro la stessa data gli stati membri avrebbero dovuto recepire le disposizioni della Direttiva.

Uno statuto introdotto da un Regolamento manifesta l'ambiziosa aspirazione ad una legislazione uniforme, tuttavia la scelta di tale strumento risponde fundamentalmente a ragioni di tipo opportunistico: nel momento in cui presero avvio i lavori della Commissione, infatti, la materia societaria non era armonizzata quanto lo è attualmente.

D'altra parte, la presenza di una Direttiva in materia di coinvolgimento dei lavoratori non intende proporre un modello unitario di partecipazione dei lavoratori alle decisioni societarie, quanto piuttosto garantire che la costituzione di una SE non comporti la scomparsa o la riduzione di quelle forme di partecipazione dei lavoratori già esistenti nelle società partecipanti.

Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento SE *«Nel territorio della Comunità possono essere costituite società in forma di società per azioni europea, nell'osservanza delle condizioni e modalità previste dal presente regolamento»*. Questa norma ha un chiaro carattere definitorio: la Società europea è una società per azioni⁷⁶.

In particolare, essa si caratterizza per il fatto di operare in più Paesi dell'Unione con regole parzialmente diverse ed autonome da quelle previste dalle singole legislazioni nazionali in materia di s.p.a..

Gli obiettivi ai quali questo nuovo istituto risponde fondano le loro ragioni nell'urgenza della Commissione di introdurre uno strumento che potesse dare un ulteriore impulso al processo di completamento del mercato unico ed al tempo stesso

⁷⁶ CORAPI, D., PERNAZZA, F., *La Società europea*, Torino, 2011.

che consentisse alle imprese la cui attività non è limitata al soddisfacimento di esigenze puramente locali, di riorganizzare la propria attività su scala comunitaria⁷⁷.

In questo modo, tali imprese possono procedere ad operazioni di concentrazione e fusione con altre imprese di Stati diversi senza essere obbligate a scegliere una specifica forma di società disciplinata da una particolare legislazione nazionale, superando così le ambiguità recate dalle difficoltà fraposte ai processi di aggregazione.

Peculiare è il sistema delle fonti a disciplina della SE⁷⁸. Ai sensi dell'art. 9, la Società europea è disciplinata dalle disposizioni del Regolamento e, ove espressamente previsto, dalle disposizioni del proprio statuto.

Dunque, per le materie non disciplinate dal Regolamento, si applicheranno alla SE:

- i. le disposizioni di legge adottate dagli Stati membri (in conformità alle direttive comunitarie sulle società per azioni) in applicazione di misure comunitarie concernenti specificamente la SE;
- ii. le disposizioni di legge degli Stati membri che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale;
- iii. le disposizioni dello statuto della SE, alle stesse condizioni previste per una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale.

⁷⁷ PEDERZINI, E., *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, 2011.

⁷⁸ CAPRIGLIONE, F., *La nuova disciplina della società europea*, Padova, 2008.

A chiusura, il legislatore comunitario dispone *«fatte salve le disposizioni del presente regolamento, una SE è trattata in ciascuno Stato membro come una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale»*.

Infine, brevemente, per quanto riguarda le procedure di costituzione della SE, il Regolamento prevede che la società si possa costituire:

- a) tramite fusione,
 - b) attraverso la creazione di una holding,
 - c) tramite la creazione di una filiale comune,
 - d) per trasformazione di una SPA già esistente.
- poi rilasciato all'autonomia statutaria la scelta del modello di governance tra sistema monistico e sistema dualistico.

La società europea ha riscosso senza dubbio un notevole successo, ma l'indagine sul futuro di tale istituto dovrà analizzare in modo critico il fenomeno ad esso sotteso, vale a dire quello dell'armonizzazione di un mercato globale, o, quantomeno, comunitario. Per far ciò, non si potrà prescindere da un'analisi degli effetti dell'innovazione normativa con cui tale modello societario è stato introdotto⁷⁹.

⁷⁹ MANZELLA, *La nuova coesione europea tra processo di Lisbona e allargamento*, in "Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario", 2006, fasc. 3-4.

3.5. *La Joint venture*

Con l'espressione, di origine anglosassone, *joint venture* si suole far riferimento a quel complesso insieme di accordi negoziali volti a realizzare una forma di integrazione più o meno duratura e più o meno marcata tra imprese.

L'elemento caratterizzante tale insieme risiede nella creazione, appunto, di una "impresa comune", mentre gli strumenti giuridici per giungere a tale risultato possono variare notevolmente: si spazia da contratti di collaborazione assimilabili alle associazioni temporanee di imprese (ricducibili alla sottospecie delle *contractual joint venture*), a legami ben più definitivi e stabili, caratterizzati dalla costituzione di una società a controllo congiunto (le cosiddette *corporated joint venture*)⁸⁰.

Il fulcro economico dell'accordo di joint venture è rappresentato dunque dall'intento di instaurare una collaborazione, sia essa tra imprese poste allo stesso livello del ciclo produttivo, come forma di integrazione orizzontale, sia tra imprese non omogenee, per la realizzazione di un progetto comune come forma di interazione verticale.

La scelta di quale modello organizzativo adottare dipenderà nella pratica dalle concrete esigenze delle imprese interessate.

Certamente, nella prospettiva della cooperazione transnazionale tra imprese, la joint venture rappresenta un valido strumento giuridico per la realizzazione di un progetto comune che richiede una gestione degli affari particolarmente complessa e eccessivamente onerosa per il singolo imprenditore.

⁸⁰ CATERINO, D., *La Joint Venture*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, PATRONI GRIFFI, U., Milano, 2012.

Non essendoci un trattamento giuridico uniforme, la disciplina delle joint venture muta in relazione allo specifico contenuto dell'accordo, che può essere dei più vari.

Proprio la versatilità di tale strumento negoziale è garanzia di adattabilità alle diverse esigenze di un mercato in continua espansione ed evoluzione, ed al tempo stesso è uno dei principali motivi del suo successo.

Nei capitoli che seguono verranno analizzate nello specifico le diverse tipologie di joint ventures, i profili funzionali e strutturali e, in particolare, l'impatto di tali accordi sulla normativa antitrust.

CAPITOLO SECONDO

JOINT VENTURE AGREEMENTS

1. Gli accordi di joint venture

Come è stato anticipato nel capitolo precedente, l'impiego del contratto di joint venture si è largamente diffuso nel paradigma commerciale internazionale.

Nella sua più elementare espressione, la joint venture è uno strumento che consente a più imprese di cooperare alla realizzazione di un affare comune, ma al tempo stesso di limitare singoli rapporti e responsabilità e di mantenere la propria autonomia giuridica ed economica.

I *co-venturers* o *partners* condividono quindi cognizioni tecniche specialistiche e notevoli capitali per il raggiungimento di obiettivi anche molto diversi tra loro, che possono avere distinta natura⁸¹:

- industriale (realizzazione di opere civili e/o impianti di produzione di particolare complessità tecnica e di particolare impegno economico),

⁸¹ TUPPONI, M., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, 2012, p.106.

- commerciale (penetrazione, ad esempio, di nuovi mercati esteri),
- finanziaria (collocazione di emissioni obbligazionarie od azionarie).

Appare dunque evidente come l'etichetta di joint venture sia stata apposta a negozi di vario genere, con riferimento a diverse situazioni in cui l'elemento comune è rappresentato dalla cooperazione tra imprese, spesso di nazionalità diversa.

Le origini della joint venture risalgono alle *unincorporated joint stock companies*, un tipo di società utilizzato dai *merchant venturers* inglesi per il commercio oltremare.

I successivi sviluppi, soprattutto dalla seconda metà del XIX secolo, si devono alla prassi e alla giurisprudenza statunitensi⁸², che distinsero tale forma di accordo dalla partnership rispetto alla quale si differenzia in relazione alla «peculiarità dell'oggetto da perseguire con la “venture” in comune e alla natura dei partecipanti all'accordo, non persone fisiche ma corporation⁸³».

In ambito europeo, potrebbero richiamarsi, per somiglianza a tale istituto, la figura di diritto francese “*groupement d'intérêt économique*”, quella di diritto belga “*association en participation*” e la “*association momentanée*” lussemburghese.

Nel contesto italiano non vi è una fattispecie cui fare riferimento per la regolamentazione dei rapporti, se non riconducendola, per analogia, a fattispecie giuridiche simili⁸⁴.

Particolare rilevanza assume, nel delineare i caratteri di tale forma di collaborazione, il contesto economico, politico e giuridico in cui si svolge l'operazione.

⁸² ABRIANI, N., *Diritto Commerciale*, 2011, p. 504.

⁸³ SCHILLACI, C.E., *Profili economico-aziendali della formula joint venture*, 1988, p.15.

⁸⁴ PROPERSI, A., *Le joint venture*, 1992, pp. 46 e ss.

Nei paesi in via di sviluppo, ad esempio, spesso le joint venture vengono utilizzate come forma di investimento da parte di operatori stranieri per superare le difficili interpretazioni delle leggi locali⁸⁵. In questi casi, esse consentono infatti di acquisire conoscenze ed esperienze di mercati e di Paesi generalmente complessi, senza sostenerne interamente il rischio, come invece avverrebbe se venissero costituite società *subsidiaries* interamente controllate.

D'altra parte, invece, nei Paesi ad economia avanzata, le imprese impiegano questi tipi di accordi per assumere la fisionomia di una multinazionale senza dover costituire giuridicamente filiali estere o società-figlie.

Volendo discernere tra le diverse categorie di *agreements* relativamente alle condizioni politiche del Paese in cui è localizzato l'affare si potrebbe parlare di joint venture *a carattere volontario* e joint venture *necessarie*: mentre le prime sono concluse in ambienti che lasciano ampio spazio all'autonomia privata, le seconde rappresentano l'unica alternativa utilizzabile da investitori stranieri che intendono operare in quel determinato Paese.

Ancora, in base all'oggetto dell'accordo, si distinguono joint venture *strumentali*, per stipulare ed eseguire un contratto con un terzo soggetto (si pensi all'aggiudicazione di una gara d'appalto), e joint venture *operative*, per eseguire contratti preventivamente stipulati o concessioni già acquisite.

Dal punto di vista dei partecipanti si parla di joint venture di primo e di secondo grado, dove per primo grado si intendono quelle costituite tra più imprese che partecipano individualmente, mentre per secondo grado quelle costituite tra

⁸⁵ CAMPBELL, D., MEEK S., CHU, W., *International Joint Ventures, Mergers and Acquisition*, 2000.

raggruppamenti di imprese. Tale seconda tipologia viene molto spesso adoperata in particolare dalle piccole e medie imprese per raggiungere la soglia dimensionale necessaria ad accedere a tali iniziative.

Altro elemento caratterizzante è l'apporto di denaro (*equity capital joint ventures*) piuttosto che quello di risorse tecnologiche, know-how e capacità organizzative (*non-equity joint ventures*). Molto spesso, tuttavia, si ricorre ad investimenti di tipo misto, nei quali vi è una destinazione congiunta di risorse *equity-non equity*.

Infine, la distinzione forse più rilevante è quella tra *equity* e *contractual joint venture* (joint venture societaria e joint venture contrattuale).

Nel primo caso, i contraenti affidano alla società da loro costituita il compito di realizzare l'obiettivo comune; nel secondo caso le parti coordinano mediante un canale contrattuale le loro attività senza dar vita ad un nuovo soggetto giuridico.

Stante l'importanza di tale distinzione, queste due forme di agreement verranno analizzate separatamente.

1.1. L'analisi preliminare: ricerca del partner

La piena comprensione dell'istituto in questione non può prescindere dalla considerazione di almeno due punti critici⁸⁶ per la conclusione e l'attuazione dell'accordo: la scelta dei partner, tra i quali è essenziale che vi sia comunanza di

⁸⁶ ABRIANI, N., *Diritto Commerciale*, 2011.

vision e reciproca fiducia, e la definizione delle modalità di partecipazione degli stessi alla gestione della joint venture e dei suoi risultati.

Una collaborazione duratura, basata su stima e fiducia reciproca, richiede che vengano effettuate le opportune indagini di ricerca e selezione, sulla base degli obiettivi delle imprese e dei governi coinvolti.

La principale debolezza delle JV, infatti, è legata alle difficoltà in cui possono incorrere i partner nei reciproci rapporti e che possono portare, come spesso accade, ad una rapida risoluzione dell'*agreement*.

In altre parole, «il “tallone d'Achille” delle JV è la loro fragilità che ne determina una cronica mancanza di longevità, spesso accompagnata da performance non soddisfacenti»⁸⁷.

Ogni partner, pertanto, dovrebbe innanzitutto valutare la compatibilità degli obiettivi della controparte con i propri, tenendo presente, in ogni caso, che compatibilità non è sinonimo di identità.

Il Professor Williamson, Premio Nobel per l'economia nel 2009, ritiene addirittura fondamentale la convergenza di obiettivi per la sopravvivenza della joint venture nel lungo periodo⁸⁸.

Ovviamente, la miglior situazione ipotizzabile è quella in cui vi è convergenza di motivi strategici e divergenza di motivi competitivi.

⁸⁷ FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, 2012.

⁸⁸ WILLIAMSON, O.E., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, 1991.

A giocare un ruolo chiave nella ricerca del partner è inoltre, come è facilmente intuibile, la complementarità delle risorse.

Spesso infatti, i *co-venturers* identificano nella joint venture lo strumento per colmare capacità di cui sono carenti ma che risultano essenziali per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Le risorse complementari permettono in questo modo di sfruttare maggiori sinergie operative e finanziarie, ridurre i costi di coordinamento e stimolare lo scambio di informazioni.

Il concetto di complementarità si esprime con l'idea che «all' aumentare delle diversità tra le risorse e competenze dei partner aumenti il valore di un'unione di portafogli di risorse e competenze⁸⁹».

Nei rapporti di cooperazione tra imprese la nozione di complementarità è stata oggetto di studi di *strategic management*, nei quali il concetto è stato strumentalizzato in termini di diversità degli attributi apportati dai partner nel rapporto di collaborazione (Harrison, 1999; Hitt, 2000).

La complementarità di risorse diviene imprescindibile quando ciascun partner è capace di colmare le carenze dell'altro, superando quei limiti imposti dai propri e rispettivi punti deboli.

Nel valutare le capacità del partner, Doz e Hamel⁹⁰, due importanti *management experts* americani, insistono sul concetto di unicità, declinandola in tre aspetti:

⁸⁹ MAURI, C., TIMMERMANS, H., ZERBINI F., *La conformazione dei network fedeltà: un'analisi della relazione tra la sovrapposizione delle reti dei partner e l'efficacia dei programmi di fidelizzazione*, in "Mercati e Competitività, Rivista della Società Italiana di Marketing", 2013.

⁹⁰ HAMEL, G., DOZ, Y.L., *Alliance Advantage: The Art of Creating Value Through Partnering*, 1998.

- unicità derivante da *capabilities* non facilmente trasmissibili da un'impresa ad un'altra, pena la perdita del loro valore;
- unicità derivante da *capabilities* impossibili da sostituire, in quanto non accessibili ad altre imprese;
- unicità derivante da *capabilities* impossibili da riprodurre in un tempo ragionevolmente breve.

È poi fondamentale che vi sia una certa adattabilità tra partner, intesa come congruenza strategica e culturale⁹¹.

Vale la pena sottolineare che tali caratteristiche rappresentano una panoramica indicativa⁹²: il processo di selezione del partner, infatti, è molto più complesso e interattivo, colorato dalle diverse sfumature soggettive degli stessi interessati.

Proprio i connotati soggettivi dei diversi partner rendono tipica e non ripetibile, esattamente ed in modo univoco, ogni transazione in altri contesti.

1.2. La negoziazione dell'accordo

Secondo alcuni esperti⁹³, le cause del fallimento di molte joint venture sarebbero insite nel processo di negoziazione e ad avere successo sarebbero non gli accordi bensì le strategie di coalizione.

⁹¹ CHILD, J., FAULKNER, D., *Strategies of Cooperation*, 1998.

⁹² FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, 2012, p. 33.

La fase di negoziazione è tanto importante quanto complessa e ciò per diverse ragioni: i tempi sono sicuramente lunghi, le differenze di tipo socio-culturale, economicamente parlando, tra manager dei diversi partner possono essere piuttosto marcate e molto spesso i costi sono alti, anche semplicemente a causa degli spostamenti che un negoziato implica.

□ dunque fondamentale sia scegliere attentamente chi parteciperà alla negoziazione, sia monitorare costantemente la permanenza della convergenza di interessi.

Entrambe le operazioni comportano costi di transazione non indifferenti.

Negoziare un accordo implica per sua natura che le parti discutano le rispettive posizioni cercando di raggiungere soluzioni di compromesso accettabili per entrambi.

Salvo casi eccezionali, infatti, caratterizzati da rapporti di forza tra le due parti molto sbilanciati, i partner non saranno disposti ad accettare *in toto* le condizioni contrattuali della controparte, e sarà dunque necessario bilanciare gli interessi⁹⁴.

Benché non si possano canonizzare regole di comportamento valide *erga omnes* che sostituiscano il buon senso di chi partecipa alla fase di negoziazione, è possibile enunciare alcuni principi generali seguendo gli insegnamenti del Professor Wilbois⁹⁵.

Wilbois suggerisce innanzitutto di utilizzare la stessa lingua durante tutta la fase di negoziazione, il che potrebbe apparire una precisazione superflua, tuttavia non sono mancati casi in cui le *translations* hanno generato diversi problemi di compatibilità.

Altri suggerimenti riguardano l'aspetto prettamente pratico del procedimento:

⁹³ BELLODI, L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, 1989.

⁹⁴ Per maggiori approfondimenti sul tema dei compromessi del negoziato si veda: BORTOLOTTI, F. *Il contratto internazionale*, 2012.

⁹⁵ WILBOIS, B., *Guida alle joint ventures: libro bianco per i managers europei*, 1986.

- fare spesso il punto sull' andamento delle negoziazioni,
- gestire con cura il "fattore tempo",
- preparare memorie scritte,
- procedere ad un approccio di *problem solving* graduale ma definitivo, per scongiurare la riapertura in futuro di questioni non perfettamente risolte.

Ovviamente, si tratta di indicazioni flessibili ed adattabili alle diverse ed innumerevoli situazioni in cui i partner possono venirsi a trovare.

Ciò non ha impedito, tuttavia, a diversi studiosi, di fare del negoziato addirittura un'arte⁹⁶.

Il discorso cambia quando entra in gioco l'aspetto legale dell'accordo che ha implicazioni ben precise e che non possono essere sottovalutate.

Per questo motivo non è raro che negoziazioni particolarmente lunghe e complesse siano seguite dai legali dell'azienda⁹⁷.

È chiaro poi che, mancando ogni vincolo societario, la formazione di un accordo di *contractual joint venture* è sicuramente più rapida di quella di *equity joint venture*.

Vale la pena sottolineare, ancora una volta, che è comunque impossibile impostare una contrattazione tipo, dal momento che «occorre sempre adeguarla al contesto sociale, economico, culturale e giuridico in cui essa si situa⁹⁸».

⁹⁶ FISHE, R; URY, W., *L'arte del negoziato*, 1985.

⁹⁷ In questo senso, si può cogliere quanto già discusso nel capitolo precedente su quanto stia cambiando il ruolo del giurista: da professionista consultato nella sola fase del contenzioso a co-protagonista delle scelte aziendali più importanti.

⁹⁸ BELLODI, L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, 1989, p. 70.

1.3. Lo studio di fattibilità

Individuato il partner, è necessario verificare nel dettaglio gli obiettivi che si intende perseguire.

In questa fase del procedimento di negoziazione la formazione del consenso si realizza per successive approssimazioni, ed è generalmente accompagnata da un'evoluzione continua riguardo alle intenzioni originarie in ragione delle specifiche esigenze delle parti.

Come tradizionalmente accade, si suole procedere predisponendo documenti preliminari che fissino un *landscape* già consolidato, in modo da proseguire successivamente con i vari corollari fino a giungere all'accordo definitivo.

Si badi bene che tali documenti, in quanto preliminari, non vincolano le parti alla stipula del contratto finale (*binding agreement*)⁹⁹.

Il ricorso alla documentazione preparatoria persegue obiettivi specifici quali:

- tutelare la riservatezza delle informazioni scambiate tra le parti;
- predisporre il piano industriale;
- formalizzare i profili di massima dell'accordo.

Al soddisfacimento del primo obiettivo è dedicato il “*confidentiality agreement*” .

Tali accordi, conosciuti anche come *secrecy agreement* o *non-disclosure agreement*, obbligano le parti ad utilizzare le informazioni aziendali rivelate al solo e specifico scopo di valutare la possibilità della collaborazione con la futura joint venture.

⁹⁹ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010.

Appare utile precisare che la *disclosure* può essere anche unilaterale, quando è soltanto una parte a rivelare informazioni riservate.

Naturalmente, al crescere dell'importanza delle informazioni confidenziali aumenta la complessità dell'agreement, che assolverà il delicato compito di assicurare che la necessità di tutelare la riservatezza non vada a scapito della fiducia riposta nel potenziale partner¹⁰⁰.

In ogni caso, una delle caratteristiche fondamentali ed imprescindibili di tale accordo è la previsione di obblighi di salvaguardia delle informazioni contenute, molto spesso accompagnata dall'indicazione dei rimedi esperibili in *the event of a breach*¹⁰¹.

Benché la tutela assicurata da queste forme di accordi non sia certa né assoluta¹⁰², resta il fatto che il *confidentiality agreement* è utile quantomeno a disciplinare le modalità attraverso le quali le parti si scambieranno le informazioni.

Con riferimento al raggiungimento del secondo obiettivo, la predisposizione del piano industriale (*business plan*) riguarda tutti i profili legati all'investimento ed alle caratteristiche del mercato nel quale l'accordo avrà effetto.

Anche in questo caso si tratta di un supporto al progetto finale, tecnicamente volto a riassumere i profili commerciali, finanziari ed economici che le parti ritengono cruciali per il raggiungimento del piano finale.

¹⁰⁰ SANDEEN, S.K., *Intellectual Property Deskbook for the Business Lawyer*, 2007.

¹⁰¹ ADORANTI, F., *The manager guide to understanding confidentiality agreements*, 2005, p. 6.

¹⁰² FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 339.

Il *business plan* non garantisce il successo, ma può assolvere un ruolo importante nel ridurre i margini di aleatorietà e nel guidare l'implementazione, dal momento in cui fornisce una visione completa, obiettiva e critica di tutti gli aspetti del progetto¹⁰³.

Come è stato affermato, «*even if you have all the money you need, you still need a business plan. A plan shows how you'll run your business. Without a plan, you don't know where you're going, and you can't measure your progress. Sometimes, after writing a business plan, you may change your approach, or even decide not to go into a certain business at this time*»¹⁰⁴.

Infine, i profili di massima dell'accordo vengono racchiusi nelle lettere di intenti (*letter of intent*), che hanno lo scopo di regolare la trattativa e scandire le reciproche scadenze¹⁰⁵.

In *business law*, è possibile ritrovare una *letter of intent* sotto svariate nomenclature: “*memorandum*”, “*agreement on principles*”, “*letter of commitment*”, “*heads of agreement*” e perfino con l'espressione francese “*aide-mémoire*”¹⁰⁶.

Sostanzialmente, si tratta di un documento non vincolante, una raccolta di proposte, una dichiarazione di ciò che le parti si impegneranno eventualmente a fare.

Benché nella prassi non siano ritenute impegnative per i partner, è in ogni caso preferibile inserire nella *letter of intent* una clausola che lascia libere le parti di

¹⁰³ FERRANDINA, A., CARRIERO, F., *Il business plan. Guida strategico-operativa*, 2012.

¹⁰⁴ Eugene Kleiner, venture capitalist americano (12 maggio 1923 – 20 novembre 2003). Fu uno degli originari fondatori della “Kleiner Perkins”, la venture capital firm della Silicon Valley che divenne poi “Kleiner Perkins Caufield & Byers”.

¹⁰⁵ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 340.

¹⁰⁶ WOLF, R.C., *Effective International Joint Venture Management: Practical Legal Insights for Successful Organization and Implementation*, 2000.

rinunciare ai negoziati in qualsiasi momento, nonostante non manchi l'opinione di chi ritiene in qualche modo sindacabile tale comportamento¹⁰⁷.

L'obiettivo di questa forma di accordo è dunque quello di rappresentare una *working schedule* per i *co-venturers*.

Saranno quindi elencati gli elementi basilari della futura joint venture: indicazione dell'identità delle compagnie partecipanti, oggetto, capitale proposto e contributo di ciascun partner (in caso di *equity JV*), ed anche eventuali *special rights* che si prevede saranno richiesti (quale, ad esempio un numero specifico di membri nel *board of directors*).

La *letter of intent* è quindi l'unico documento, tra tutta la documentazione che accompagna la creazione di una joint venture, che si presume essere informale, non necessariamente dotato di tutte quelle terminologie prettamente legali che generalmente si ritrovano in un contratto.

L'idea di base è che ogni previsione verrà successivamente discussa nei rispettivi consigli di amministrazione: «*the letter of intent should make it clear that all final decisions concerning the proposed joint venture rest with the respective board of directors*¹⁰⁸».

¹⁰⁷ In tal senso, si veda: BELLODI, L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, 1989.

¹⁰⁸ WOLF., R.C., *The complete guide to International Joint Ventures with sample clauses and contracts*, 2011.

2. La joint venture contrattuale (contractual joint venture)

Dopo aver tracciato i contorni che caratterizzano la primissima fase della contrattazione di una JV, occorre procedere ad un'analisi separata delle due principali forme di joint venture, ossia quella societaria e quella contrattuale¹⁰⁹.

Come è stato anticipato, questa ultima è caratterizzata da un mero rapporto contrattuale che intende identificare e regolare il ruolo dei partecipanti in ragione del raggiungimento dell'obiettivo al quale mirano entrambe le parti¹¹⁰.

Tra i partner, quindi, non si rinviene alcuna forma di integrazione, se non per quanto strettamente necessario all'esecuzione del contratto (di natura associativa)¹¹¹, ma soltanto un accordo di collaborazione.

La differenza principale tra la JV societaria e la JV contrattuale risiede nel fatto che mentre nella prima vi è la costituzione di un'organizzazione comune (spesso una società di capitali dotata di personalità giuridica) distinta da quella dei partner, nella secondo questo elemento manca.

Ne discende che se nella JV societaria i diritti dei soci sorgono dalle partecipazioni al capitale, nella JV contrattuale hanno origine dall'accordo.

¹⁰⁹ Tale distinzione è ampiamente accolta sia in giurisprudenza, cfr. Cass., 17 maggio 2001, n. 6757, in *Contratti*, 2002, 41, sia in dottrina, cfr. CORAPI, voce «*Joint venture* (aspetti societari)», in *Digesto/comm.*, VIII, 1992; ANDRINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in GALGANO, *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, 1995, 1453 ss; FERRARO, *La qualificazione e la disciplina giuridica degli accordi di joint venture nell'ordinamento italiano*, in DRAETTA e VACCÀ, *Le Joint Venture, profili giuridici e modelli contrattuali*, 1997, pp. 52 – 53.

¹¹⁰ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 337.

¹¹¹ GUACCERO, A., *Impresa comune e joint venture nel diritto antitrust: prospettive internazionali*, in “L'integrazione fra imprese nell'attività internazionale”, 1995.

Inoltre, in questa ultima non vi sarà capitale sociale, ma un fondo spese comuni, così come non esisterà un vero e proprio consiglio di amministrazione ma verrà costituito un comitato per lo svolgimento dell'attività avente il compito di predisporre l'organizzazione ex-ante e la successiva esecuzione del contratto nei confronti dei terzi¹¹².

La joint venture contrattuale prevede la stipula di uno o più contratti specifici collegati tra loro, di natura temporanea, i quali hanno l'obiettivo di regolare i rapporti tra i partner, definendo orizzonti comuni e modalità di collaborazione¹¹³.

Le forme che una *contractual JV* può assumere sono diverse, ma nella maggior parte dei casi i partner decidono di intraprendere una particolare *business activity* condividendone profitti e rischi, mantenendo la proprietà individuale del capitale o degli *assets* necessari all'operazione.

Per esempio: «*a United Kingdom automobile manufacturer and a Hungarian enterprise might agree to undertake jointly the manufacture of engines in Hungary at the Hungarian's plant, with the UK company providing the needed technology and marketing expertise, the Hungarians providing the factory and both parties sharing expenses, as well as any profits, according to specified ratios*¹¹⁴».

Il ricorso a questa forma contrattuale rappresenta un'indiscussa opportunità di integrare risorse complementari per il raggiungimento di risultati di comune interesse

¹¹² FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, 2012, p. 17.

¹¹³ CORAPI, voce «*Joint venture (aspetti societari)*», in *Digesto/comm.*, VIII, 1992, p.74.

¹¹⁴ SALACUSE, J.W., *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, 2013, p.206.

e al tempo stesso una valida alternativa strategica per far fronte ai ritmi sempre più sostenuti dello sviluppo industriale¹¹⁵.

Si tratta di una forma di collaborazione semplice, flessibile ed idonea a garantire una maggiore trasparenza, sia a livello contrattuale sia a livello fiscale.

La sua struttura si presenta volutamente versatile e poco onerosa, anche in considerazione del fatto che la sua creazione o il suo eventuale scioglimento non richiedono il ricorso a procedure complesse¹¹⁶.

Generalmente, la scelta tra una JV societaria ed una contrattuale può essere influenzata dalla profittabilità dell'investimento: quando questa è discutibile, gli investitori preferiranno optare per la forma contrattuale, onde evitare rischi o perdite di capitali¹¹⁷.

Non bisogna tuttavia sottovalutare il ruolo determinante che gioca nella scelta tra le due forme di JV l'occasionalità dell'affare: se ci si vuole limitare a realizzare un affare specifico sarà sicuramente più indicata la formula contrattuale.

Bisogna rilevare infine che in una joint venture contrattuale, così come per ogni altro contratto internazionale, le parti possono designare la legge da applicare al contratto o ad una parte di esso.

¹¹⁵ ROSSOTTO, R., *La joint venture ed il trust*, in IRRERA, M., *Le acquisizioni societarie*, 2011, p. 889.

¹¹⁶ COTTINO, G., *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società e le altre associazioni economiche*, 1994.

¹¹⁷ Approfondimenti in tal senso: KAPUR, S.K., "Comment: Structuring and Negotiating International Joint Venture: Anecdotal Evidence from A Large Law Firm Practice", *53 Case W Res L Rev* (2003) 937, 938, sulle ragioni comuni per le quali preferire una equity joint venture; SAMPSON, R.C., "The role of lawyers in strategic alliances", *53 Case W Res L Rev* (2003) 909, sulla scelta tra un'equity e una contractual joint venture.

Qualora non fosse possibile individuare la legge applicabile si farà ricorso alla Convenzione di Roma, la quale prevede che il contratto sia regolato dalla legge “del Paese con il quale presenti il collegamento più stretto”¹¹⁸.

2.1. La responsabilità della joint venture contrattuale nei confronti del committente e dei terzi: JV interna e JV esterna

Nella realizzazione di una commessa, potrebbero sorgere problemi di responsabilità contrattuale che richiedono una maggiore precisazione quando l’obbligata sia una *contractual joint venture*.

Infatti, mentre nel caso di una *joint venture corporation* vi è un nuovo ed autonomo soggetto giuridico che risponde direttamente delle obbligazioni assunte, le *contractual joint venture* necessitano sotto questo aspetto un’analisi più approfondita, imponendo di distinguere tra JV interna e JV esterna¹¹⁹.

Nel primo caso, il committente stipula accordi esclusivamente con il *main contractor* (o impresa capofila), il quale a sua volta concluderà con le altre imprese altri sub-contratti.

¹¹⁸ Al riguardo, la Convenzione ha previsto una serie di presunzioni in relazione alle quali stabilire, con riferimento al singolo caso concreto, la legge da applicare per risolvere i problemi interpretativi derivanti dall’individuazione del Paese con il quale il contratto presenti il collegamento più stretto.

¹¹⁹ TUPPONI, M., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, 2012, p.110.

In tale evenienza, poiché i rapporti contrattuali con i terzi e con il committente vengono trattenuti esclusivamente dal *main contractor*, sarà quest'ultimo a rispondere integralmente degli eventuali inadempimenti dei partecipanti.

La situazione è diversa e più complicata nel caso di JV esterna, nella quale il committente sottoscrive il contratto con tutti i partecipanti alla joint venture.

Ora, l'ipotesi generalmente prevista come convenzionale presume la responsabilità solidale di tutti i *co-venturers* nei confronti del committente.

Infatti, in assenza di una previsione esplicita si ritiene che, in base alla *lex mercatoria*, sussista una presunzione di solidarietà, secondo principi comuni a molti ordinamenti in caso di obbligazioni assunte congiuntamente da più soggetti¹²⁰.

Dunque, per eliminare tale solidarietà è necessaria un'espressa previsione.

Ancora, nel caso in cui la responsabilità verso il committente o verso i terzi abbia natura pecuniaria non sorgono particolari problemi, nel senso che l'adempimento potrebbe comunque ben essere realizzato dalle altre imprese partecipanti.

Tuttavia, quando si tratti di un'obbligazione di "fare" appare subito evidente che la situazione diventa leggermente più complessa, in particolare con riguardo a contratti particolarmente articolati in cui ogni impresa partecipante abbia delle specifiche competenze tecniche¹²¹.

In questo caso si prospettano due tipi di soluzioni:

¹²⁰ FRANCESCHETTI, P., MARASCA M., *Le obbligazioni*, 2008, p. 554.

¹²¹ VISINTINI, G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, Volume 1, 2009, p. 217.

- le imprese partecipanti si adoperano per reperire una nuova impresa, che abbia le stesse capacità della precedente di eseguire la prestazione, evitando in tal modo che il committente sopporti oneri aggiuntivi;
- le imprese partecipanti, non essendo in grado di adempiere alla prestazione rimasta ineseguita, ne fanno conseguire il valore al committente, risarcendogli entro tale limite il danno subito.

Tuttavia, essendo la joint venture obbligata al risultato finale, l'inadempimento potrebbe comunque esporre le altre imprese partecipanti a risarcire danni considerevoli, con l'unica possibilità di dimostrare la *vis maior cui resisti non potest*.

3. Joint venture societaria (equity joint venture)

La joint venture societaria, come è stato anticipato, è un'entità legalmente ed economicamente autonoma formata da due o più società madri che investono risorse finanziarie - e non - al fine di raggiungere specifici obiettivi¹²².

Nell'ordinamento italiano la Corte di Cassazione, nell'intento di tracciare una linea di demarcazione tra tale istituto e quello dell'associazione in partecipazione¹²³, ha

¹²² ANDERSON, E., *Two Firms, One Frontier: On Assessing Joint Venture Performance*, in "Sloan Management Review", 1990; PFEFFER, J., NOWAK, P., *Joint Venture and Interorganizational Interdependence*, in *Administrative Science Quarterly*, n.21, 1976.

¹²³ L'associazione in partecipazione è un negozio giuridico con il quale una parte (l'associante) attribuisce ad un'altra (l'associato) il diritto ad una partecipazione agli utili della propria impresa o, in base alla volontà delle parti contraenti, di uno o più affari determinati, dietro il corrispettivo di un apporto da parte dell'associato. Tale apporto, secondo la giurisprudenza prevalente, può essere di natura patrimoniale ma potrà anche consistere nell'apporto di lavoro, o nell'apporto misto

chiarito che con il termine “joint venture” devono intendersi quelle “*forme di associazione temporanea di imprese finalizzate all’esercizio di un’attività economica in un settore di comune interesse, nelle quali le parti prevedono la costituzione di una società di capitali, con autonoma personalità giuridica rispetto ai “co-venturers”, alla quale affidare la conduzione dell’iniziativa congiunta*”¹²⁴.

Tra le diverse forme di cooperazione tra imprese, questo tipo di joint venture ha caratteri unici che la rendono probabilmente anche la più complicata.

Volendo fare una brevissima comparazione, accordi come quelli di *licensing* o *franchising*, ad esempio, non comportano la condivisione di capitali o investimenti da parte delle imprese interessate, mentre fusioni e acquisizioni societarie hanno come esito una perfetta combinazione che non risulta in nessun nuovo soggetto giuridico parallelo¹²⁵.

Una joint venture interessa generalmente imprese di differenti nazionalità, tuttavia non mancano casi in cui esse sono formate da partner dello stesso Paese ma collocate in un Paese estero, oltre naturalmente alle joint venture nazionali.

Il fulcro dell’istituto risiede nella decisione dei partecipanti alla cooperazione di dar vita ad una nuova entità, di solito una società di capitali dotata di personalità giuridica, della quale verranno condivise proprietà ed eventuali utili.

capitale/lavoro. La sua disciplina fondamentale, nel diritto italiano, è contenuta nell’art. 2549 e seguenti del codice civile.

¹²⁴ Corte Suprema di Cassazione, sent. n. 6757/2001.

¹²⁵ YAN, A., LUO, Y., *International Joint Ventures: Theory and Practice*, 2001.

Gli obblighi di questo nuovo ente autonomo, distinto dalle imprese originarie, verranno decisi di comune accordo dalla collettività degli azionisti¹²⁶.

Una parte della dottrina classifica questa società *costituenda* come società di scopo, ossia come una società costituita con il fine esclusivo di realizzare uno specifico obiettivo¹²⁷.

Si verificherebbe in questo modo un'ipotesi di autonomia patrimoniale perfetta, in cui la nuova società è l'unica responsabile nei confronti dei terzi limitatamente al proprio patrimonio, frutto dei conferimenti delle singole imprese costituenti.

Alla nuova società si applicherà la disciplina del Paese nel quale viene costituita e di cui assume la nazionalità¹²⁸.

Osservandole dal punto di vista della strategia dei partner, le joint venture societarie possono essere qualificate come orizzontali, verticali e conglomerali¹²⁹.

Quelle orizzontali, operando nello stesso settore delle società madri, hanno lo scopo di espandere la dimensione dei mercati o la quantità di prodotti e servizi; le joint venture verticali mirano invece ad ampliare le dimensioni produttive, estendendosi a monte o a valle lungo il processo produttivo; infine le conglomerali perseguono politiche di diversificazione allo scopo di combinare prodotti e mercati diversi¹³⁰.

¹²⁶ ROSSOTTO, R., *La joint venture ed il trust*, in IRRERA, M., *Le acquisizioni societarie*, 2011.

¹²⁷ CORAPI, SARAVALLE, *Le joint ventures nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, in "Dir. Comm. Internaz.", 1988, pag. 32.

¹²⁸ ASTOLFI, *Evoluzione e qualificazione degli accordi di joint ventures*, in DRAETTA e VACCÀ, *Le Joint Venture, profili giuridici e modelli contrattuali*, 1997, p. 12.

¹²⁹ FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, 2012, p. 18.

¹³⁰ Già nel 1978 Peter Druker, economista e saggista austriaco (19 novembre 1909 – 11 novembre 2005) aveva considerato la joint venture come possibile strumento di diversificazione: DRUKER, P., *Management*, 1978, p.746.

La joint venture societaria è sicuramente lo strumento più idoneo per operazioni che intendono prolungarsi per periodi medio-lunghi, data la maggiore stabilità di una struttura dotata di organi di amministrazione e controllo.

Sicuramente però, un periodo di collaborazione più lungo espone con più probabilità i *co-venturers* a rischi di incomprensioni e problematiche varie; per questo motivo, un consolidato orientamento dottrinale ritiene che, data la natura personale e fiduciaria dei rapporti intercorrenti tra le parti, sia necessario adottare delle efficaci e ben strutturate clausole compromissorie¹³¹.

3.1. *La costituzione della società*

La decisione di costituire una joint venture risiede nella consapevolezza che essa rappresenti lo strumento più idoneo a favorire il raggiungimento degli obiettivi comuni alle imprese partecipanti, dal momento che, in un regime di collaborazione, sforzi e investimenti necessari, nonché eventuali rischi, sono ripartiti tra le parti dell'operazione¹³².

Una volta conclusasi la fase di negoziazione, di cui è stato discusso nei paragrafi precedenti, inizia il procedimento di costituzione della società, spesso particolarmente articolato.

¹³¹ ARNÒ, F., MAROTTA, G., *Aspetti problematici della joint venture*, in "Soc.", 1989, 1241. Tale argomento verrà approfondito nei paragrafi che seguono.

¹³² ROSSOTTO, R., *La joint venture ed il trust*, in IRRERA, M., *Le acquisizioni societarie*, 2011.

Naturalmente, ciò presuppone che i risultati dello studio di fattibilità siano positivi. In questo caso, il passo successivo è quello di stabilire quale deve essere la forma giuridica su cui basare la predisposizione del *joint venture agreement*, identificare i compiti ed i ruoli, nonché diritti ed obblighi relativi, di cui ognuna delle parti dovrebbe farsi carico.

Si procede dunque in questo modo a predisporre i contratti che, una volta sottoscritti, sanciranno la nascita della società comune¹³³.

La complessità delle joint venture societarie rende opportuna la stipula di una pluralità di accordi, seppure tra di loro connessi.

Sebbene infatti non sia impossibile disciplinare in un unico testo tutti gli aspetti di una JV societaria, tale impostazione non appare una scelta adeguata, stante la molteplicità delle relazioni, giuridiche e commerciali, che verranno ad instaurarsi tra i *co-venturers* e la complessità di un coordinamento unitario.

Per tale ragione, si procede generalmente alla redazione del *main agreement* (o *base agreement*, *establishment agreement* e ancora *cooperation agreement*), ed in un secondo momento, nella prassi quando la società sia stata effettivamente costituita e i suoi organi sociali si siano insediati, dei singoli contratti operativi.

Si parlerà di *closing* dell'operazione, infine, soltanto quando la joint venture così costituita abbia ottenuto le eventuali autorizzazioni di legge ad essa applicabili¹³⁴.

¹³³ BIANCHI, M., *Progettare una joint venture societaria: dall'ideazione alla costituzione*, in "Commercio internazionale", n. 11, 2009.

¹³⁴ Di tale aspetto si tratterà nei capitoli successivi, riguardando tali autorizzazioni quelle prescritte dal reg. CE n. 139/2004 del 20 gennaio 2004 relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, ove la joint venture dia luogo ad una concentrazione di dimensione comunitaria, mentre al di fuori dell'Unione, nei paesi che abbiano introdotto delle *Foreign Investment Rules and Regulations*, quelle

3.1.1. Il main agreement

Il *main agreement* è diretto a specificare le obbligazioni assunte da ciascuna parte contrattuale, nonché i termini e le condizioni della cooperazione.

Tipologia e caratteristiche della nuova company saranno imposte dal diritto societario del Paese dove questa verrà costituita, ciò che qui rimane da stabilire, invece, sono le concrete modalità di costituzione della società comune¹³⁵.

La particolarità di un accordo internazionale di joint venture risiede nella circostanza che, essendo normalmente un contratto atipico, le parti dovranno inserire tutta una serie di clausole, comprendenti i principi generali di diritto che normalmente in un contratto nazionale si rinvencono in un Codice civile o commerciale¹³⁶.

In particolare, il *joint venture agreement* dovrà contenere:

- i dati relativi alla costituzione e all'oggetto della società, ad esempio: «le parti convengono di costituire una *equity joint venture* nella forma di società per azioni con sede a [...] e stipulano il presente contratto volto a disciplinare i reciproci rapporti nella costituzione e gestione della società»;
- la ripartizione del capitale sociale tra i *venturers* e la descrizione dei criteri di distribuzione dei dividendi, ad esempio: «il capitale sociale di [...] sarà

autorizzazioni concesse dalle autorità locali che abbiano espresso parere favorevole all'avvio dell'attività della joint venture.

¹³⁵ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 340.

¹³⁶ CARBONE, S.M., *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in BOSCHIERO, N., LUZZATTO, R., *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti*, 2008.

sottoscritto e interamente versato entro 20 giorni dal [...], in proporzione alle quote di partecipazione»;

- la natura degli apporti al capitale sociale (*cash, material and immaterial assets*) con la valutazione del loro valore ed eventualmente delle garanzie dei *venturers* che hanno effettuato l'apporto in *assets*;
- l'enunciazione dello scopo, funzionale alle varie clausole contrattuali;
- la dimensione dell'operazione ed il relativo *business plan*, accompagnato dagli investimenti stimati e dagli aspetti finanziari connessi;
- le informazioni relative alla *governance*, ad esempio: «è previsto un consiglio di amministrazione composto da [...] membri, nominati da [...]. Il Consiglio ha poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione. Il Presidente sarà il rappresentante legale della società»;
- l'indicazione degli obblighi assunti dalle parti e le conseguenti responsabilità in caso di inadempimento, ad esempio: «in caso di inadempimento la parte inadempiente sarà responsabile nei confronti della parte diligente per i danni immediati da quest'ultima sostenuti»;
- la analitica descrizione dei termini e delle condizioni di risoluzione dell'accordo, ed eventuali ipotesi di liquidazione anticipata della società, ad esempio: «la *joint company* potrà essere liquidata ed il presente *agreement*

risolto prima della scadenza della durata della società al verificarsi di uno di questi eventi [...]»¹³⁷.

Il *main agreement* può anche regolare ulteriori aspetti, quali il divieto di cessione a terzi, clausola con la quale le parti limitano i rispettivi diritti di cedere a terzi la partecipazione azionaria detenuta nella *NewCo* e il diritto di prelazione, da esercitare nel caso in cui un *venturer* intenda cedere a terzi la propria partecipazione e non sia ovviamente possibile prevedere un divieto di cessione.

Spesso inoltre i *venturers* stabiliscono degli obblighi di non concorrenza a tutela della nuova società, limitando la possibilità del proprio gruppo di operare nello stesso mercato della joint venture.

Organizzazioni di categoria, organizzazioni internazionali e camere di commercio (c.d. *formulating agencies*) sono solite predisporre dei “contratti tipo” che possono fungere da supporto alle parti nella redazione del *main agreement*.

Tuttavia, come afferma il Draetta in merito: «la mera predisposizione dei contratti-tipo potrà al più contribuire ad un processo di formazione cosciente della consuetudine, specie quando il procedimento di redazione degli stessi e il prestigio degli enti che li redige forniscono adeguate garanzie di imparzialità. Tali contratti potranno inoltre favorire l’armonizzazione dei vari diritti interni, se non addirittura la creazione di un diritto uniforme internazionalmente imposto, ma le clausole in essi

¹³⁷ ROSSOTTO, R., *La joint venture ed il trust*, in IRRERA, M., *Le acquisizioni societarie*, 2011; FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010.

contenute non potranno in alcun caso di per sé avere il valore oggettivo del commercio internazionale *cum efficacia erga omnes*¹³⁸».

3.1.2. La check list

Del tutto diversa è invece la funzione svolta dalle *check list*, la cui importanza è altrettanto fondamentale¹³⁹.

Si tratta di una utilissima enunciazione di punti da tener presente nella redazione di un contratto di joint venture.

Generalmente, le *check list* più interessanti stabiliscono per ogni punto le possibili alternative disponibili, secondo il meccanismo della *multiple choice*.

Per quanto riguarda le *corporated joint ventures* è opportuno dedicare particolare attenzione al rapporto tra lo statuto e i necessari patti parasociali che regolano le operazioni della società stessa¹⁴⁰.

La caratteristica di tali società è infatti quella di avere pochi azionisti da un lato e di propendere per rendere poco semplice l'accesso ai nuovi, avvicinando in tal modo l'impostazione della società più ad una partnership che ad una società di capitali.

¹³⁸ DUKE, L. J., *International joint venture corporations: drafting of control Arrangements*, 1963, p.516.

¹³⁹ WOLF., R.C., *Effective International Joint Venture Management: Practical Legal Insights for Successful Organization and Implementation*, 2000.

¹⁴⁰ BELLODI L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, 1989.

Tutto ciò avrà importanti conseguenze nella formazione di uno statuto conforme al contratto di joint venture, dovendo necessariamente tener conto di tutte le particolari esigenze del caso.

L' UNCTC, United Nations Centre of Transnational Corporations, nell'agevolare questo tipo di operazioni tra le imprese propone delle linee guida che possono essere sintetizzate come segue:

I. CLAUSOLE PRINCIPALI

A. *Management*

1. Consiglio di amministrazione
2. Potere di veto delle parti
3. Misure in caso di voto di *blocage*¹⁴¹
4. Funzionari della società

B. *Restrizioni al trasferimento delle azioni, accordi intersoci di cessione delle azioni*

1. Restrizioni sui trasferimenti delle azioni
2. Condizioni di trasferimento
3. Oneri

II. CLAUSOLE SECONDARIE

A. *Formazione di una joint venture*

¹⁴¹ Sono questi casi di *deadlock*, ossia di stallo della società, che costituiscono uno dei motivi principali del fallimento di molte *joint venture* internazionali, causati dal fatto che gli organi sociali si ritrovano nell'impossibilità di agire per via di una diversità di opinioni tra gli azionisti. Per evitare conseguenze estreme e salvaguardare la collaborazione è opportuno prevedere rimedi contrattuali specifici, o quantomeno delle c.d. "vie di fuga" per i singoli venturer che non trovano una comunanza di opinioni. Si veda per maggiori approfondimenti a riguardo: FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 342 e ss.

1. Formazione di una nuova società
2. Capitalizzazione e sottoscrizione iniziale
3. Scopo sociale
4. Conferimenti delle parti
5. Personale

B. Diritti e limitazioni concernenti le relazioni tra i soci, libertà di commercio, best efforts

1. Diritti, doveri e limitazioni, libertà di contrattare con altri
2. *Best efforts*

C. L'accordo

1. Parti del contratto e preambolo
2. Lettera di intenti
3. Altre clausole

Si tratta naturalmente di un elenco indicativo, ma che risulta particolarmente utile ai *co-venturers* per orientarsi nel procedere alla costituzione della *NewCo*.

3.1.3. Gli ancillary agreements

È stato anticipato che non tutti gli accordi che riguardano e sottendono una joint venture sono contenuti nel *main agreement*.

Nella norma, per questioni di praticità e di efficienza, le indicazioni più di dettaglio riguardanti attività e relazioni tra i *co-venturers* sono rimandate ad accordi da stipularsi in un momento successivo.

Una volta previsti gli elementi fondanti nel *main agreement* quindi, tutte le pattuizioni marginali ricadranno nella definizione residuale di *ancillary agreements*.

Tra gli accordi ancillari vengono annoverate diverse tipologie contrattuali, tutte accomunate dall'obiettivo di concretizzare i principi previsti nell'accordo principale.

Esempi di *ancillary agreements* sono:

- lo *shareholder agreement*, con il quale i soci regolano le situazioni giuridiche nascenti dalla loro adesione alla società e che generalmente possono essere “positivi”, prevedendo ad esempio metodi di risoluzione delle eventuali controversie tra gli azionisti, o tra gli azionisti e la società, e “negativi”, come quelli riguardanti particolari clausole di *non-compliance* con gli articoli¹⁴²;
- il *contribution agreement*, che definisce le condizioni, in particolare quelle relative alla concessione dei diritti di proprietà intellettuale, in base alle quali ciascun soggetto partecipa con il proprio contributo¹⁴³;
- il *lease agreement*, con il quale vengono attribuiti diritti di utilizzo di particolari beni strumentali al raggiungimento degli obiettivi della JV¹⁴⁴;
- il *transfer of technology agreement*, fondamentale per fornire alla società le tecnologie e gli strumenti di *know-how*¹⁴⁵.

¹⁴² OTTLEY, M., *Q&A Company Law 2011-2012*, 2013.

¹⁴³ DEWAR, J., *International Project Finance: Law and Practice*, 2011.

¹⁴⁴ JENTZ, G., MILLER, R., *Cengage Advantage Books: Fundamentals of Business Law*, 2009.

¹⁴⁵ LENNON, J. M., *Technology Transfer Guide*, 2000.

È evidente come questi accordi siano strumentali alla costituzione della società comune ed alle contribuzioni fornite dai partner, svolgendo una fondamentale funzione di ausilio¹⁴⁶, e come sarebbe al tempo stesso complicato prevedere le stesse intenzioni in un unico contratto principale.

Una volta redatti i contratti ancillari, congiuntamente al *main agreement*, verranno quindi presentati agli enti governativi di competenza per le eventuali autorizzazioni.

3.2. Organizzazione e amministrazione della società

La partecipazione alla nuova società così costituita non si limita quindi al capitale conferito ma si estende al controllo del processo produttivo e della gestione, alla condivisione dei rischi connessi alle diverse risorse messe a disposizione ed alla partecipazione congiunta ai benefici economici dell'iniziativa¹⁴⁷.

Come è stato discusso, nel dar vita ad un joint venture i partner mettono a disposizione fattori produttivi e commerciali, risorse materiali ed immateriali, know-how, competenze, sistemi produttivi, canali di distribuzione, brevetti e marchi, conoscenze di mercato¹⁴⁸, tutto quanto di più idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

¹⁴⁶ DE NICOLA, *Patti parasociali e joint ventures. Aspetti comparatisti*, BIANCONI, *Patti parasociali e joint ventures*, in "Soc.", 1995, pag. 277 – 280 e ss.

¹⁴⁷ RICCIARDI, A., *Le reti di imprese. Viaggi competitivi e pianificazione strategica*, 2004, p. 38.

¹⁴⁸ FOGLIO, A., *Alleanze strategiche per l'impresa. Scegliere e gestire le alleanze vincenti*, 1996.

Appare dunque evidente come si tratti di ingenti investimenti ed è pertanto necessario che ad essi corrisponda la possibilità di esercitare un controllo notevole sull'andamento della *NewCo*.

La partecipazione dei *co-venturers* alla nuova società può essere paritetica (joint venture tradizionale) oppure può risolversi in una c.d. joint venture con socio dominante (conosciuta anche come *dominant parent enterprise*).

Nella seconda ipotesi, anche se i rapporti formali risultano paritetici, uno dei partner assumerà la supremazia sul controllo e sulla gestione dei processi che riguardano la joint venture.

Ciò è generalmente giustificato da un maggiore potere contrattuale che non corrisponde necessariamente a preminenza azionaria, quanto piuttosto all'apporto di risorse ritenute strategiche, a dimensioni aziendali maggiori o ad una maggiore conoscenza e consapevolezza dei mercati finali¹⁴⁹.

3.2.1. *Gli organi sociali*

Indipendentemente dal modello di amministrazione adottato, la gestione della *NewCo* avverrà in relazione a quanto stabilito nel *main agreement*, ed è ad esso che i *co-venturers* faranno riferimento per la conduzione della società.

¹⁴⁹ INVERNIZZI, G., *Alternative strategiche per lo sviluppo di nuove attività*, in "Economia & Management", Vol.19, 1991, p.38; BRANDELLI A., MIGGIANI, F., TURATI, C., *Le alleanze strategiche, soluzione o problema?*, in "Sviluppo e Organizzazione", n.112, 1989, p.64.

Con riferimento al caso in cui la joint venture sia informata al diritto italiano, è possibile distinguere tre diversi livelli organizzativi su cui viene ripartita la responsabilità della gestione¹⁵⁰, ai quali si farà un breve cenno:

- assemblea dei soci;
- consiglio di amministrazione;
- management della società comune.

La conformazione degli organi varierà naturalmente sulla base del tipo di società costituito, anche se la forma a cui più frequentemente si ricorre è quella della società per azioni, S.p.A.

L'assemblea è l'organo in cui si forma e si esprime la volontà sociale che viene poi attuata dagli amministratori. In caso di società per azioni si parla anche di *shareholder meeting*.

Si distingue tra assemblea ordinaria e straordinaria. La distinzione non attiene tanto a caratteri propri della riunione assembleare quanto piuttosto alla materia trattata, cui consegue, in relazione del diverso rilievo nella vita della società, una diversa disciplina dei quorum costitutivi e deliberativi¹⁵¹.

Nel nostro ordinamento viene disciplinata dagli articoli 2363 e seguenti del Codice civile, che prevedono norme specifiche per la convocazione, il diritto di voto, le deliberazioni¹⁵².

¹⁵⁰ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 343.

¹⁵¹ DI AMATO, S., MUSCOLO, G., SCIUMBATA, G., *Le assemblee nelle s.p.a.*, 2011.

¹⁵² Non potendo in questa sede analizzare l'argomento, si vedano per approfondimenti: CIVERRA, E., *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, 2011; BAVA, F., BOTTINO, A., *I verbali del c.d.a. e delle assemblee di s.r.l. e s.p.a.*, 2011; CIVERRA, E., *Società di capitali e*

Il consiglio di amministrazione, o *board of directors*, è l'organo collegiale al quale è affidata la gestione delle società.

A tale organo corrispondeva l'unica alternativa di amministrazione originariamente prevista dal Codice civile del 1942.

Accanto a questo modello, cosiddetto tradizionale, la riforma del diritto societario italiano, attuata con il d. legisl. 6/2003, ha introdotto due sistemi di *governance* alternativi: uno dualistico, di matrice germanica, nel quale amministrazione e controllo sono esercitati dal consiglio di sorveglianza (i cui membri sono eletti dall'assemblea) e dal consiglio di gestione (nominato dal consiglio di sorveglianza); l'altro monistico, di ispirazione anglosassone, composto dal consiglio di amministrazione, di nomina assembleare, e da un comitato per il controllo sulla gestione costituito al suo interno¹⁵³.

Sono gli amministratori ad assumere le decisioni che riguardano l'intera attività societaria: essi compiono, nell'ambito dell'oggetto sociale previsto dall'atto costitutivo, tutte le operazioni sociali¹⁵⁴.

La riforma del diritto societario di cui si è fatto cenno sopra ha profondamente innovato funzioni e responsabilità degli amministratori, attribuendo loro funzioni di stimolo, poteri istruttori di verifica, poteri di vigilanza¹⁵⁵.

posizione del socio, 2010; FRATINI, M., BASCHETTI, G., *Le società di capitali: percorsi giurisprudenziali*, 2010; COTTO, A., MEOLI, M., TOSCO, F., *Società*, 2009; DEMURO, I., *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione*, 2008;

¹⁵³ MEZZANOTTE, F., *Società per Azioni (S.p.a.)*, in "Diario di Economia e Finanza", 2012.

¹⁵⁴ VIOLETTA, M., *Amministratore di società. Poteri, rappresentanza e compensi dopo la riforma del diritto societario*, 2007, p. 25.

¹⁵⁵ Anche in questo caso sarebbe impossibile approfondire l'argomento, per cui si vedano: PUGLIESE, A., *Percorsi evolutivi della corporate governance. Il ruolo del consiglio di amministrazione*, 2008; GAMBEL, E. L., *Manuale del manager e del consigliere di amministrazione*, 2010; NAZZICONE, L.,

Un'importanza del tutto particolare, in relazione ad una joint venture, assume il controllo manageriale. Per tale ragione all'argomento sarà dedicato l'intero paragrafo successivo.

3.2.2. *Il controllo manageriale*

Molto spesso alla detenzione della maggioranza del capitale corrisponde la direzione manageriale, tanto che non sono mancati casi in cui le imprese partecipanti ad una joint venture, ritenendo fondamentale tale collegamento, hanno investito una simbolica maggioranza di capitale per ottenere anche il controllo manageriale¹⁵⁶.

Come è stato osservato «il concetto di controllo manageriale è un concetto dinamico, che dipende dall'interazione dei partner durante in processo decisionale¹⁵⁷».

La particolare e duplice natura del rapporto tra i *co-venturers*, per un verso competitivo e per l'altro collaborativo, se da un lato induce a trarre incentivi dalla *NewCo*, dall'altro incoraggia ad ottenere vantaggi contrattuali dal partner.

PROVIDENTI, S., *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, 2010; AMBRIANI, N., *Diritto delle società*, 2012; AULETTA G., SALANITRO, N., *Diritto Commerciale*, 2010; AMBROSINI, S., *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, 2007.

¹⁵⁶ HARRIGAN, K. R., *Managing for Joint Venture Success*, 1988.

¹⁵⁷ FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, 2012, p. 42.

Per tale ragione è essenziale che venga esercitato un controllo, inteso come il processo mediante il quale i partner e il management assicurano che le modalità con cui la joint venture viene gestita siano in linea con gli interessi comuni¹⁵⁸.

Seguendo gli insegnamenti del Professor Killing¹⁵⁹, è dunque possibile distinguere tra: *dominant control*, *shared control*, *split control*, *rotating management* e *independent joint ventures*.

Le joint venture a controllo dominante (*dominant control*) sono gestite da una delle imprese madri, come se fossero virtualmente possedute per intero da quest'ultima.

Le altre imprese, dette *silent partners*, rinunciano quindi ad esercitare un controllo diretto sulle operazioni della società. Queste infatti, pur mantenendo diversi gradi di influenza all'interno del consiglio di amministrazione, non vengono coinvolte nei processi decisionali né nelle *management operations*.

Una struttura del genere si riscontra con più facilità tra joint venture costituite da imprese provenienti da economie avanzate ed in possesso delle necessarie competenze per sostenere la *NewCo*.

Ciò è dovuto al fatto che tali partner tendono a condividere gli stessi interessi di business: di conseguenza, quale sia il partner incaricato di portare avanti le operazioni diventa poco rilevante, dal momento in cui una volta raggiunto l'obiettivo di uno tutti gli altri saranno automaticamente raggiunti.

Nelle joint venture a controllo condiviso (*shared control*), invece, i *co-venturers* esercitano congiuntamente una forte influenza sulle decisioni aziendali.

¹⁵⁸ FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, 2012, p. 44.

¹⁵⁹ KILLING, J.P., *Strategies for JV Success*, 1983.

Tradizionalmente, ciò avviene nella pratica attraverso un'equa partecipazione al *board of directors* che possiede ed esercita un effettivo controllo sulle operazioni e sulle decisioni strategiche della società. Tuttavia, nella maggior parte delle ipotesi, la *venture* viene gestita da due gruppi di manager, ciascuno per un partner.

Questa forma di controllo è tipica delle joint venture create tra “*developed country and developing country partners*”¹⁶⁰, nelle quali ciascuno contribuisce in maniera fortemente complementare ma del tutto diversa in quanto a risorse e competenze, ed è dunque necessaria la partecipazione di entrambi i partner alla gestione.

Una forma ibrida, a metà tra il controllo condiviso e quello dominante, è lo *split control*, ossia il controllo separato.

In questo caso, ogni partner gioca un ruolo funzionalmente distinto nella gestione della joint venture. Ognuno infatti esercita il controllo su diverse *business unit*: ad esempio, un *co-venturer* si occupa di gestire lo sviluppo della produzione, il quality control, il manufacturing, e l'altro si concentra su vendite, posizione di mercato, gestione delle risorse umane, public relations.

La struttura che si viene a creare presenta così un controllo condiviso a livello di top management, mentre una forma di controllo dominante all'interno delle singole funzioni.

Si parla di controllo a rotazione (*rotating control*) con riferimento al caso in cui il management team consiste in due gruppi di esecutivo, uno per ogni impresa madre, che periodicamente e ciclicamente si alternano nella gestione della joint venture.

¹⁶⁰ KILLING, J.P., *Strategies for JV Success*, 1983, p. 93.

Generalmente, ogni ciclo dura due o tre anni, come pre-stabilito nel *main agreement* o in un accordo ancillare.

Ad ogni periodo, un gruppo assume la posizione manageriale principale, occupandosi sia delle funzioni di top management che di quelle delle singole unità, mentre l'altro agisce da vice.

Al ciclo successivo, le posizioni vengono invertite.

Il controllo separato, se da un lato bilancia il desiderio di entrambi i partner di partecipare ai processi di gestione, espone d'altra parte la joint venture ai rischi che una mancata continuità a livello manageriale può comportare¹⁶¹.

Infine, un caso particolare riguarda le joint venture indipendenti (*independent joint ventures*). Queste operano in maniera del tutto autonoma e agiscono come *freestanding companies*¹⁶² in parallelo alle imprese madri.

Nessuno dei partner è coinvolto nelle operazioni manageriali della società, che sono affidate ad un team esterno autorizzato ad avere il pieno controllo su tutte le decisioni aziendali. Il *board of directors*, come appare evidente, giocherà quindi un ruolo del tutto nominale.

¹⁶¹ YAN, A., LUO, Y., *International Joint Ventures: Theory and Practice*, 2001, p. 95.

¹⁶² GRIFFITHS, A., WALL, S., *Economics for Business and Management*, 2005.

3.2.3. *Le deliberazioni societarie*

Indipendentemente dal tipo di controllo effettivamente esercitato sulla joint venture, assume rilevanza fondamentale un ulteriore concetto, riguardante questa volta l'aspetto decisionale.

In particolare, è importante verificare le modalità di formazione dei quorum necessari per la validità delle riunioni e delle deliberazioni degli organi sociali.

Molto spesso il peso delle rispettive partecipazioni alla società genera dei rapporti di forza poco bilanciati. Si prevede allora che il quorum relativo possa essere raggiunto soltanto con la necessaria presenza di tutti i partner.

È fatto salvo in ogni caso quanto previsto dallo statuto, tenendo sempre presente eventuali disposizioni di diritto societario del Paese in cui ha sede la joint venture.

Il minor peso dei *venturers* di minoranza viene quindi compensato da regole che garantiscano un'equa partecipazione alle decisioni della società.

Sarà il *main agreement*, o i patti parasociali¹⁶³, come spesso accade, a stabilire i criteri di formazione della volontà, considerando che quello certamente più garantista per la minoranza è rappresentato dall'unanimità.

Non mancano però casi in cui, in alternativa all'*unanimous consent*, viene riconosciuto al socio di minoranza un diritto di veto¹⁶⁴, concordandolo ex-ante nei vari *agreements*.

¹⁶³ PROVERBIO, D., *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, 2010.

¹⁶⁴ CIVERRA, E., *Società di capitali e posizione del socio*, 2010.

La funzione difensiva che svolgono tali pattuizioni è di fondamentale importanza se si tiene conto, in particolare, di quelle delibere che potrebbero modificare la portata dello statuto della società comune, determinando ad esempio aumenti di capitale che potrebbero rappresentare per il socio di minoranza ingenti ed ulteriori investimenti non preventivati in sede di costituzione; cambiare obiettivi e strategie precedentemente individuati o ancora modificare i rapporti commerciali tra la company e i singoli partner.

È importante infine ricordare che in sede di costituzione della società andranno determinate, tra i profili organizzativi, anche le regole che la joint venture dovrà adottare in materia di contabilità e finanza, in particolare¹⁶⁵:

- gli *accounting criteria*, ossia le regole contabili a cui la società dovrà attenersi, sempre tenendo conto di quelle previste dalla legge del posto;
- il *reporting*, report amministrativo che la società dovrà rilasciare secondo quanto previsto nel *main agreement*;
- il *debt/equity ratio*, individuando un indice di leva finanziaria ideale, le contribuzioni dei soci e il ricorso a debiti verso terzi;
- la *distribuzione dei dividendi*, ossia la distribuzione dei profitti (eventuali) della joint venture tra i soci e l'eventualità di reinvestire gli stessi nella società.

¹⁶⁵ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 344.

4. Durata della joint venture e cause di dismissione dell'accordo

Una delle differenze tra la joint venture societaria e quella contrattuale risiede nel fatto che mentre le prime si propongono di instaurare una collaborazione a lungo termine, le seconde hanno spesso una durata limitata, nella fattispecie correlata al raggiungimento dell'obiettivo.

Di conseguenza, la joint venture contrattuale ha una durata pari al periodo di tempo necessario per la realizzazione del progetto per il quale essa è stata stipulata.

Tuttavia, anche nelle joint venture societarie è possibile prevedere che il *main agreement* indichi eventuali ipotesi di risoluzione anticipata.

Sono queste ipotesi volte a tutelare i partner nel caso in cui si verificano, nel corso della collaborazione, degli eventi tali per cui la nuova società viene a trovarsi in una situazione del tutto diversa da quella iniziale.

Possono citarsi, a titolo esemplificativo, i casi in cui cambi l'azionista principale, che gli altri partner avevano volutamente scelto per le sue specifiche conoscenze e ne avevano fatto motivo principale dell'accordo: in tali circostanze appare evidente come la struttura della *NewCo* si modifichi radicalmente, portando i restanti *venturers* a scegliere di non continuare nell'iniziativa intrapresa.

Come afferma in una delle sue ricerche l'economista Alster (1986)¹⁶⁶, vi sono diverse cause che possono incidere negativamente sull'andamento dell'accordo: un diverso livello di impegno dei partner, valutazioni errate circa l'organizzazione e la gestione

¹⁶⁶ La ricerca è stata ripresa in Italia da TURATI, C., in *Economia e Management*, vol.3, luglio 1988.

manageriale, cambiamento continuo degli obiettivi della coalizione, non compatibilità di strutture tra i *co-venturers*.

Si tratta, nella maggior parte delle ipotesi, di difficoltà che nascono a livello interaziendale e che si diramano fino a condizionare l'intero accordo.

In considerazione di quanto detto, appare evidente come sia di fondamentale importanza avere chiaramente presente quali potrebbero essere, per ciascun partner, i potenziali oneri derivanti dalla cessazione dell'accordo, in modo che sia possibile valutare a priori costi e benefici dell'eventuale fallimento della joint venture.

Casi di risoluzione anticipata possono derivare anche dall'inadempimento, laddove questo sia stato previsto come motivo di risoluzione del contratto¹⁶⁷.

Infine, nell'ipotesi in cui una delle parti dovesse incorrere, durante la permanenza dell'accordo, in una procedura concorsuale¹⁶⁸, il *venturer in bonis* avrà interesse a rilevare la partecipazione del *venturer* in difficoltà per non pregiudicare l'andamento della società.

È importante quindi che il *main agreement* preveda quali siano le conseguenze in caso di risoluzione anticipata e del contratto e quale sia la sorte dei rapporti ad esso collegati¹⁶⁹.

Per quanto infatti possa sembrare logico che i contratti ancillari seguano la sorte del contratto principale, non è raro che si decida di non comprometterli, perlomeno per un certo periodo di tempo.

¹⁶⁷ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010.

¹⁶⁸ DI PACE, M., *Crisi di impresa e soluzioni. Manageriali, extragiudiziali, giudiziali e concorsuali*, 2012.

¹⁶⁹ HENNART, J.F., ZENG, M., *Structural determinants of joint venture performance*, in "European Management Review", vol.2, 2005.

4.1. Modalità di composizione della vertenza

Nel capitolo precedente si è già discusso dell'importanza fondamentale che rivestono gli arbitri in materia di diritto commerciale internazionale e di accordi tra imprese aventi diversa nazionalità. In questa sede si vuole dare quale breve cenno alla necessità che il *main agreement* preveda quale sia il modo di risoluzione delle eventuali controversie.

Sappiamo che al sistema dell'arbitrato viene generalmente riconosciuto il merito di contribuire alla formazione di quel sistema di regole e usi noto come *lex mercatoria*¹⁷⁰.

Ciò che resta da precisare sono i vantaggi che secondo alcuni studiosi della materia¹⁷¹ deriverebbero dalla scelta di riservare ad un collegio arbitrale la risoluzione delle controversie in cui possono incorrere i partecipanti ad una joint venture.

Volendo elencarne alcuni si potrebbe ricordare la neutralità degli arbitri, la competenza specifica, il maggior distacco dalle singole legislazioni nazionali, le procedure più semplici, la facilità di pervenire ad una soluzione amichevole della controversia, la riconoscibilità all'estero.

In realtà, secondo altri¹⁷², tali vantaggi esisterebbero solo sulla carta, poiché un insuperabile compromesso dovuto alla scelta di rivolgersi ad arbitri sta nella eccessiva discrezionalità che questi godono nella decisione della vertenza.

¹⁷⁰ Per approfondimenti sull'importanza degli arbitri e del sistema dell'arbitrato si veda: BERNARDINI, P., *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, 2008.

¹⁷¹ In particolare diversi vantaggi furono individuati già nel 1984 da BORTOLOTTI, F., in *Introduzione al diritto dei contratti internazionali*, Il Sole 24 Ore, pp. 138 e ss.

L'introduzione di una clausola compromissoria all'interno del *main agreement* (o degli *ancillary agreements*), stante l'importanza che riveste, è bene che sia dunque quanto più precisa possibile.

Le parti dovrebbero innanzitutto indicare a tal fine se gli arbitri devono decidere secondo diritto o secondo equità e se devono limitarsi ad integrare la volontà delle parti o se potranno decidere su questioni diverse che comunque non esulano dalla loro competenza.

Infine, un'altra fondamentale previsione riguarda la possibilità dell'intervento di una c.d. *appointing authority* che decida la nomina degli arbitri nel caso in cui le parti manifestino dissensi insuperabili sulla stessa¹⁷³.

¹⁷² BELLODI L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, 1989.

¹⁷³ LOWENFELD, A.F., *The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections*, 1995.

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA ANTITRUST: JOINT VENTURES E ANCILLARY RESTRAINTS

1. Le origini della disciplina antitrust negli Stati Uniti

Le prime legislazioni a tutela della concorrenza nascono sul finire dell'800 in America, in risposta ad una serie di problemi economici e sociali scaturiti dalla ristrutturazione del sistema economico americano¹⁷⁴.

La prima parte del XIX secolo fu infatti contraddistinta da una “sanguinosa” guerra dei prezzi, scoppiata a causa di sostanziali cambiamenti macroeconomici che portarono ad una rivoluzione dei mercati, delle economie di scala e di varietà, dei costi¹⁷⁵.

¹⁷⁴ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013.

¹⁷⁵ □ l'indomani della Guerra Civile Americana: fino ad allora, l'economia era in gran parte locale, produttori, distributori e rivenditori erano generalmente di piccole dimensioni. La guerra civile ha dimostrato l'utilità di grandi imprese nel soddisfare le richieste di massicce produzioni, e gli imprenditori americani capirono subito l'importanza di attrarre ingenti capitali.

Le maggiori imprese statunitensi, sopravvissute a tale difficile periodo, si adoperarono ben presto per individuare un sistema che garantisse ricavi e profitti apprezzabili, e al tempo stesso un maggior senso di tranquillità.

Un primo vero tentativo in questo senso si deve alle compagnie ferroviarie che misero a punto un primordiale sistema, il *pooling*¹⁷⁶, antenato dell'attuale cartello.

Il sistema prevedeva che le imprese si accordassero fra di loro per la nomina del “gestore del *pool*”; questi aveva poi il compito di determinare i margini di profitto e le quote di mercato di ciascun aderente.

L'esperienza del *pooling* ebbe, tuttavia, poca fortuna: l'*Interstate Commerce Act* del 1887, infatti, troncò sul nascere ogni speranza delle imprese di muoversi in questa direzione, vietandone l'utilizzo.

Un'idea di fondo si era però radicata tra i più importanti imprenditori del periodo: bisognava accordarsi per mantenere un livello dei prezzi sufficientemente alto, tale da garantire dei consistenti margini di profitto.

In questo contesto si inserisce il principale imprenditore petrolifero del tempo, John D. Rockefeller¹⁷⁷, a cui viene attribuita l'intuizione di utilizzare lo strumento del trust per dare carattere ai patti limitativi della concorrenza.

Antichissimo istituto anglosassone, il trust consiste nell'assegnare ad un fiduciario i propri diritti: la struttura tipica prevede che il *settlor* (disponente) trasferisca beni di

¹⁷⁶ SPARANO, R., ADDUCCI, E., *Introduzione al diritto della concorrenza*, 2004.

¹⁷⁷ New York, 8 luglio 1839 – Ormond Beach, 23 maggio 1937, John Davison Rockefeller fu un grande capitalista e industriale americano. Fondò la Standard Oil, una delle più grandi compagnie petrolifere di sempre, portandola ad una espansione senza precedenti.

Viene da molti ricordato come uno degli uomini che hanno cambiato il mondo: HAMEN, S. E., *John D. Rockefeller: Entrepreneur & Philanthropist*, 2011; SEGALL, G., *John D. Rockefeller: Anointed with Oil*, 2001; WINKLER, J.K., *John D. Rockefeller: A Portrait in Oils*, 2007; CHERNOW, R., *Titan: The Life of John D. Rockefeller, Sr.*, 2007.

sua proprietà ad un affidatario, il *trustee*, affinché quest'ultimo li amministri in maniera autonoma nell'interesse di uno o più beneficiari¹⁷⁸.

La trasposizione dell'istituto del trust nel gioco della concorrenza avveniva prevedendo che gli amministratori delle società che aderivano all'accordo si concedessero, vicendevolmente, il diritto di partecipare e votare nei rispettivi consigli.

In questo modo, a ciascun consiglio di amministrazione di ogni singola impresa aderente partecipavano tutti i concorrenti di un determinato mercato.

Veniva così da una parte garantita la possibilità di monitorare il comportamento dei propri *competitors* e dall'altra assicurata la stabilità delle proprie attività, per porre rimedio a quello che veniva considerato un difetto fatale del nuovo ordine economico: l'eccesso di concorrenza.

Lo Standard Oil Trust fondato da Rockefeller segnò l'inizio di un successo immediato e coinvolgente, al punto che all'inizio del 1888, anno di elezioni presidenziali negli Stati Uniti, il sistema dominava il mercato del petrolio, dei trasporti ferroviari, dello zucchero, del grano e di molte altre materie prime (il Cotton Trust, il Lead Trust, lo Sugar Trust, ed il Whiskey Trust sono solo alcuni dei colossi che in breve tempo monopolizzarono l'economia statunitense¹⁷⁹).

Il potere collusivo di tali accordi colpì quasi subito i comparti più deboli: mentre aumentava sfacciatamente la ricchezza accumulata da Rockefeller e gli altri *Robber*

¹⁷⁸ SARRO, R., *Le risposte del trust. Il trust spiegato in parole semplici e tramite esperienze di vita*, 2010.

¹⁷⁹ MAYER, D., WARNER, D., SIEDEL, G., LIEBERMAN, J.K., *History and Basic Framework of Antitrust Laws in the United States*, in *Government Regulation and the Legal Environment of Business*, 2012.

Barons (baroni dell'industria, come vennero definiti) si assisteva ad un progressivo impoverimento della *middle class* americana e dei piccoli e medi operatori, in particolare agricoltori e commercianti, che le grandi industrie organizzate in trust stavano mettendo a dura prova.

Con il peggiorare delle condizioni le rimostranze si fecero sempre più dure ed insistenti¹⁸⁰: le classi rurali sapevano che l'economia era ormai nelle mani delle grandi *corporations* e dei loro *trust*, ma al contempo erano ben cosce di giocare ancora un ruolo fondamentale in ambito politico¹⁸¹.

Non a caso, infatti, sia i democratici che i repubblicani, durante la campagna presidenziale del 1888, inclusero nel proprio programma misure volte alla tutela della concorrenza - e dunque contro il trust - cavalcando il malcontento generale.

Da qui l'origine del termine "*anti-trust*", oggi utilizzato con riferimento generale alla normativa posta a tutela della concorrenza¹⁸².

Nel 1889 il nuovo Presidente degli Stati Uniti d'America, il repubblicano Benjamin Harrison, condannava i monopoli come "pericolose cospirazioni", premendo per l'emanazione di una legge che rimediasse alle perdite subite dalla concorrenza.

La prima legge antitrust, lo *Sherman Antitrust Act*, venne emanata dal Congresso degli Stati Uniti nel 1890, su proposta del senatore dell'Ohio John Sherman, da cui prese il nome.

¹⁸⁰ Tanti furono anche i giornalisti che si scagliarono contro i *Robber Barons*: tra i più accaniti la giornalista Ida Tarbell, che raccolse tutti gli articoli pubblicati in quegli anni in "*The History of Standard Oil Company*" del 1904, e Henry Lloyd, che condusse un'audace campagna diffamatoria contro Rockefeller con i suoi articoli sul "*The Atlantic*".

¹⁸¹ SPARANO, R., ADDUCCI, E., *Introduzione al diritto della concorrenza*, 2004.

¹⁸² ROCKEFELLER, E.S., *La religione dell'antitrust. Riti e pratiche della politica della concorrenza*, 2011.

Benché il Canada avesse già introdotto, nel 1889, leggi contro gli accordi restrittivi della concorrenza, è proprio allo Sherman Act che vengono comunemente fatte risalire le origini del diritto antitrust.

Il testo approvato riprendeva la tradizionale terminologia di common law, condannando qualsiasi combinazione o cospirazione “*in restraint of trade*” e punendo inoltre ogni tentativo di monopolizzare il mercato¹⁸³.

La sezione prima dello Sherman Act individuava le condotte contrastanti con la concorrenza e le relative sanzioni: “*every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is declared to be illegal*”.

Le pene previste erano anche piuttosto elevate, a partire dalla multa di 10.000 dollari fino alla reclusione per un anno¹⁸⁴, per confermare il disvalore associato alle condotte restrittive della concorrenza¹⁸⁵.

La sezione seconda si preoccupava invece di condannare ogni tentativo di monopolizzazione del mercato: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor*”.

¹⁸³ PARDOLESI, R., *Diritto antitrust: questioni generali*, in “Il Diritto-Encic. giur.”, vol. V, 2007.

¹⁸⁴ LETWIN, W., *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, 1981.

¹⁸⁵ Il Congresso precisava infatti: “*violations of the Sherman Act are now felonies*”, ossia gravi delitti.

Veniva inoltre istituita la *Intestate Commerce Commission*, autorizzata dal governo federale ad avviare procedimenti contro le imprese che avessero messo in pericolo il corretto e naturale sviluppo della concorrenza.

Restava tuttavia oscura la *ratio legis* della nuova normativa: l'intenzione principale consisteva nel privilegiare il benessere dei consumatori o nell'arginare il potere dei colossi economici?

Ancora, il testo colpiva intese e cartelli, così come i tentativi di monopolizzare il mercato, ma tralasciava una pratica altrettanto pericolosa, ossia le concentrazioni tra più imprese concorrenti.

La breccia lasciata aperta da tale lacuna ispirò tantissime imprese statunitensi che riuscirono a coordinare il loro comportamento sul mercato proprio dando vita a imponenti processi di concentrazione.

La Standard Oil Trust, che nel frattempo si era riorganizzata sotto forma di holding, venne tuttavia colpita, nel 1911, da una sentenza divenuta ormai storica della Corte Suprema (*Standard Oil Co. v. US* 221 U.S. 1, 1911).

Le pratiche attuate dalla *company* vennero considerate un tentativo di monopolizzare il mercato, ed essa venne smembrata in 34 imprese che avrebbero dovuto operare in mercati geograficamente distinti¹⁸⁶.

Per comprendere la portata della decisione basta pensare che da tale separazione ebbero origine società come la Arco, la Mobil, la Chevron Amoco, la Exxon, che hanno dominato i mercati petroliferi per buona parte del XX secolo¹⁸⁷.

¹⁸⁶ GHEZZI, F., OLIVIERI, O., *Diritto Antitrust*, 2013.

¹⁸⁷ TARBELL, I.,M., *The History of the Standard Oil Company*, 2010.

Ciò nonostante, decisioni giurisprudenziali di questo genere finirono per contribuire all'indebolimento di un impianto legislativo che, per indeterminatezza di formulazioni, assenza di basi solide ed eccessivi margini di apprezzamento interpretativo, si era rivelata da subito sin troppo debole.

Si generarono così le condizioni ottimali per un ulteriore sforzo legislativo, che portò all'emanazione, nel 1914, di due nuovi statuti: il *Clayton Act*¹⁸⁸, che individuava un insieme di violazioni specifiche e minuziosamente definite, sottratte alle manipolazioni della “*rule of reason*”¹⁸⁹ che invece finiva per escludere dalla sfera di competenza del diritto della concorrenza quelle restrizioni che potevano essere considerate “ragionevoli”; ed il *Federal Trade Commission Act*, che istituiva una nuova autorità indipendente, l'attuale *Federal Trade Commission*, con il compito di provvedere ad un aggressivo *enforcement* della disciplina antitrust e promuovere la libera e corretta concorrenza nel sistema economico.

Ebbe così inizio la lunga esperienza statunitense in materia di antitrust, che venne arricchita da ulteriori contributi normativi nel 1936 con l'emanazione del *Robinson-Patman Act*¹⁹⁰ e nel 1950 con il *Celler-Kefauver Act*¹⁹¹ ed i suoi successivi

¹⁸⁸ Il testo fu predisposto dal deputato Henry De Lamar Clayton, democratico dell'Alabama: RODABAUGH, K., *Congressman Henry D. Clayton and the Dothan Post Office Fight: Patronage and Politics in the Progressive Era*, in “Alabama Review” n. 33, aprile 1980.

¹⁸⁹ Uno dei principi cardine del Common Law: DI VIA, L., *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in “Diritto commerciale internazionale”, 10 febbraio 1996, p. 289.

¹⁹⁰La legge federale approvata nel 1936 è un emendamento al Clayton Antitrust Act volto a combattere la concorrenza sleale. Viene prevista la necessità che il rivenditore applichi sui propri prodotti gli stessi prezzi, indipendentemente dall'acquirente, per prevenire che i grandi acquirenti ottengano vantaggi rispetto ai piccoli acquirenti. La legge si applica solo alle vendite di beni materiali, simili in termini di qualità, completate entro un lasso di tempo ragionevolmente breve. Per maggiori approfondimenti storici si veda: LA RUE, P.H., *The Robinson-Patman Act: Policy and Law*, 1980.

¹⁹¹ Approvato nel 1950, il Celler-Kefauver Act vieta ulteriori pratiche, in particolare determinate fusioni ed acquisizioni di imprese, che comporterebbero la creazione di monopoli o ridurrebbero

aggiustamenti, e valorizzata nel tempo dal prezioso bagaglio di esperienza applicativa maturato dalla Corte Suprema.

2. Le norme antitrust Comunitarie

La situazione economica dell'Europa di fine XIX secolo non era molto diversa da quella americana. Tuttavia, nel nostro continente, lo sviluppo di norme a tutela della concorrenza è stato molto più recente.

Ciò fu dovuto anche alla differente concezione di Stato e di economia che ha contraddistinto e, ancora in parte, contraddistingue le due realtà¹⁹².

La reazione europea a tensioni politiche ed economiche sempre più pungenti fu infatti opposta a quella americana: gli Stati non si posero l'obiettivo di debellare cartelli e consorzi rischiosi per la concorrenza, ma tentarono di amministrarli.

La presenza diretta dello Stato nell'economia era considerata l'unica valida alternativa possibile per garantire una certa stabilità di prezzi ed un costante equilibrio tra domanda e offerta.

significativamente la competitività sul mercato. Uno dei primi testi a riguardo: COHEN, M.J., *The Celler-Kefauver Act and Mergers Since 1951*, 1964.

¹⁹² Mentre, infatti, negli Stati Uniti predominano le tesi Lockiane e Calviniste, per cui l'esaltazione della libertà di iniziativa del singolo impone allo Stato una limitazione di poteri, in particolare in materia economica, in Europa lo Stato, omaggiato dalla filosofia di Jean-Jacques Rousseau, detiene poteri illimitati e diviene fulcro dell'intera attività di un paese, soprattutto quella economica.

In forme più o meno simili gli Stati europei diedero vita in breve tempo, solo per citarne alcune, a società telefoniche, società di produzione e gestione energetica, società di trasporti e società petrolifere che operavano in regime di monopolio pubblico¹⁹³.

Lo statalismo europeo fece sì che nei diversi paesi del vecchio continente si sviluppassero realtà industriali sufficientemente forti ma fin troppo protette, al punto che un regime di maggiore concorrenza le avrebbe messe alle strette in poco tempo.

Agli inizi del XX secolo tale sistema iniziò a mostrare tutti i propri limiti, fra cui una naturale inadeguatezza e una forte tendenza a produrre effetti distorsivi¹⁹⁴.

In questo contesto si sviluppa l'ideologia ordoliberalista degli studiosi di Friburgo: un gruppo di economisti e di giuristi che cominciano a prospettare un diverso scenario, caratterizzato da un minore potere dello Stato in ambito economico, da un maggiore impulso al libero scambio e dall'introduzione di norme antitrust anche nei sistemi europei¹⁹⁵.

Si apre così anche per l'Europa la strada verso l'adozione di norme antimonopolistiche, un po' forzata dalle imposizioni degli Alleati¹⁹⁶, un po' frutto di una rivoluzione economico-politica ormai manifesta.

¹⁹³ MASTELLONE, S., *Storia del pensiero politico europeo: dal XIX al XX secolo*, 2002.

¹⁹⁴ SPARANO, R., ADDUCCI, E., *Introduzione al diritto della concorrenza*, 2004.

¹⁹⁵ Si veda per approfondimenti sulle teorie ordoliberali: MÖSCHEL, W., *The Proper Scope of Government viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in "JITE", vol 157, n°1, 2001; GERBER, D.J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998.

¹⁹⁶ Dopo la seconda guerra mondiale, gli Alleati imposero ai paesi sconfitti l'adozione di norme a tutela della concorrenza, vuoi per disgregare il potere economico, vuoi per facilitare l'ingresso delle imprese statunitensi nei mercati europei. In Germania, in particolare, l'introduzione di una normativa antitrust era uno dei presupposti per il ritiro delle proprie truppe e per l'avvio del processo di democratizzazione: GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013, p. 11.

La prima organica legislazione antitrust, che seguì all'adozione frettolosa di norme di diritto della concorrenza a carattere provvisorio, viene emanata in Germania nel 1957¹⁹⁷, dove il Professor Franz Böhm, uno dei massimi esponenti della cerchia di Friburgo, la presenterà al *Bundestag* come «*genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte*» ossia un'arma geniale contro il potere economico concentrato.

In realtà, a livello sopranazionale, Jean Monnet e Robert Schuman, erano già riusciti ad introdurre regole di concorrenza nell'ambito del Trattato che istituiva la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio nel 1951.

Il Trattato CECA, sottoscritto a Parigi tra Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo, Germania e Olanda, prevedeva all'art. 65 un divieto per le intese restrittive della concorrenza, e all'art. 66 una prima forma di controllo delle concentrazioni¹⁹⁸.

Il processo di integrazione europea era ormai iniziato e pochi anni più tardi, nel 1957, si giunse alla firma del Trattato di Roma, istitutivo della Comunità Economica Europea.

All'art. 2 veniva previsto che «*la Comunità ha il compito di promuovere (...) uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, (...) un alto grado di competitività e convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione ambientale e la solidarietà tra stati membri*».

¹⁹⁷ □ la *Dekartellierungsgesetze*, letteralmente “legge di decartellizzazione”.

¹⁹⁸ FRUMENTO, A., *Orientamento sovranazionale e i programmi nazionali nella CECA*, in “Giornale degli Economisti e Annali di Economia”, Nuova Serie, Anno 21, No. 5, 1962.

L'obiettivo della tutela della concorrenza trovava espressamente posto all'art. 3, lett. g), ai sensi del quale era necessario garantire che la concorrenza non fosse *«falsata nel mercato interno»*.

In particolare, le disposizioni direttamente previste a tutela della concorrenza erano due: l'art. 85, che vietava tutti gli accordi *«che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune»*; e l'art. 86, che si preoccupava di condannare *«lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante nel mercato comune o su una parte sostanziale di questo»*.

Nessuna norma era prevista con riguardo alle operazioni di concentrazione, sulle quali i pareri degli Stati firmatari erano tutt'altro che univoci.

Alla lacuna venne posto rimedio soltanto nel 1989, con l'emanazione del Reg. n. 4064/89, che introdusse una serie di disposizioni di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese¹⁹⁹.

Al termine di diverse rinumerazioni, gli articoli che oggi interessano la disciplina antitrust comunitaria sono il 101 e 102 (rispettivamente in materia di intese e di abusi di posizione dominante) del TFUE, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, erede del Trattato di Roma e da ultimo modificato a Lisbona nel 2009.

Accanto a questi due pilastri della normativa sono previste ulteriori disposizioni riguardanti le imprese pubbliche (art. 106 TFUE) e gli aiuti di stato (art. 107 TFUE).

¹⁹⁹ Il Regolamento verrà approfondito nei paragrafi successivi, stante l'importanza che riveste con riferimento agli accordi di joint venture che, anticipandolo fin da ora, a determinate condizioni vengono considerati forme di concentrazione.

La disciplina sulle concentrazioni è rimasta ancora estranea ai Trattati e, dopo diversi interventi, è attualmente contenuta nel Reg. n. 139/2004.

Infine, un'importante considerazione va dedicata alla modifica dell'art. 3 TUE effettuata a Lisbona nel 2009.

Oggi tra gli obiettivi fondamentali che l'Europa deve perseguire, non compare più quello di garantire una concorrenza non falsata: il nuovo articolo recita infatti al terzo comma: *«L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».*

La nuova formulazione dell'articolo comporta necessariamente una modifica dell'interpretazione della disciplina antitrust comunitaria alla luce di obiettivi gerarchicamente sovraordinati enunciati nel Trattato.

Viene così enfatizzata la dimensione funzionale della concorrenza con la conseguenza che le norme di riferimento dovranno essere applicate tenendo conto della necessità che vengano garantiti principi superiori, quali appunto il progresso scientifico e tecnologico, l'occupazione e la tutela ambientale.

In questo modo la Commissione potrebbe ritrovarsi ad autorizzare accordi del tutto contrari alla disciplina antitrust in nome di tali superiori principi, come era avvenuto già nel 1992, con il caso emblematico *Ford/Volkswagen*, quando venne autorizzata la costituzione di una joint venture che avrebbe eliminato la concorrenza tra due delle

principali imprese automobilistiche in Europa perché il progetto costituiva «*il maggior investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo*»²⁰⁰.

Obiettivi, priorità e metodi di valutazione delle norme antitrust in ambito europeo sono mutati, e continueranno a mutare, nel corso del tempo: proprio per tale ragione è necessario tenerne conto, affinché si possa giungere ad una corretta applicazione delle disposizioni comunitarie.

2.1. La Direzione Generale della concorrenza (DG competition)

L'*enforcement* delle norme poste a tutela della concorrenza dal TFUE è riservato alla Direzione Generale della concorrenza (*Directorate General for Competition*) della Commissione Europea, con sede a Bruxelles.

²⁰⁰ 93/49/CEE: Decisione della Commissione, del 23 dicembre 1992, relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato (in *GUCE* n. L 20/19). Tra le motivazioni si legge: «*Ai fini della valutazione del presente caso, la Commissione tiene inoltre conto del fatto che il progetto costituisce il maggiore investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo. Si ritiene che esso porti, fra l'altro, alla creazione di circa 5 000 posti di lavoro e crei indirettamente fino a 10 000 posti di lavoro, mediante altri investimenti nell'industria delle forniture. Il progetto contribuisce quindi alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità e alla riduzione delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato. Esso promuove inoltre l'integrazione europea di mercato poiché vincola più strettamente il Portogallo alla Comunità attraverso una delle sue principali industrie. Ciò non sarebbe sufficiente ai fini di un'esenzione qualora non venissero soddisfatte le condizioni dell'articolo 85, paragrafo 3, ma si tratta di un elemento di cui la Commissione ha tenuto conto*».

La DG si preoccupa di evitare distorsioni della concorrenza e di assicurare l'efficienza del mercato unico, cercando al tempo stesso di contribuire al benessere dei consumatori e alla competitività dell'economia europea.

Nello svolgimento delle sue funzioni, l'Autorità comunitaria svolge una duplice attività: da un lato quella investigativa, dall'altro quella di *decision-making*.

Essa infatti assume direttamente tutte le azioni necessarie nei confronti delle imprese che si rendano colpevoli di comportamenti illeciti, siano essi accordi anticoncorrenziali, sfruttamento abusivo di posizione dominante o tentativi di monopolizzazione del mercato.

Destinatari dei provvedimenti della DG possono essere anche i governi degli Stati membri, spesso responsabili di offrire un sostegno eccessivo alle imprese nazionali, con il rischio di falsare la concorrenza.

Al tempo stesso, l'Autorità comunitaria collabora con le Autorità nazionali per garantire un'applicazione uniforme della normativa antitrust e per permettere un corretto esplicarsi del gioco della concorrenza.

Nel tempo gli obiettivi della Direzione Generale hanno subito le variazioni dettate dall'evolversi dell'interpretazione dei trattati ed ogni anno vengono previste delle *key priorities* su cui focalizzarsi: in particolare, per il 2014, la DG intende investire notevoli risorse per contribuire attivamente alle iniziative della Commissione volte a promuovere una crescita intelligente e sostenibile dell'Europa, a vantaggio di imprese e consumatori²⁰¹.

²⁰¹ Gli obiettivi strategici della Commissione sono stati presentati dal Presidente Barroso l'11 settembre 2013 (*State of the Union address 2013*) e riflessi nel *Work Programme 2014*.

Così il Direttore Generale, Alexander Italianer, definisce oggi la politica dell'Autorità: *«competition policy will remain a formidable instrument for exploiting the full growth potential of the Internal Market and achieving the goals of the Europe 2020 Strategy. All our enforcement actions and policy initiatives will continue to be guided by these overarching objectives²⁰²»*.

3. La legge antitrust italiana

Il dibattito sulla necessità di dotare il Paese di una normativa antitrust si accese in Italia sin dagli anni Cinquanta.

Benché non mancassero le opinioni di chi vedeva nell'introduzione di una disciplina a tutela della concorrenza lo strumento indispensabile per la ristrutturazione dei mercati e la deconcentrazione del potere economico²⁰³, rimaneva salda la convinzione che la debolezza economica del nostro Paese mal si conciliava con l'opportunità di limitare la libertà di azione delle imprese, vincolando così la loro possibile crescita.

A ciò va aggiunto che lo sviluppo del settore delle imprese pubbliche, giustificato razionalmente con l'esigenza di governare la crescita economica degli anni '60, iniziava ad acquisire in quel decennio, e poi negli anni '70, il carattere di un processo

²⁰² Management Plan 2014, DG Competition.

²⁰³ Liberali di destra e di sinistra, ma anche socialisti come Lombardi, o riformisti come La Malfa.

diffuso e incontrollato²⁰⁴, finendo per negare la finalità stessa della normativa antitrust, ossia l'applicazione uniforme di regole uguali per tutti.

A lungo andare, constatato il fallimento del sistema delle partecipazioni statali che ha condotto ai vari smantellamenti negli anni '90²⁰⁵, introdurre in Italia un corpo di norme a tutela della concorrenza parve necessario non tanto per limitare il potere economico privato, quanto il potere economico pubblico.

Il processo di liberalizzazione promosso dagli organi comunitari, inoltre, pose in concorrenza gli stessi sistemi nazionali, e per rimanere in gioco era necessario dotarsi delle stesse regole²⁰⁶.

Dopo due anni di dibattiti parlamentari, l'Italia legifera ufficialmente in tema di antitrust soltanto il 10 ottobre 1990, con la legge n.287, tutt'ora in vigore.

Indubbiamente si tratta di una regolamentazione tardiva, giunta quando ormai tutti i maggiori partner commerciali comunitari si erano già dotati norme a tutela della concorrenza.

Tuttavia può ritenersi che la nuova legge si sia giovata della vasta dialettica sviluppatasi in quegli anni, e di tale ritardo è stato possibile apprezzare gli aspetti positivi: *«la nuova legge ha potuto superare vecchie concezioni ed accogliere i più recenti orientamenti, risultando in definitiva la più moderna rispetto alle altre normative antitrust vigenti. In particolare, essa ha profondamente assimilato lo*

²⁰⁴ PERA, A., *Vent'anni dopo: L'introduzione dell'antitrust in Italia*, in "Rivista annuale di concorrenza", 2010.

²⁰⁵ DE PAOLI, L., *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas in Italia*, in "Economia Delle Fonti Di Energia E Dell'ambiente", Vol.1, 2000.

²⁰⁶ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013, p.23.

*spirito comunitario dal quale è caratterizzata al punto tale che (...) proclama espressamente e solennemente gli stretti rapporti con l'ordinamento europeo*²⁰⁷».

La legge n. 287/90 segna un momento di svolta della politica economico-legislativa italiana anche per un'altra ragione.

Il testo dell'art. 1 recita infatti: *“Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese”*.

Per la prima volta, quindi, art. 41 della Costituzione costituisce esplicita garanzia del sistema concorrenziale²⁰⁸, un sistema in cui la libertà d'iniziativa dell'impresa può essere limitata soltanto dalla legge stessa.

Il Legislatore italiano, per il resto, non si è discostato molto dalla normativa comunitaria, ed anzi l'ha assunta a modello.

Tale scelta, dovuta anch'essa molto probabilmente al ritardo dell'introduzione, è risultata in seguito particolarmente felice, sia a livello interpretativo che per quanto riguarda il carattere sufficientemente semplice delle norme.

Leggendo il testo della legge n. 287/90, infatti, appare subito evidente come le disposizioni nostrane altro non siano che la trasposizione di quelle comunitarie.

Gli artt. 2 e 4 riprendono il divieto delle intese restrittive della concorrenza e le eventuali esenzioni contenute oggi dall'art. 101 TfUE (l'allora art. 85 del Trattato di

²⁰⁷ SAJA, F., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato: prima esperienza e prospettive di applicazione della legge*, in “Giurisprudenza Commerciale”, Vol.1, 1991, p.455.

²⁰⁸ CATRICALÀ, A., LALLI, A., *L'antitrust in Italia: il nuovo ordinamento*, 2010, p. 6.

Roma), mentre l'art. 3 sul divieto di abuso di posizione dominante è la "traduzione" dell'art. 102 TfUE (l'allora art. 86 del Trattato di Roma).

Anche con riferimento alla materia relativa al controllo delle concentrazioni è stato preso a riferimento il Reg. n. 4064/89, prevedendo agli artt. 5, 6 e 7 della l. n. 287/90 le relative nozioni²⁰⁹.

In mancanza di riferimenti e precedenti giurisprudenziali interni, il Legislatore italiano ha inoltre optato per l'inserimento di una disposizione rivelatasi fondamentale, oltre che di notevole aiuto agli operatori della materia.

Il comma 4 dell'art. 1 della suddetta legge dispone infatti a chiare lettere: *«l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza»*.

Si è cercato in questo modo di dettare una disciplina sostanzialmente conforme a quella del Trattato di Roma evitando allo stesso tempo sovrapposizioni e conflitti tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario²¹⁰.

Viene in ogni caso precisato, sempre allo stesso articolo, che la disciplina italiana si applica a quei divieti che non rientrano nell'ambito di competenza comunitaria.

Come è stato giustamente notato *«la scelta esplicita del Legislatore italiano di adottare il c.d. principio della "barriera unica" è stato un segnale particolarmente importante della volontà politica di mettere al centro della regolamentazione della*

²⁰⁹ In questo caso, è necessario precisare che le modifiche intervenute in sede europea, in particolare con il Regolamento n. 139 del 2004, hanno in parte allontanato i due modelli. Per approfondimenti si veda: GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013.

²¹⁰ SPOLIDORO, M.S., *La disciplina antitrust in Italia*, in "Rivista delle Società", 1990, p. 1292.

materia antitrust l'impostazione e la caratteristica di primazia dell'istituzione comunitaria²¹¹».

Le finalità che la legge antitrust italiana si pone sono ben chiare: disciplinare la concorrenza non deve essere l'unico obiettivo, è necessario prestare attenzione al benessere dei consumatori, al miglioramento qualitativo della produzione e della distribuzione, al progresso tecnologico.

3.1. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)

Tra le principali innovazioni della legge n. 287/90 occorre soffermarsi sull'istituzione dell'Alta Autorità Garante della concorrenza e del mercato, prevista dall'art. 10.

L'Autorità è un organo collegiale che *«opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione²¹²».*

Il d.l. n. 201/2011 convertito, con modifiche, dalla legge n. 214 del 2011, ne ha ridotto il numero dei componenti, dagli originari cinque agli attuali tre, compreso il Presidente, nominati d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

²¹¹ GHIROTTI, E., *Il patto di non concorrenza nei contratti commerciali*, in CENDON, P., *Il Diritto Privato oggi*, 2008, p. 48

²¹² Titolo II, ISTITUZIONE E COMPITI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, art. 10, comma 2.

Le facoltà di cui dispone l'Autorità investono l'intera politica della concorrenza: essa possiede infatti poteri consultivi, istruttori e di indagine in relazione alle tre categorie di comportamenti vietati dalla legge, intese restrittive della concorrenza, abuso di posizione dominante e concentrazioni che costituiscono o rafforzano posizioni che rischiano di falsare la concorrenza.

Inoltre, in seguito alle modifiche introdotte dalla legge n. 248 del 2006, l'Autorità è stata investita del potere di deliberare d'ufficio l'adozione di misure cautelari in «*casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza*²¹³» infliggendo sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato qualora le imprese non si adeguino tempestivamente alla disposizione della misura.

Ciò che esula dalla competenza del Garante è invece l'intervento sul mercato volto a ripristinare condizioni di concorrenza efficaci, imponendo ai soggetti interessati condotte positive²¹⁴. Semmai, tali compiti sono attribuiti alle Autorità di regolamentazione, ed anzi è proprio questa una delle differenze fondamentali tra esse ed il Garante.

Generalmente, il confine di demarcazione tra le due istituzioni si fa più sottile quando si tratta di considerare operazioni di concentrazioni, come quelle a cui potrebbero dar vita degli accordi di joint venture.

²¹³ Art. 14 bis, inserito dall'articolo 14, comma 1, del decreto-legge 223/2006 convertito, con modifiche, dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248 recante “*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*”.

²¹⁴ BEDOGNI, C. R., BARUCCI P., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 2010.

In questo caso infatti, vietando o ammettendo una determinata operazione, il Garante finisce inevitabilmente per condizionare l'andamento del mercato.

A partire dalla seconda metà degli anni '90, inoltre, l'attività del Garante è stata ulteriormente ampliata, in particolare con riferimento alla tutela diretta ed indiretta del consumatore²¹⁵, potendo oggi, tra le altre cose, intervenire con pareri e segnalazioni nei confronti di provvedimenti normativi.

Occorre infine sottolineare un'importante modifica intervenuta con il Reg. CE n. 1/2003 il quale consente, ed anzi impone, alle Autorità nazionali di applicare la normativa europea a tutte quelle fattispecie anche potenzialmente pregiudizievoli del commercio tra gli Stati membri.

È stato così colmato un preoccupante vuoto legislativo che rischiava di eliminare quasi completamente lo spazio di applicazione della disciplina nazionale.

Infatti, di fronte a comportamenti di imprese italiane suscettibili di determinare effetti pregiudizievoli a livello comunitario l'Autorità non poteva in precedenza applicare la l. n. 287/90 per difetto di competenza, ai sensi dell'art.1 della stessa legge, ma nulla avrebbe garantito, al tempo stesso, un tempestivo intervento della Commissione in applicazione del Trattato.

Ad oggi, dunque, l'applicazione della legge italiana avviene in via residuale con riferimento a quelle ipotesi che non incidono sul commercio comunitario, mentre *«gli articoli del Trattato si applicano indipendentemente dal luogo in cui le imprese sono*

²¹⁵ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013, p. 36.

situate o l'accordo è stato concluso, quando gli accordi o le pratiche sono posti in essere all'interno della Comunità o hanno effetto all'interno della Comunità²¹⁶».

4. La costituzione di un'impresa comune come forma di concentrazione

Come è stato discusso nei paragrafi precedenti, la normativa antitrust, sia essa comunitaria o nazionale, concentra fundamentalmente la propria attenzione su tre forme di operazioni: le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni di imprese.

Tale disciplina qualifica come concentrazione quell'ipotesi in cui l'impresa si rafforza sul mercato in cui opera non per via di una crescita interna ma attingendo ad economie di terzi.

Ora, la costituzione di una joint venture, in quanto forma di impresa comune, può, a certe condizioni, dar luogo ad una concentrazione²¹⁷.

Generalmente, infatti, i *co-venturers* operano in settori di business che se non sono direttamente in concorrenza tra loro sono perlomeno complementari.

²¹⁶ “Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri”, *GUCE* 04, C101/7.

²¹⁷ Il Regolamento CE n. 139/2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, prevede infatti espressamente all'art. 3, paragrafo 4: «*La costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma, è considerata come una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b)*».

Ciò rende evidente l'impatto, potenziale o effettivo, che la *NewCo* potrà avere sull'andamento dei mercati di riferimento.

Tuttavia, poiché le concentrazioni rappresentano comunque una forma di crescita dell'impresa, esse godono generalmente di un trattamento più favorevole rispetto a quello destinato ad intese ed abusi di posizione dominante²¹⁸.

Tali operazioni non sono infatti esplicitamente vietate ma sottoposte ad un controllo preventivo (sempre che superino determinate soglie dimensionali, di cui si dirà più avanti) volto a cogliere la portata del potenziale effetto anti-concorrenziale.

Proprio per questa ragione la costituzione di una joint venture è molto spesso subordinata all'autorizzazione delle autorità nazionali preposte o della Commissione Europea.

Le disposizioni dettate in materia di concorrenza assumono dunque un'importanza cruciale durante la contrattazione del *joint venture agreement* e devono pertanto essere tenute in debita considerazione.

Di conseguenza i *venturers* dovranno valutare la compatibilità degli accordi negoziati, contenenti i vari impegni in relazione alla futura collaborazione, alla luce della normativa di riferimento.

Per far ciò non si può prescindere dall'analisi del mercato rilevante, ossia del segmento economico-geografico in cui la joint venture esplicherà concretamente i suoi effetti, e di conseguenza delle norme antitrust applicabili.

²¹⁸ Si è soliti distinguere, infatti, tra la disciplina antitrust vera e propria, relativa alle intese e agli abusi di posizione dominante, e *merger control*, ossia tutta quella normativa relativa al controllo delle operazioni di concentrazione. Da questa distinzione derivano delle sostanziali differenze sia dal punto di vista sostanziale che procedurale, per le quali si vedano: TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, 2012, e BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, 2001.

Purtroppo in alcuni casi la valutazione dell'impatto concorrenziale della joint venture viene effettuata soltanto al termine delle negoziazioni, quando l'accordo principale è stato ormai raggiunto, perlomeno negli aspetti cruciali.

Ciò comporta la necessità di rinegoziare quelle previsioni che, al termine della verifica dell'autorità antitrust, dovessero risultare in contrasto con la normativa di riferimento, causando purtroppo molte volte il fallimento della stessa joint venture²¹⁹.

In ambito comunitario il Legislatore ha voluto semplificare la fase relativa al controllo prevedendo, sin dal Regolamento del 1989, il principio dello "sportello unico"²²⁰.

In questo modo, quando la valutazione della joint venture come forma di concentrazione rientra nell'ambito della giurisdizione comunitaria ed esplica i suoi effetti all'interno dell'Unione Europea, i *venturers* non dovranno chiedere le relative autorizzazioni alle diverse autorità nazionali ma sarà soltanto prerogativa della Commissione valutare l'operazione alla luce dei Regolamenti comunitari.

Nell'ordinamento italiano la disciplina relativa alla concentrazioni è contenuta nella già citata legge n. 287/90, mentre a livello comunitario assumono rilevanza fondamentale il Reg. n. 4064/89 e le successive modifiche culminate nell'adozione del Reg. n. 139/2004.

Essendo questo studio focalizzato sulle joint ventures internazionali, i paragrafi che seguono si concentreranno sull'analisi dei regolamenti comunitari.

²¹⁹ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 346.

²²⁰ Si vedrà nel prosieguo del capitolo che il nuovo Regolamento del 2004, pur evitando che la stessa concentrazione debba essere notificata a più autorità garanti della concorrenza nell'Unione Europea, applica il "principio di sussidiarietà", secondo il quale la valutazione di una determinata concentrazione spetta all'autorità che si trova nella posizione più idonea per svolgere l'indagine.

5. Il Memorandum del 1965 e gli sviluppi interpretativi successivi

La scelta europea di regolare il fenomeno delle concentrazioni è stata alquanto travagliata.

Se è vero infatti che un'operazione di questo tipo rischia di generare effetti discorsivi della concorrenza non dissimili da quelli che potrebbero derivare da un'intesa o dal rafforzamento di una posizione dominante, è anche vero che non possono sottovalutarsi i vantaggi e le efficienze di una crescita economica realizzata per vie esterne.

L'atteggiamento delle autorità comunitarie si è concretizzato nel lasciare per molto tempo che i divieti in materia di intese ed abusi disciplinassero anche la fattispecie delle concentrazioni.

I Paesi che firmarono il Trattato di Roma si astennero infatti in quel momento dal prevedere una disciplina specifica per le concentrazioni, sebbene la lacuna fosse evidente²²¹, e lasciarono che le disposizioni di cui agli (*ex*) artt. 85 e 86 venissero interpretate alla luce delle esigenze di volta in volta manifestatesi²²².

²²¹ In realtà, al momento della ratifica, la maggior parte dei mercati europei era caratterizzata da una elevata frammentazione e non si avvertiva l'urgenza della necessità di regolamentare le operazioni di concentrazione. Tuttavia, a partire dagli anni sessanta, il grado di concentrazione dei mercati europei iniziò ad aumentare molto rapidamente.

²²² CARDARELLI, M.C., *Concentrazioni: spunti tra regole codicistiche e mercato*, 1996.

Nel 1966 la Commissione europea, conscia della necessità di fornire risposte più esaurienti alle modifiche del mercato, pubblicò un *Memorandum*²²³ relativo alle concentrazioni nel quale, oltre ad illustrare le proprie linee di condotta, precisava quale fosse il contenuto da attribuire all'operazione.

Si legge infatti: «*mentre un'intesa può essere definita come un accordo tra imprese che conservano la loro autonomia in vista di un determinato comportamento sul mercato, si parla di concentrazione quando più imprese rinunciano all'indipendenza economica e vengono raggruppate in maniera durevole sotto una unica direzione. Laddove l'intesa abbia l'effetto di imporre un determinato comportamento, la concentrazione implica una modificazione della struttura interna delle imprese. Tuttavia si tratta di limiti indefiniti, sicché non è possibile stabilire con precisione sul piano teorico quale sia la frontiera fra intese e concentrazioni*²²⁴».

Nel documento la Commissione manifestava un certo *favor* nei confronti delle operazioni di concentrazione, affermando di conseguenza la sostanziale inapplicabilità dell'articolo 85 a tali fattispecie.

Emerse subito, quindi, la diversità di trattamento rispetto alle intese, giustificata da una considerazione più approfondita culminata nella presa di coscienza che le concentrazioni avrebbero aumentato la competitività delle imprese europee sulla scena mondiale.

²²³ “Memorandum of the Commission to the Governements of the Member State”, *Concentration of Enterprise in the Common Market, EEC Competition Series*, Study No. 3, Brussels, 1966. Il documento, comunemente noto come *Memorandum sulle concentrazioni*, è pubblicato anche in “Riv. Società”, 1966, p. 1182 e ss.

²²⁴ *Memorandum sulle concentrazioni*, 1 dicembre 1965, p. 1200.

Come si può notare, il problema delle joint ventures non veniva però risolto, in quanto la Commissione si riservava la facoltà di verificare caso per caso se la permanenza delle imprese madri avrebbe comportato o meno una situazione tale da rendere necessaria l'applicazione dell'articolo 85²²⁵.

L'acceso dibattito che seguì il *Memorandum* registrò periodici tentativi da parte della Commissione di concentrare l'attenzione sulla necessità di introdurre una normativa *ad hoc*.

Si faceva notare da più parti, infatti, come il controllo sui processi di crescita delle imprese fosse un argomento troppo specifico per essere coinvolto in una normativa dedicata ad intese ed abusi di posizione dominante.

D'altra parte, forti erano le resistenze opposte da quegli Stati membri che, essendosi già dotati di una propria normativa a disciplina delle operazioni di concentrazione, non voleva rischiare di dover ridimensionare i propri poteri in favore della Commissione²²⁶.

A ben vedere, per quanto riguarda le joint ventures, la questione che rimaneva irrisolta alla luce del contenuto del *Memorandum* era quella relativa alla loro qualificazione normativa, ossia alla valutazione del fenomeno come concentrazione o come intesa.

Da una parte veniva affermato che *«quando, una volta avvenuta la concentrazione, continuano a sussistere imprese economicamente autonome, occorrerà esaminare scrupolosamente se non esistono tra le imprese partecipanti, oltre alle modificazioni*

²²⁵ Cfr. LO CANE, P., *Le concentrazioni nel diritto antitrust comunitario*, in "Diritto&Diritti", 2001.

²²⁶ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013, p. 260.

della proprietà, accordi o pratiche concordate ai sensi dell'art. 85²²⁷»; d'altra parte l'atteggiamento pratico della Commissione non è mai stato costante nel tempo ma piuttosto caratterizzato da frequenti oscillazioni che ne hanno determinato l'allontanamento dai principi del *Memorandum* stesso.

In un primo momento le imprese comuni vennero esentate dall'applicazione dell'art. 85 in quanto si riteneva predominante l'aspetto concertativo del fenomeno.

Pienamente legittime erano inoltre considerate quelle clausole accessorie limitative delle concorrenza ma necessarie al raggiungimento dell'oggetto sociale.

Sul finire degli anni Sessanta, tuttavia, l'emergere di un nuovo criterio di valutazione delle operazioni di joint venture portò la Commissione a concentrarsi sulla *concorrenza potenziale*²²⁸ e ad estendere il campo di applicazione dell'art. 85 del Trattato ai casi in cui l'impresa comune avrebbe presumibilmente rischiato di compromettere la concorrenza tra le parti originarie²²⁹.

In questo contesto si inserisce l'importantissima decisione *De Laval/Stork* del 25 luglio 1977, celebre per aver segnato un netto distacco dagli orientamenti del *Memorandum*.

²²⁷ *Memorandum sulle concentrazioni*, 1 dicembre 1965, p. 24.

²²⁸ Ossia, sostanzialmente, sulla valutazione probabilistica degli effetti sulla concorrenza che l'ingresso di una nuova impresa comporta in un determinato mercato: DAVACK, *L'impresa comune nelle decisioni della Commissione delle Comunità Europee*, in "Riv. Dir. Civ.", 1979, vol. II, nota 29.

²²⁹ Tale orientamento è chiaramente desumibile da diverse decisioni chiave, come, tra le altre, *United reproprocessors et Kewa*, del 23 dicembre 1975, e *Vacuum Interrupters Ltd*, del 10 gennaio 1977, relative ad accordi volti alla creazione di imprese comuni destinate ad operare in mercati diversi da quelli delle imprese madri. In questi esempi la Commissione ha ritenuto sussistente un rapporto di concorrenza potenziale basato sulla propensione delle imprese ad entrare nel mercato della joint venture. In proposito: LO CANE, P., *Le joint ventures nel diritto antitrust comunitario*, in "Diritto&Diritti", 2002.

L'attenzione della Commissione venne rivolta all'accordo stipulato tra la società americana *De Laval International* e l'olandese *Kojnklijske Machinenfabrieken Stork BV* per la creazione di un'impresa comune.

Secondo l'autorità antitrust, considerando che le imprese madri continuavano ad operare in mercati contigui, esse risultavano concorrenti reali e non soltanto potenziali della *NewCo*, per cui il rischio di falsare la concorrenza era da ritenersi sicuramente elevato.

La Commissione concluse quindi che l'accordo non poteva considerarsi attinente a dinamiche di tipo concentrativo, rientrando piuttosto nel campo di applicazione dell'art. 85 del Trattato (nel caso di specie l'accordo venne comunque esentato, integrando gli estremi del paragrafo 3 della norma citata).

Si prospettava così il rischio che i *co-venturers* venissero considerati concorrenti dell'impresa comune tutte le volte in cui avessero continuato ad operare nel medesimo settore di quest'ultima.

Ciò si trasformava in un implicito divieto di stipulare accordi costitutivi di imprese comuni²³⁰.

Il fenomeno delle joint ventures venne approfondito negli anni Ottanta attraverso un'interpretazione che portava a distinguere tra i casi in cui le imprese madri avessero concentrato nella *NewCo* tutte le proprie risorse relative ad un determinato mercato, manifestando in questo modo la natura completamente concentrativa dell'operazione,

²³⁰ DAVACK, *L'impresa comune nelle decisioni della Commissione delle Comunità Europee*, in "Riv. Dir. Civ.", 1979, vol. II, nota 29, p. 218.

e i casi in cui invece le imprese madri fossero rimaste sul mercato come concorrenti effettivi o potenziali.

Tale seconda ipotesi doveva essere vagliata dalla Commissione alla luce di una serie di parametri quali «*temporaneità o definitività del conferimento e permanenza o scomparsa di rapporti concorrenziali tra le imprese coinvolte nell'operazione nel mercato in causa*²³¹» per verificare di volta in volta la possibilità che si configurasse un'intesa piuttosto che un caso di concentrazione²³².

Soltanto con il famoso caso *Philip Morris*²³³ del 1987 la Commissione lasciò chiaramente intendere che l'esigenza di adottare una disciplina *ad hoc* in materia di concentrazioni era diventata ormai improrogabile, e che in caso contrario avrebbe applicato alle suddette operazioni la più severa disciplina prevista per le intese.

È proprio sullo sfondo di tale difficile compromesso che si colloca la tanto sofferta emanazione del Regolamento n. 4064 del 1989²³⁴.

²³¹ LO CANE, P., *Le joint ventures nel diritto antitrust comunitario*, in “Diritto&Diritti”, 2002.

²³² In tal senso la decisione *Enichem/ICI* del 22 dicembre 1987, approfondita in DE NICOLA, *La disciplina della concorrenza e del mercato: il controllo delle concentrazioni in Italia*, in “Giur. Comm.”, 1992, I, p. 538.

²³³ Il caso, discusso innanzi alla Commissione prima ed in sede giurisdizionale dopo, riguardava il problema di valutare se e in quale misura l'acquisto di partecipazioni nel capitale di un'impresa concorrente potesse influire sull'equilibrio concorrenziale del mercato. A seguito dell'acquisizione da parte dell'americana *Philip Morris Inc.* del 50% della holding sudafricana *Rembrandt Group Ltd*, alcune imprese concorrenti operanti nel settore del tabacco proposero infatti reclamo alla Commissione, sostenendo che una tale operazione avrebbe prodotto effetti discorsivi della concorrenza.

²³⁴ In *GUCE* L 395 del 31.12.1989.

6. Le joint ventures nel Regolamento n. 4064 del 1989

I complicati antefatti che hanno caratterizzato l'approdo al Reg. n. 4064/89 spiegano, almeno in parte, il limitato ambito di attuazione della normativa, originariamente ristretto a pochissime operazioni di misure eccezionali, nonché la prudenza della Commissione nell'applicarla ai casi concreti.

Obiettivo principale del Regolamento è quello di valutare a priori, attraverso il c.d. *obbligo di notifica preventiva*, il potenziale effetto distorsivo della concorrenza celato da una qualsivoglia operazione di concentrazione tra imprese.

Fino a quel momento, infatti, la competenza della Commissione a stimare soltanto a posteriori le conseguenze sul mercato di determinate operazioni raramente consentiva l'assunzione di decisioni tempestive, contribuendo a rendere poco chiaro il quadro giuridico per l'industria.

Si mirava, inoltre, ad evitare che ad una stessa concentrazione di grandi dimensioni, che interessava più Stati membri, venissero applicate normative nazionali diverse.

L'originaria versione del Regolamento individuava i destinatari delle relative previsioni nelle concentrazioni di dimensioni comunitarie, intendendo tale un'operazione quando:

a) *il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate è superiore a 5 miliardi di ECU²³⁵*;

²³⁵ ECU è l'acronimo di *European Currency Unit*, ossia "unità di conto europea". È stata una moneta scritturale introdotta dal Consiglio Europeo nel 1978, sostituita poi dall'euro il 1° gennaio 1999.

b) *il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese partecipanti all'operazione di concentrazione è superiore a 250 milioni di ECU, salvo che ciascuna delle imprese che procedono all'operazione di concentrazione realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro*²³⁶.

Pur non raggiungendo i limiti precisati, la concentrazione avrebbe avuto comunque dimensione comunitaria se:

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate fosse stato superiore a 2,5 miliardi di ECU;
- in ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate fosse stato superiore a 100 milioni di ECU;
- in ciascuno di almeno tre Stati membri il fatturato totale realizzato singolarmente da almeno due delle imprese interessate fosse stato superiore a 25 milioni di ECU;
- il fatturato totale realizzato nella Comunità singolarmente da almeno due delle imprese interessate fosse stato superiore a 100 milioni di ECU, salvo che ciascuna delle imprese interessate avesse realizzato più di due terzi del proprio fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e stesso Stato membro.

Come è facile intuire, si tratta di operazioni di grandissime dimensioni, il che testimonia la cautela della Commissione nel procedere lungo un nuovo percorso, certamente non privo di ostacoli.

²³⁶ Art. 1, par. 2 del Reg. n. 4064/89.

Nel valutare se la concentrazione fosse o meno compatibile con il mercato comune, la Commissione avrebbe tenuto conto della struttura dei mercati interessati, della concorrenza reale o potenziale tra le imprese coinvolte, dell'esistenza o meno di barriere all'entrata, nonché *dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a vantaggio del consumatore e non ostacoli la concorrenza*²³⁷.

Venivano quindi dichiarate incompatibili, e dunque vietate, quelle operazioni che, creando o rafforzando una posizione dominante, avrebbero ostacolato in modo significativo la concorrenza effettiva.

A tale risultato era (ed è) possibile pervenire mediante fusione o tramite acquisizione del controllo su un'impresa derivante dall'acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio.

Il punto più delicato che la nuova disciplina si trovava ad affrontare era però costituito dal fenomeno delle joint ventures, il cui difficile inquadramento rendeva alquanto complicato l'obiettivo di assoggettarle a regolamentazione²³⁸.

Già al ventitreesimo considerando si legge infatti: *«il presupposto per definire la nozione di concentrazione è che riguarda unicamente le operazioni che si concludono con una modifica duratura della struttura delle imprese partecipanti; che occorre quindi escludere dal campo di applicazione del presente regolamento le operazioni il cui oggetto od effetto consiste nel coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese indipendenti, operazioni che debbono essere esaminate alla luce delle disposizioni appropriate degli altri regolamenti d'applicazione degli*

²³⁷ Art. 2, par. 1, b) del Reg. n. 4064/89.

²³⁸ LO CANE, P., *Le joint ventures nel diritto antitrust comunitario*, in "Diritto&Diritti", 2002.

articoli 85 e 86 del trattato; che questa distinzione va operata segnatamente in caso di creazione di imprese comuni».

Di conseguenza una prima scrematura veniva effettuata facendo riferimento all'oggetto ed all'effetto dell'operazione.

Perché la costituzione di un'impresa comune desse luogo ad un'ipotesi di concentrazione ai fini del suddetto Regolamento era necessario innanzitutto che i *venturers* avessero acquisito il controllo congiunto della nuova società (o di una già esistente) e che non vi fosse alcun coordinamento di strategie concorrenziali.

Appare opportuno a questo punto richiamare la norma dell'art. 3, par. 2 del Regolamento, la quale espressamente prevede:

- le operazioni, compresa la creazione di un'impresa comune, che abbiano come oggetto o per effetto di coordinare il comportamento concorrenziale di imprese indipendenti non sono considerate come determinanti una concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b);
- la costituzione di un'impresa comune che esercita stabilmente tutte le funzioni di una entità economica autonoma e non ha come oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale tra imprese fondatrici o tra queste ultime e l'impresa comune, va considerata come un'operazione di concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b).

Da qui la fondamentale distinzione, introdotta per la prima volta dal Regolamento n. 4064/1989, più volte ripresa dalle varie modifiche susseguitesi e tutt'ora attuale, tra imprese comuni *concentrative* ed imprese comuni *cooperative*.

Soltanto la prima categoria di joint venture è destinata a rientrare nel campo di applicazione del Regolamento, usufruendo quindi di previsioni meno invasive, mentre le joint venture cooperative dovranno essere piuttosto valutate alla luce della più severa disciplina prevista per le intese.

6.1. Joint ventures concentrative e joint venture cooperative

Come anticipato nel paragrafo precedente, il Regolamento n. 4064/89 si limitava a distinguere tra imprese comuni *che hanno come oggetto o per effetto di coordinare il comportamento concorrenziale di imprese indipendenti* ed imprese comuni *autonome che non hanno come oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale tra imprese fondatrici*.

La scriminante del coordinamento assume rilevanza cruciale se si considera che gli effetti che una concentrazione del primo tipo è in grado di produrre sul gioco concorrenziale non sono poi così dissimili da quelli che potrebbero derivare da un'intesa²³⁹.

²³⁹ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., Diritto Antitrust, 2013.

Le cosiddette *co-operative joint ventures*, infatti, si caratterizzano per la facilità con cui, nella pratica, permettono alle società madri di veicolare le proprie decisioni aziendali riguardo a prezzi, volumi di produzione, innovazioni e quant'altro²⁴⁰.

Per tale ragione queste forme di imprese comuni vengono ricondotte alla fattispecie delle intese e sono pertanto vietate ai sensi dell'art. 81, par. 1, del Trattato CE, oggi art. 101 TfUE, salvo esenzioni.

Sono invece vere e proprie forme di concentrazione, dalle quali derivano entità economiche autonome, le operazioni di formazione di una *concentrative joint venture*, che come tali vengono assoggettate alla disciplina dettata dal Regolamento suddetto.

L'elemento su cui è opportuno insistere nel cercare di tracciare una quanto più possibile esaustiva linea di demarcazione tra le due ipotesi di impresa comune è dunque l'autonomia nei confronti delle società madri.

Sostanzialmente, infatti, l'autonomia (organizzativa, decisionale ed operativa) delle joint venture concentrative eliminerebbe alla base il rischio di coordinamento anticoncorrenziale tra le società dei rispettivi *venturers*, mentre proprio la presenza di tale coordinamento caratterizza i casi di joint venture cooperative e determina l'applicazione di misure normative più incisive.

Tuttavia, come appare evidente, limitarsi ad escludere dall'applicazione della disciplina contenuta nel Regolamento quelle operazioni dirette a creare imprese comuni che abbiano “come oggetto o per effetto il coordinamento concorrenziale di

²⁴⁰ PESCATORE, G., ANGIONE, S., *Le joint venture nella normativa comunitaria: una scheda riassuntiva*, 2004.

società indipendenti” non basta ad identificare, nella pratica, quando una joint venture debba essere considerata concentrativa e quando debba piuttosto ritenersi cooperativa.

Ai fini della concreta applicazione del Regolamento n. 4064/89 ed in assenza di elementi idonei a qualificare di volta in volta le ipotesi al vaglio della Commissione, si è resa dunque necessaria un’attività di interpretazione integrativa²⁴¹.

Le differenze in questione sono state così inizialmente chiarite dalla Commissione con due comunicazioni, una del 1989²⁴² e l’altra del 1990²⁴³, riguardanti, rispettivamente, le operazioni di concentrazione e di cooperazione e le restrizioni accessorie.

In un primo momento la Commissione ha optato per l’adozione di parametri rigidi e molto selettivi, riconoscendo carattere concentrativo ad un numero estremamente limitato di ipotesi.

Innanzitutto, bisognava valutare la capacità della nuova impresa comune di operare sul mercato in maniera del tutto indipendente sia dal lato dell’offerta che dal lato della domanda.

Era inoltre assolutamente necessario dimostrare di essere un’entità economica in grado di svolgere in modo durevole la propria politica commerciale, evitando di divenire strumento di coordinamento del comportamento concorrenziale delle società

²⁴¹ GHEZZI, F., *Le nozioni di concentrazione e di impresa comune negli orientamenti della Commissione CEE*, in “Riv. soc.”, 1995, p. 282 ss.; SIRAGUSA, M., SUBIOTTO, R., *Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi pratica delle decisioni della Commissione*, in “Giur. Comm.”, 1992, I, p. 233 ss..

²⁴² La prima comunicazione della Commissione in materia del 21.12.1989.

²⁴³ In GUCE C 203 del 14.08.1990, pag. 10.

fondatrici, e di essere stata progettata per operare, se non a tempo indeterminato, perlomeno a lungo termine²⁴⁴.

Perché si potesse parlare con certezza di assenza di coordinamento la Commissione riteneva requisito pressoché indefettibile la scomparsa delle imprese madri dal mercato in cui era destinata ad operare la joint venture, in quanto era ragionevole non sospettare del contrario solo se tutte le società fondatrici fossero uscite *totalmente o a titolo permanente dal mercato in cui opera l'impresa comune*²⁴⁵, cessando di operare altresì nei mercati a monte o a valle di quest'ultima.

Gli stessi patti di non concorrenza tra le imprese madri e l'impresa comune potevano essere qualificati come restrizioni accessorie (legittimati dalla comprovata compatibilità dell'operazione con il mercato comune) qualora fossero stati testimoni della reale scomparsa delle imprese fondatrici dal mercato della *NewCo*²⁴⁶.

Oltre ad essere un'interpretazione che finiva per escludere dall'ambito dell'applicazione del Regolamento un numero eccessivamente grande di imprese comuni, appare evidente come la comunicazione della Commissione in esame richiedesse un cambiamento strutturale permanente o quantomeno durevole per le imprese partecipanti all'operazione, ritenuto da più fronti eccessivo²⁴⁷.

²⁴⁴ KURKDJIAN, V., *Distinzione fra joint venture «cooperative» e «concentrative» per determinare la presenza di un cartello*, in "Commercio internazionale", n. 1/2001.

²⁴⁵ Paragrafo 20 della Comunicazione citata.

²⁴⁶ KORAH, *EEC Competition law and practice*, Oxford, 1990.

²⁴⁷ FINE, L.F., *The "Cooperative"/"Concentrative" Dilemma of EC Merger Control: - A Review of Commission Policy*, in "Boston College International and Comparative Law Review", vol. 17, issue 1, 1994.

Paradossalmente, per sfuggire all'applicazione dell'art. 81, i *venturers* avrebbero dovuto siglare un accordo che avrebbe segnato il loro ritiro dal mercato riservato alla società figlia²⁴⁸.

Neanche la prassi attuativa della Commissione ha contribuito a chiarire, o quanto meno a rendere più agevole, la differenza tra le due forme di joint venture ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust.

Come se non bastasse, infatti, il continuo discostarsi dell'autorità comunitaria dalle indicazioni contenute nelle comunicazioni non faceva altro che disorientare gli operatori della materia, incrementando l'incertezza applicativa.

Da una parte, nel determinare la natura concentrativa dell'operazione venne ben presto riservato un ruolo minoritario alla valutazione dell'autonomia decisionale della *NewCo*²⁴⁹, dall'altra non sempre il mancato ritiro di una delle imprese fondatrici dal mercato in cui avrebbe operato la joint venture veniva ritenuto indispensabile ai fini di una positiva valutazione dell'operazione²⁵⁰.

²⁴⁸ PAULEAU, *Les entreprises communes et le droit européen de la concurrence*, in "Revue Internationale de Droit Economique", 1992.

²⁴⁹ Emblematica è la decisione del caso N. IV/M.0017 *AEROSPATIALE/MBB*, del 25 febbraio 1991, in cui la Commissione ha ritenuto sufficiente accertarsi del trasferimento all'impresa comune della totalità delle attività delle società madri per qualificare la joint venture come concentrativa: "*The project constitutes a concentration in the form of a concentrative joint venture within the meaning of Article 3(2) of the Merger Regulation in particular because:*

- *Eurocopter will be jointly controlled by AS and MBB, and*
- *AS and MBB will transfer the whole of their helicopter activities to Eurocopter and withdraw permanently from the helicopter market*".

²⁵⁰ Ne è un esempio la decisione del 23 ottobre 1991, caso N. IV/M.086 *THOMSON /PILKINGTON* in cui venne ritenuta concentrativa un'impresa comune dal cui mercato si era ritirata soltanto una delle fondatrici, la Pilkington: "*since Pilkington will withdraw from the market of the joint venture with very little prospect of re-entering the market, there will not be coordination of the competitive behavior of Pilkington and Thomson*".

Nel tentativo di chiarire la differenza in esame la Commissione intervenne nel 1994 con una nuova Comunicazione²⁵¹.

Rispetto alle Comunicazioni precedenti emerge subito un cambio di rotta, concretizzato in un'impostazione del testo normativo completamente diversa.

Dopo aver precisato che il Reg. n. 4064/89 rimaneva applicabile a tutte quelle joint ventures in grado di svolgere autonomamente ogni funzione economica, la Commissione ha elencato le condizioni da integrare perché si potesse parlare di impresa comune concentrativa.

In particolare, si evince dai punti da 9 a 16 della Comunicazione che è necessario che la joint venture: (i) sia controllata congiuntamente da due o più imprese indipendenti; (ii) determini un mutamento strutturale in seno alle società madri; (iii) eserciti stabilmente ed autonomamente tutte le attività normalmente svolte dalle altre imprese operanti sullo stesso mercato.

È la stessa Comunicazione a specificare che *«i principi in base ai quali si determina l'esistenza o meno di un controllo congiunto sono esposti in modo particolareggiato nella comunicazione della Commissione sul concetto di concentrazione²⁵²»*.

In forza di tale comunicazione, il concetto di controllo si riferisce alla possibilità di esercitare una influenza determinante sull'attività di un'altra impresa che, nel caso di

²⁵¹ In GUCE C 385 del 31.12.1994, pag. 1.

²⁵² Punto 11 della Comunicazione della Commissione relativa alla distinzione tra imprese comuni aventi natura di concentrazione e di cooperazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GUCE C 385 del 31.12.1994, pag. 2.

una impresa comune, deve essere esercitata congiuntamente dalle società madri (ma non necessariamente in maniera paritetica)²⁵³.

Le condizioni appena esposte sono cumulative, il che significa che qualora ne venisse a mancare anche una soltanto la joint venture ricadrà nella categoria delle imprese comuni cooperative e come tale dovrà essere valutata²⁵⁴.

Con la Comunicazione del 1994 viene dunque superata l'esigenza, a dire il vero poco realistica, che le imprese madri abbandonassero il mercato dell'impresa figlia, focalizzando piuttosto l'attenzione sull'effettivo comportamento di quest'ultima²⁵⁵.

Come è stato giustamente affermato, «*la Comunicazione del 1994, lungi dal determinare la natura delle joint ventures, si preoccupava di fornire all'interprete una serie di strumenti utili per individuare le fattispecie ricomprese nell'ambito del Regolamento 4068/89 e distinguerle da quelle che invece risultavano soggette ad altre norme comunitarie*²⁵⁶».

²⁵³ Cfr punti 9 e ss. della comunicazione sul concetto di concentrazione a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, in GUCE C 385 del 31.12.1994, pag. 5.

²⁵⁴ Ciò non significa, si badi bene, che l'impresa comune sia di per sé illecita: piuttosto, essa passerà al vaglio della normativa Antitrust per verificare che non comporti gli effetti distorsivi della concorrenza tipici delle intese.

²⁵⁵ MERLO, A., *Nuova comunicazione della Commissione sulle joint ventures concentrative e cooperative*, in "Contratto e Impresa / Europa", 1996.

²⁵⁶ LO CANE, P., *Le joint ventures nel diritto antitrust comunitario*, in "Diritto&Diritti", 2002.

6.2. Full-function joint ventures e partial-function joint ventures

La Comunicazione del 1994 tracciava un'ulteriore distinzione rilevante ai fini del Regolamento concentrazioni, quella tra imprese comuni a pieno titolo (anche dette *full-function joint venture*) e imprese comuni a titolo parziale (c.d. *partial-function joint venture*).

Soltanto le prime sarebbero dovute ricadere nell'ambito di applicazione della disciplina prevista dal Regolamento concentrazioni.

In realtà, si trattava di un approfondimento della distinzione già operata tra imprese comuni concentrative ed imprese comuni cooperative.

Si legge infatti al punto 13 della Comunicazione suddetta: *«l'impresa comune deve operare su un mercato, esercitando le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato. A tal fine l'impresa comune deve disporre di risorse, finanziarie e di altra natura, vale a dire, tra l'altro, di mezzi finanziari, di personale e di attività (materiali e immateriali) sufficienti per poter esercitare durevolmente un'attività economica (...); le imprese comuni che soddisfano questo requisito vengono comunemente dette imprese comuni "a pieno titolo" ("full function")»*.

Di conseguenza, un'impresa che svolge invece soltanto compiti di natura ausiliaria rispetto all'attività delle imprese madri rientra nella categoria delle *partial-function*

*joint ventures*²⁵⁷.

Ne sono un esempio le joint venture che si limitano a svolgere attività di R&S o di produzione, distribuzione o vendita dei prodotti delle società madri²⁵⁸: in questi casi le *NewCo* saranno assoggettate alla disciplina prevista a tutela della concorrenza (in materia di intese e/o abusi di posizione dominante).

L'approccio maggiormente elastico della Commissione, rispetto alle interpretazioni precedenti, si evince chiaramente dallo sforzo compiuto per estendere l'applicabilità del Regolamento anche a quelle operazioni che in precedenza sarebbero ricadute nell'alveo della disciplina Antitrust.

In particolare, relativamente ai rapporti commerciali fra joint venture e società madri, la Comunicazione ha effettuato una distinzione tra il periodo di avviamento dell'attività, coincidente di norma con un triennio, ed il periodo successivo.

In tale prima fase, un volume di scambi molto elevato, anche tale da determinare la completa dipendenza dell'impresa comune dalle fondatrici, veniva ritenuto quasi fisiologico, e dunque giustificato²⁵⁹.

Al contrario, nella fase successiva, una completa dipendenza economica della joint venture dalle imprese fondatrici doveva considerarsi sintomo della configurazione di

²⁵⁷ La distinzione verrà ripresa nel 1998 con una nuova Comunicazione della Commissione relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma (full-function joint venture), in GUCE C 66 del 02.03.1998.

²⁵⁸ Punto 15 della Comunicazione, in GUCE C 385 del 31.12.1994, pag. 2.

²⁵⁹ Sul punto, vale la pena richiamare la decisione del 22 dicembre 1993, Mannesmann/RWE/Deutsche Bank, in cui la Commissione ha giustificato la natura full-function della nuova impresa, la "DM Data", nei seguenti termini: «*the JV commenced its activities on 16 April 1997. Its main customers are still its parents but supplies to third party customers have, within the last 6 months, increased to more than 15% of its production and are estimated to amount to 55% in 1999 and 65% in year 2000. DM Data will thus perform on a long-lasting basis all the functions of an autonomous economic entity*»; in "Official Journal of the European Communities", C 376 Vol. 40, 11.12.1997.

una impresa comune a titolo parziale, quantomeno ove le operazioni di mercato non fossero state effettuate sulla base di condizioni commerciali normalmente applicabili: «(...) un periodo di avviamento può infatti essere necessario perché l'impresa comune riesca ad acquisire una posizione stabile sul mercato: di norma, la sua durata non sarà superiore a tre anni, secondo le caratteristiche specifiche del mercato in questione²⁶⁰».

Questa ulteriore distinzione conferma, dunque, un approccio più pragmatico che ha caratterizzato l'atteggiamento della Commissione dal 1994 in poi, e che l'ha portata a ritenere legittime operazioni generanti entità economiche in grado di operare autonomamente sul mercato e di mantenere, eventualmente, rapporti economici con le proprie imprese fondatrici, nel rispetto delle condizioni solitamente praticate.

7. La riforma del 1997

Anche in seguito alla Comunicazione del 1994 si continuava a sostenere che *the dividing line between the two categories of joint venture is far from clear-cut*²⁶¹.

Orientamenti diversi e pratiche poco conformi contribuivano ad infondere poca chiarezza ad un già complesso sistema.

²⁶⁰ Cfr punto 15 della Comunicazione, in GUCE C 385 del 31.12.1994, pag. 2.

²⁶¹ BROWN, A., *Distinguishing between Concentrative and Co-operative Joint Venture: Is it getting any easier?*, in "European Competition Law Review", vol. 17, No. 4, May-June 1996, pp. 240-249.

Il passo successivo venne così compiuto nel 1997, quando il Consiglio dell'Unione Europea intervenne con il Regolamento n. 1310/97 recante modifiche al Regolamento precedente relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, il n. 4064/89.

Già al quinto considerando veniva affermata l'opportunità di definire la nozione di concentrazione in modo da coprire le operazioni che determinano una modifica duratura della struttura delle imprese interessate e che, nel caso specifico delle imprese comuni, «è opportuno includere nel campo d'applicazione e assoggettare alle procedure del Regolamento n. 4064/89 tutte le imprese comuni a pieno titolo²⁶²».

Per ciò che riguarda il fenomeno delle joint venture, due sono le innovazioni che assumono particolare rilevanza: la modifica dell'articolo 2 e quella dell'articolo 3.

La prima, introduce un quarto paragrafo al suddetto articolo, che dispone testualmente: «*Se ed in quanto la costituzione di un'impresa comune che costituisce un'operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 ha per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti, detto coordinamento viene valutato sulla base dei criteri di cui all'articolo 81, paragrafi 1 e 3 del trattato, al fine di stabilire se l'operazione sia compatibile o meno con il mercato comune*»; la seconda, parallelamente, sopprime l'intero primo comma dell'articolo 3, paragrafo 2²⁶³ e modifica il secondo comma dello stesso paragrafo eliminando le parole «*e non ha come oggetto o per effetto il*

²⁶² Quinto Considerando, Regolamento n. 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997, in GU L 180 del 9.7.1997, pag. 1.

²⁶³ Il quale prevedeva: «*Non costituiscono concentrazione ai sensi del paragrafo 1, lettera b) le operazioni, compresa la creazione di un'impresa comune, che abbiano per oggetto o per effetto di coordinare il comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti*».

coordinamento del comportamento concorrenziale tra imprese fondatrici o tra queste ultime e l'impresa comune».

Il risultato del nuovo dettato normativo si sostanzia così in un diverso approccio alla valutazione della distinzione tra joint venture concentrative e cooperative in cui viene riservato un ruolo scriminante unicamente a criteri oggettivi legati alla modifica della struttura delle imprese considerate²⁶⁴.

Il comportamento delle società madri, dunque, passa dall'essere principale indiziato dell'esistenza di un qualsivoglia coordinamento tra le imprese a ricoprire un aspetto pressoché trascurabile.

Alla luce di tali modifiche, un accordo di joint venture sarà considerato come avente natura concentrativa soltanto se realizzerà quel cambiamento strutturale e duraturo tale da permettere alla joint venture di operare in completa autonomia.

L'accertamento della natura *full-function* della nuova entità economica dovrà quindi prescindere da ogni valutazione in merito agli eventuali effetti sui comportamenti concorrenziali delle imprese fondatrici: tali effetti, ove presenti, verranno ponderati alla luce dei divieti in materia di intese ed abusi di posizione dominante, ma non impediranno alla joint venture di usufruire dell'applicazione della più snella disciplina sul controllo delle concentrazioni²⁶⁵.

Ad una più attenta analisi, la riforma del 1997 lascia emergere anche questa volta un atteggiamento più comprensivo del legislatore comunitario che ha voluto, da un lato, tutelare le imprese che investivano risorse ingenti nelle operazioni dirette alla

²⁶⁴ PESCATORE, G., ANGIONE, S., *Le joint venture nella normativa comunitaria: una scheda riassuntiva*, 2004

²⁶⁵ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013.

costituzione di imprese comuni che, in mancanza di effetti di coordinamento, sarebbero state qualificate come concentrative e, contemporaneamente, ampliare l'ambito di competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie, riducendo di conseguenza la possibilità di applicazione decentrata del diritto comunitario alle operazioni di joint venture.

A prova di ciò, il Consiglio ha precisato infatti che, qualora gli effetti di tali operazioni abbiano principalmente carattere strutturale, l'(ex) articolo 81 paragrafo 1 non dovrà essere applicato (tale norma potrà però applicarsi ove due o più delle fondatrici continuino ad operare sul mercato della joint venture oppure l'operazione determini effetti collusivi su mercati a monte, a valle o contigui)²⁶⁶.

Nonostante gli sforzi e le buone intenzioni, il problema principale nella valutazione del fenomeno continuava ad essere la definizione di *entità economica autonoma*.

Neanche l'introduzione del c.d. *full-function test* pareva contribuire a temperare le critiche degli esperti in materia, probabilmente anche a causa di un'adozione non sempre uniforme dello stesso da parte della Commissione²⁶⁷.

Da una parte si auspicava chiarezza: *«at this point the practice of side-stepping the issue of full-functionality is not an acceptable solution to the problems to which the distinction inevitably leads, in terms of lack of predictability of the results of the full-functionality test, and consequently of differences in treatment between situations*

²⁶⁶ LO CANE, P., *Le concentrazioni nel diritto antitrust comunitario*, in "Diritto&Diritti", 2001.

²⁶⁷ Si vedano in particolare i casi *Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits*, COMP/M.2268, dell'8 maggio 2001; *Barilla/BPL/Kamps*, COMP/M.2817 del 25 giugno 2002; *GE Capital/BTPS/MEPC*, COMP/M.2025 del 27 luglio 2000; *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, COMP/M.2684 del 19 marzo 2002.

*which are often difficult to distinguish on the facts.*²⁶⁸»; dall'altra si azzardavano soluzioni, puntando sulla “*legal autonomy*” (*transferring a complete business with all attached and required function*) e sulla “*factual autonomy*” (*holding the commercial risk and developing an independent business profile*)²⁶⁹.

Erano state gettate le basi per una revisione generale della materia, che sopraggiunse qualche anno più tardi.

8. Il nuovo Regolamento n. 139 del 2004

Entrato in vigore il 1° maggio 2004, il nuovo Regolamento sul controllo delle concentrazioni²⁷⁰ riforma profondamente il precedente quadro di riferimento.

Viene rafforzato il principio dello “sportello unico”, incoraggiando nel contempo la partecipazione effettiva delle autorità nazionali garanti della concorrenza, e semplificate le procedure di notifica.

Il Regolamento si applica ad ogni concentrazione di “dimensione comunitaria”, intesa come operazione risultante in un cambiamento del controllo destinato a perdurare, determinato dalla *fusione* di due o più imprese o parti di imprese in precedenza

²⁶⁸ RADICATI DI BRONZOLO, L.G., GUSTAFSON, M., *Full-function Joint Ventures Under the Merger Regulation: The Need for Clarification*, in “European Competition Law Review”, vol. 24, n. 11, November 2003, pp. 574-579.

²⁶⁹ BERGQVIST, C., *The concept of an autonomus economic entity* in “European Competition Law Review”, vol. 24, n. 10, October 2003, pp. 498-503.

²⁷⁰ In GUCE 29 gennaio 2004, n. L 24.

indipendenti o *dall'acquisizione diretta o indiretta*, da parte di una o più persone (che detengono già il controllo di almeno un'impresa), o da parte di una o più imprese, del controllo di una o più altre imprese.

Una concentrazione acquisisce una "dimensione comunitaria" quando:

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 5 miliardi di euro; e
- il fatturato totale realizzato singolarmente nella UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di euro, a meno che ciascuna di tali imprese realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nell' UE all'interno di un unico e medesimo paese dell'UE.

Se le soglie sopra riportate non sono raggiunte, si tratta comunque di una concentrazione di dimensione comunitaria nel caso in cui:

- il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 2,5 miliardi di euro;
- in ciascuno di almeno tre paesi dell'UE, il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro;
- in ciascuno di almeno tre paesi dell'UE, il fatturato totale realizzato singolarmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di euro;
- il fatturato totale realizzato singolarmente nella UE da almeno due delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di euro, a meno che ciascuna delle imprese di cui sopra realizzi più di due terzi del proprio fatturato totale nella UE all'interno di un unico e medesimo paese dell'UE.

Fatte queste opportune premesse è possibile tirare le somme di tale lunga e travagliata revisione normativa in materia di imprese comuni.

Due sono rimasti i pilastri portanti nella valutazione dell'applicabilità della *merger regulation* ad una joint venture: il *controllo congiunto* e *l'autonomia economica*.

Si ritiene che la società sia sottoposta a controllo congiunto quando le imprese madri abbiano la possibilità di esercitare un'influenza decisiva su di essa, ossia possano, nella pratica, condizionare in maniera sostanziale e coordinata le decisioni della *NewCo*, anche sulla base di accordi parasociali²⁷¹.

Tipico indizio dell'esistenza di un controllo congiunto è la previsione nel *main agreement*²⁷² del diritto di veto sulle decisioni strategiche²⁷³.

Tuttavia, anche in assenza di un diritto di veto, le imprese partecipanti potrebbero essere in qualche modo portate ad agire nella stessa direzione, manifestando comunque un controllo congiunto.

È questo il caso in cui vi è una forte convergenza di interessi condivisi²⁷⁴.

L'autonomia economica è un richiamo al concetto di *full-function joint venture*²⁷⁵: tale è un'impresa che possiede «sufficienti risorse finanziarie e di altro tipo, inclusi capitali, staff, beni materiali ed immateriali necessari ad intraprendere un'attività imprenditoriale su base continuativa», che non si limita a svolgere una funzione

²⁷¹ FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, 2010, p. 347.

²⁷² In proposito, si rimanda al capitolo secondo, paragrafo 3.1.1.

²⁷³ BROWN, A., *Distinguishing between Concentrative and Co-operative Joint Venture: Is it getting any easier?*, in "European Competition Law Review", vol. 17, No. 4, May-June 1996, pp. 240-249.

²⁷⁴ Già nel caso Philips/Grundig, pur non essendo previsto nessun *veto right* tra le tre banche sottoposte al vaglio della Commissione, venne riconosciuta l'esistenza del controllo congiunto in quanto "*in all likelihood the three banks would come to a common view on financial matters central to the protection of the assets in Grundig*". Caso IV/M.382, 3 dicembre 1993, EMCR B177.

²⁷⁵ Di cui è si è trattato nel paragrafo 6.2, al quale si rimanda.

specifica e circoscritta nell'ambito delle attività delle controllanti e che viene considerata come un soggetto terzo nei rapporti commerciali²⁷⁶.

Anche questa volta, tuttavia, gli sforzi compiuti dal Consiglio e dalla Commissione non sono andati esenti da critiche.

In particolare, è stato recentemente sostenuto, a seguito di un'attenta analisi delle pratiche decisionali sostenute dalla Commissione nei casi di *merger control* riguardanti la creazione – o la modifica – di joint ventures, che «*the Commission's guidance and decisional practice are at the best inconsistent as to when full-functionality is required for such cases to be subject to the EU Merger Control Regulation*²⁷⁷».

Certamente, va riconosciuto che le varie modifiche susseguitesi nel tempo hanno condotto ad una modernizzazione del sistema che riflette una maggiore trasparenza, tolleranza ed elasticità dell'intera struttura del *merger control* relativa alle imprese comuni.

In che misura tali modifiche contribuiscono effettivamente a semplificare l'approccio dei *venturers* alla normativa di riferimento dipende tuttavia, è evidente, da come esse vengano tradotte ed applicate nella pratica dall'Autorità comunitaria²⁷⁸.

²⁷⁶ Comunicazione della Commissione del 1998, relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma (*full-function joint venture*) in GUCE C 66 del 2 marzo 1998.

²⁷⁷ RUDOLF, L-P., LEUPOLD, B., *Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation*, in “Journal of European Competition Law & Practice”, 2012, vol. 3, n. 5.

²⁷⁸ In proposito si veda l'interessantissima analisi di TYSON, N., *Joint Venture Regulation under European Competition Law: An Update*, in “European Law Journal”, vol. 13, n. 3, May 2007, pp. 408-423.

8.1. Le ancillary restraints e la Comunicazione della Commissione n. 56/24

Accade molto di frequente che nel dar vita ad un'impresa comune (o, più in generale, nel porre in essere una qualsiasi operazione di concentrazione) le società madri concordino, in varie forme ed in diversa natura, dei patti limitativi della concorrenza.

Tali accordi, pur non facendo parte del *main agreement*, sono spesso considerati una parte fondamentale del contratto, indispensabili alla sua stessa realizzazione²⁷⁹.

Ne sono un esempio, al di là del tipico divieto di concorrenza, le licenze su diritti di proprietà industriale o di *know-how*, gli impegni di fornitura o di acquisto, i diritti di sfruttamento commerciale.

Appare evidente come in tutti questi casi si configurino ipotesi di intese restrittive della concorrenza, vietate dall'art. 101 TfUE e dall' art. 2 della nostrana l. n. 287/90²⁸⁰.

Ebbene, il Regolamento n. 139/2004 del Consiglio, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese dispone, all'art. 6, paragrafo 1, lettera b), secondo comma, e all'art. 8, paragrafo 1, secondo comma nonché paragrafo 2, terzo comma, che si considera che la decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato

²⁷⁹ GONZALEZ DIAZ, F.E., *The Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*, in "Fordham International Law Journal", vol. 19, issue 3, 1995.

²⁸⁰ GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, 2013.

comune «riguarda anche le restrizioni direttamente connesse alla realizzazione della concentrazione e ad essa necessarie»²⁸¹.

Già al ventunesimo considerando del Regolamento suddetto il Consiglio ha espressamente statuito: «il presente regolamento dovrebbe anche applicarsi quando le imprese interessate accettano restrizioni che sono direttamente legate e necessarie alla realizzazione della concentrazione. Le decisioni della Commissione che dichiarano le concentrazioni compatibili con il mercato comune in applicazione del presente regolamento dovrebbero riguardare automaticamente anche tali restrizioni, senza che la Commissione debba valutare queste ultime nei singoli casi»²⁸².

Si tratta di un'eccezione alla regola che permette alle *ancillary restrains* (o restrizioni accessorie) di ricadere nell'ambito di applicazione del Regolamento concentrazioni e di usufruire dell'eventuale parere favorevole dell'Autorità antitrust concesso all'operazione principale.

La materia è molto delicata, in quanto si tratta di autorizzare accordi che in circostanze comuni (ossia isolatamente considerati) sarebbero palesemente vietati.

Per offrire alle imprese interessate una maggiore sicurezza giuridica²⁸³, la Commissione è intervenuta con la comunicazione 2005/C 56/03 sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni.

²⁸¹ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, in *GUCE* C 56/24 del 5 marzo 2005, punto 1.

²⁸² Ventunesimo Considerando del Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in *GUCE* 29 gennaio 2004, n. L 24.

²⁸³ Cfr. Comunicazione della Commissione sulle restrizioni direttamente connesse e necessarie alle concentrazioni, in *GUCE* C 56/24 del 5 marzo 2005, punto 4.

La *condicio sine qua non* perché l'autorizzazione relativa all'operazione di concentrazione si estenda alle restrizioni accessorie è che esse siano (a) direttamente collegate all'operazione principale e (b) necessarie alla sua realizzazione²⁸⁴.

La prima di tali condizioni si verifica allorché *le restrizioni direttamente connesse alla concentrazione hanno un nesso economico con la transazione principale e sono intese a consentire una transizione senza soluzione di continuità al nuovo assetto sociale dopo la concentrazione*²⁸⁵.

Ciò significa che non basta che l'accordo sia concluso contestualmente alla realizzazione dell'operazione, piuttosto è necessario che esso ne sia parte integrante.

Il secondo requisito è invece soddisfatto quando l'operazione, in assenza della restrizione accessoria, non potrebbe essere realizzata, o perlomeno non alle stesse condizioni, subendo tempi più lunghi, condizioni più onerose e probabilità di successo ridotte.

La comunicazione in oggetto si preoccupa anche di esaminare al paragrafo IV²⁸⁶, il caso specifico delle imprese comuni, individuando, tra le restrizioni più consuete, gli obblighi di non concorrenza, le clausole di astensione e di riservatezza, gli accordi di licenza e gli obblighi di acquisto e fornitura.

Anche in tale ipotesi, la Commissione ha individuato dei principi generalmente applicabili, in modo da agevolare i *venturers* nella stesura delle eventuali *ancillary restraints*.

²⁸⁴ AUTERI, P., FLORIDIA, G., MANGINI, V., OLIVIERI, G., RICOLFI, M., SPADA, P., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 2012.

²⁸⁵ Cfr. punto 12 della Comunicazione suddetta.

²⁸⁶ Principi applicabili alle restrizioni più consuete in caso di costituzione di imprese comuni ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4 del Regolamento comunitario sulle concentrazioni.

Tuttavia, le imprese interessate dall'operazione (sia essa una joint venture o una qualsiasi altra forma di concentrazione) potrebbero voler inserire nell'accordo principale clausole non previste tra quelle *standard* individuate dalla Commissione, dando così luogo ad una questione senza precedenti.

In tali circostanze, è opportuno sottolineare che è prevista la possibilità di chiedere all'Autorità che essa si pronunci espressamente sulla liceità delle restrizioni accessorie, piuttosto che rischiare di concludere un contratto che potrebbe essere dichiarato in seguito non conforme alla disciplina antitrust.

8.2. *Gli aspetti procedurali: cenni*

Il Regolamento n. 139/2004 ha da ultimo modificato anche la disciplina relativa agli aspetti procedurali della valutazione delle operazioni di concentrazione.

Come è noto, a differenza delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante, le concentrazioni non sono di per sé vietate, bensì sottoposte ad un controllo preventivo di competenza delle Autorità antitrust, al fine di verificarne la compatibilità con il mercato²⁸⁷.

Per ciò che attiene alle imprese comuni, la disciplina è leggermente più complessa, in quanto occorre distinguere quattro categorie di *full-function joint venture* (le uniche

²⁸⁷ DE PRA, A., *La procedura di controllo delle concentrazioni tra imprese nel mercato globale*, 2010.

ad essere valutate alla luce della disciplina sulle concentrazioni), individuate dalla stessa Commissione²⁸⁸:

- i. JV aventi dimensione comunitaria ma senza effetti coordinativi;
- ii. JV aventi dimensione comunitaria con effetti coordinativi;
- iii. JV prive di dimensione comunitaria e senza effetti coordinativi e
- iv. JV prive di dimensione comunitaria ma con effetti coordinativi.

Le joint venture che integrano le dimensioni comunitarie²⁸⁹ sono naturalmente assoggettate al Regolamento concentrazioni, tenendo tuttavia presente che gli effetti coordinativi andranno valutati ex art. 101 TfUE; in assenza di rilevanza comunitaria, le JV verranno, invece, vagliate dalle singole Autorità nazionali secondo le proprie regole in materia di concentrazioni²⁹⁰.

Le norme contenute nel Regolamento n. 139/2004 impongono dunque alle società madri di una joint venture di verificare in primo luogo la dimensione della propria operazione.

Nella pratica, ciò significa sommare i rispettivi fatturati realizzati nell'anno precedente all'operazione e confrontarli con le griglie previste dall'art. 1 del Regolamento.

In caso di riscontro positivo scatta l'obbligo, una volta concluso l'accordo di JV, di notificazione preventiva del progetto alla Commissione²⁹¹, con conseguente *standstill*

²⁸⁸ PESCATORE, G., ANGIONE, S., *Le joint venture nella normativa comunitaria: una scheda riassuntiva*, 2004.

²⁸⁹ Per le quali si rimanda al paragrafo 8 di questo capitolo.

²⁹⁰ Resta salva la possibilità per le Autorità nazionali di rinviare alla Commissione la valutazione di un'operazione di concentrazione che rischia di pregiudicare il commercio tra gli Stati Membri, in applicazione dell'art. 22 del Regolamento concentrazioni.

²⁹¹ Art. 4 del Regolamento concentrazioni.

obligation, ossia divieto di compiere alcuna operazione prima che l'impresa comune venga autorizzata²⁹².

A questo punto la Commissione avvierà i propri accertamenti²⁹³ al termine dei quali potrà autorizzare l'impresa comune, eventualmente assoggettandola a specifiche condizioni, qualora ritenga che essa *non susciti seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune*²⁹⁴, ovvero vietarla, dichiarando che la stessa costituisce o rafforza una posizione dominante che pregiudica in maniera sensibile la concorrenza effettiva sul mercato interno.

La Commissione potrebbe anche constatare che l'operazione non costituisce una concentrazione ai sensi del Regolamento: in tal caso non opporrà alcun veto alla creazione dell'impresa comune.

9. Gli orientamenti recenti: INEOS/Solvay PVC joint venture

Il lavoro della Commissione europea in tema di *merger control* e joint venture è in continua evoluzione: nel tempo sono mutati gli interessi meritevoli di tutela, così come sono sorti nuovi compromessi.

²⁹² VAN GERVEN, G., SNELS, T., *The New EC MR: Procedural Improvements*, in "Legal Issues of Economic Integration", vol. 32, issue 2, 2005, pp. 193–208.

²⁹³ Facendo uso degli ampi poteri istruttori ed investigativi di cui gode ai sensi degli artt. 8 e ss. del Regolamento, per ottenere dalle società madri, anche coattivamente, tutte le informazioni necessarie per la valutazione dell'operazione notificata.

²⁹⁴ Cfr art. 6 del Regolamento concentrazioni.

Non bisogna tralasciare, infatti, l'importanza che rivestono i principi cardine del TUE, ai quali gli organi comunitari devono necessariamente uniformarsi.

Ben può capitare, allora, che in tali circostanze la Commissione si ritrovi ad autorizzare la più grande società europea di produzione di cloruro di polivinile (meglio noto con la sigla PVC), ossia una delle plastiche di maggior consumo al mondo.

Il riferimento è alla PVC joint venture tra la società svizzera INEOS AG e la belga Solvay S.A., autorizzata appunto lo scorso maggio, anche se soggetta a condizioni²⁹⁵. Ricostruire brevemente le fasi di tale decisione può dunque risultare particolarmente utile per comprendere quali sono le sfide che, a dieci anni dall'entrata in vigore del Regolamento concentrazioni, la Commissione fronteggia oggi.

La INEOS AG è capo-gruppo di una serie di società particolarmente attive nella produzione di prodotti petrolchimici. Una delle sue controllate, la INEOS ChlorVinyls, è un'importante fornitrice di PVC, oltre ad essere tra i più grandi produttori europei di prodotti di cloro-alcali.

La Solvay S.A. è a sua volta capo-gruppo di società che operano a livello internazionale nella ricerca, sviluppo, produzione, commercializzazione e vendita di prodotti chimici e materie plastiche.

Le due compagnie hanno notificato la proposta di JV alla Commissione il 16 settembre 2013, la quale ha avviato un'indagine approfondita il 5 novembre 2013²⁹⁶.

²⁹⁵ European Commission - *IP/14/539*, 08.05.2014.

²⁹⁶ European Commission - *IP/13/1040*

Secondo la Commissione l'operazione sollevava seri problemi per la concorrenza, in particolare nel mercato delle materie prime S-PVC (c.d. *PVC in sospensione*) in Europa nord-occidentale e nel mercato di ipoclorito di sodio (candeggina) nel Benelux, in cui INEOS e Solvay sono rispettivamente dei *key player*²⁹⁷.

Ciò che maggiormente preoccupava la Commissione era il timore che i concorrenti in entrambi i mercati non sarebbero stati in grado di esercitare una pressione sufficientemente forte sull'impresa comune e che ciò avrebbe condotto ad una riduzione di scelta per i clienti e potenzialmente ad un aumento dei prezzi per i prodotti interessati.

Si evince subito da quanto detto come l'attenzione nei riguardi del consumatore continui a rivestire un'importanza cardinale nelle scelte dell'Autorità; tuttavia, non si può tralasciare il fatto che tra gli obiettivi dell'Unione vi è quello di *promuovere il progresso scientifico e tecnologico*²⁹⁸.

La joint venture, infatti, avrebbe consentito agli operatori del settore di ridurre i costi in diverse aree, dai trasporti al marketing, e di aumentare la profittabilità delle proprie risorse, contribuendo a sollevare l'industria Europea afflitta dall'aumento dei costi delle materie prime e dell'energia.

²⁹⁷ Secondo il responsabile UE della Concorrenza, Joaquin Almunia, "*The proposed merger would remove a key competitor in the markets for PVC and bleach. The Commission needs to make sure that competition is preserved for both products and ultimately prevent harm to European consumers*".

²⁹⁸ Art. 3 del Trattato sull'Unione Europea.

Il compromesso è stato raggiunto su proposta delle stesse compagnie interessate: impegnarsi di effettuare una serie di disinvestimenti attraverso la vendita di determinati *assets* cruciali²⁹⁹ per controbilanciare i poteri di mercato.

In questo modo, nelle parole del responsabile UE della Concorrenza, Joaquin Almunia, «*the proposed commitments will ensure that the transaction will not result in higher prices to the detriment of businesses and consumers in Europe*».

Al momento, le due società hanno deciso di non concludere l'operazione finché non sarà individuato un degno acquirente delle proprie attività, ma è evidente la portata sempre più incisiva delle decisioni della Commissione, decisioni frutto di analisi attente e compromessi difficili, purtroppo contornate da pratiche non sempre conformi³⁰⁰.

²⁹⁹ In particolare, «*the companies offered to divest INEOS' S-PVC plants in Wilhelmshaven, Mazingarbe and Beek Geleen, together with the upstream chlorine and ethylenedichloride ("EDC") production assets in Tessenderlo and Runcorn. The merged entity and the purchaser will enter into a joint venture agreement for producing chlorine at Runcorn. The divestment will provide the purchaser with a fully integrated self-standing S-PVC business*», European Commission - IP/14/539, 08.05.2014.

³⁰⁰ MORAIS, L.S., *Joint ventures and EU competition law*, 2013.

CONCLUSIONI

Dalla trattazione è apparso evidente come parlare di accordi di joint venture significhi innanzitutto strumentalizzare un fenomeno che può essere adattato ad esigenze varie e diverse.

In questa analisi si è tentato di sottolineare quanto importante sia riuscire ad andare oltre la figura di un contratto per scoprire ciò che esso rappresenta, quali sono le sfaccettature da approfondire e quali le lacune da colmare, per dimostrare che *la figura di giurista di cui la società ha oggi davvero bisogno non è quella di un semplice tecnico del diritto, ma quella di un uomo di cultura che sappia usare abilmente gli attrezzi della ragione giuridica*³⁰¹.

La sempre più eterogenea integrazione economica tra imprese ci obbliga ad individuare, con celerità e precisione, risposte attente ed al passo con il mutare del contesto politico-economico in cui viviamo.

Parlare della figura del contratto internazionale è servito proprio allo scopo di anticipare la rappresentazione dello scenario multiculturale in cui si inserisce questa analisi.

³⁰¹ VOGLIOTTI, M., *La fine del "grande stile" e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica* in BARSOTTI, V., *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, pp. 169-170, 2014.

Si è tentato in tal modo di fornire un'immagine quanto più possibile dinamica e completa del contesto in cui si manifesta un contratto particolare come quello di joint venture.

Al tempo stesso, si è voluta evidenziare l'importanza di una corretta interpretazione delle leggi, cercando di sostenere con decisione il ruolo fondamentale che gli usi e le consuetudini svolgono nei processi di cambiamento ed adattamento.

Si è visto, attraverso cenni sicuramente non esaustivi, che gli agenti economici oggi dispongono di mezzi diversi, per natura ed origine, di cooperazione, e che tra questi la joint venture risponde sicuramente ad esigenze di maggiore elasticità.

Seguendo i *ventures* nei vari passaggi che precedono la stipula dell'accordo, si è notato come il sostegno e l'appoggio di un buon giurista può contribuire a semplificare aspetti non sempre chiari ed evitare errori che potrebbero rivelarsi fatali per la buona riuscita delle negoziazioni.

L'adattabilità del fenomeno si è evinta già dalla possibilità di optare per una joint venture contrattuale piuttosto che per una societaria, in base alle esigenze ed agli obiettivi.

Sicuramente ad ogni scelta corrisponde un impegno più o meno gravoso, ma si è dimostrato al tempo stesso che le parti interessate possiedono una notevole autonomia nel gestire le rispettive relazioni e si ritiene che proprio questa autonomia sia alla base del successo del fenomeno.

Un aspetto interessantissimo, a cui è stata volutamente dedicata larga parte dello studio, riguarda il risvolto che tali accordi hanno in materia di tutela della concorrenza.

Forse proprio la versatilità del fenomeno ha causato notevoli difficoltà nell'inquadrare la figura della joint venture all'interno del paradigma antitrust.

Si è voluto ripercorrere l'evoluzione storica della disciplina proprio per tentare di mostrare quanto impegnativo sia stato – e continua ad essere – per un'Autorità Garante della concorrenza, sia essa nazionale o comunitaria, assicurare la certezza del diritto quando entrano in gioco esigenze diverse ed incompatibili.

Ordinare le priorità alla luce dei Trattati ha significato molto spesso modificare interpretazioni e linee guida con una rapidità così sostenuta da generare in più occasioni incertezze ed esitazioni.

Cercando di analizzare in maniera sistematica le alternative di volta in volta presentatesi, è stato possibile verificare come l'attenzione della dottrina abbia fornito interessanti spunti di partenza per giungere alle modifiche necessarie.

Nelle diverse comunicazioni, la Commissione europea ha tentato di sostenere con forza le proprie tesi, talvolta anche in presenza di chiari segnali di dissenso, ma si è spesso anche lasciata coinvolgere dalle esigenze pratiche.

Sono stati analizzati casi di joint venture con background diversi e diversi obiettivi per mostrare come il mutare degli atteggiamenti della Commissione abbia influenzato le scelte economiche dei *venturers*.

Nel Regolamento n. 4064 del 1989, così come modificato nel 1997, è stato possibile leggere il desiderio di gestire una situazione divenuta ormai insostenibile³⁰², e la

³⁰² Si ricorda, infatti, che il suddetto Regolamento è frutto di un compromesso chiaramente manifestato nel famoso caso *Philip Morris*.

costanza degli interventi successivi non ha fatto altro che dimostrare la complessità del fenomeno.

Senza andare mai esente da critiche, la Commissione ha tentato di placare le acque mostrandosi più magnanima con il Regolamento n. 139 del 2004, ma è facile intuire come la priorità degli obiettivi sia un concetto in continua evoluzione.

Un particolare riferimento è stato fatto alle modifiche di “Lisbona 2009” per provare a documentare quanto facile sia stato ribaltare impostazioni ormai assodate, con la conseguenza di dover rivedere gli accordi di joint venture alla luce di esigenze ancora una volta nuove.

Sarebbe ingenuo, a questo punto, immaginare di aver raggiunto un traguardo finale e definitivo.

L’evoluzione dei mercati e dei sistemi economico-giuridici è garanzia della loro stessa attendibilità: il giurista non deve scoraggiarsi dinanzi al divenire mutevole, ma cavalcare il cambiamento ed essere portavoce e sostenitore dei nuovi interessi in gioco.

BIBLIOGRAFIA

- ABRIANI, N., *Diritto Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011;
- ADORANTI, F., *The manager guide to understanding confidentiality agreements*, London, Global Professional Publishi, 2005;
- ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in “Contr. Impr.”, 1997;
- AMBRIANI, N., *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2012;
- AMBROSINI, S., *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, Giuffrè, 2007;
- ANDERSON, E., *Two Firms, One Frontier: On Assessing Joint Venture Performance*, in “Sloan Management Review”, 1990;
- ANDRINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in GALGANO, *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, UTET,1995;
- ARNÒ, F., MAROTTA, G., *Aspetti problematici della joint venture*, in “Soc.”, 1989;
- ARNT NIELSEN, P., *International privat- og procesret*, Copenaghen, Forlag, 1997;

- ASTOLFI, *Evoluzione e qualificazione degli accordi di joint ventures*, in DRAETTA e VACCÀ, *Le Joint Venture, profili giuridici e modelli contrattuali*, Milano, Egea, 1997;
- AULETTA G., SALANITRO, N., *Diritto Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2010;
- AUTERI, P., FLORIDIA, G., MANGINI, V., OLIVIERI, G., RICOLFI, M., SPADA, P., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2012;
- BARATTA, R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1991;
- BAVA, F., BOTTINO, A., *I verbali del c.d.a. e delle assemblee di s.r.l. e s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2011;
- BEDOGNI, C.R., BARUCCI P., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Milano, Egea, 2010;
- BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001;
- BELLODI, L., *Gli accordi internazionali tra imprese*, Torino, Ipsoa, 1989;
- BERGER, K.P., *The creeping codification of the lex mercatoria*, Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1990;
- BERGQVIST, C., *The concept of an autonomus economic entity in "European Competition Law Review"*, vol. 24, n. 10, October 2003;

- BERNARDINI, P., *L'applicazione degli usi del commercio internazionale ai contratti internazionali*, in *Fonti e tipi del contratto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1991;
- BERNARDINI, P., *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, Giuffrè, 2008;
- BERNINI, G., *Il giurista d'impresa e l'avvocato d'affari*, in "Contratto e Impresa", 1990;
- BIANCHI, M., *Progettare una joint venture societaria: dall'ideazione alla costituzione*, in "Commercio internazionale", n. 11, 2009;
- BIANCONI, *Patti parasociali e joint ventures*, in "Soc.", 1995;
- BONVICINI, D., *Le joint ventures. Tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, Giuffrè, 1977;
- BORTOLOTTI, F., *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, Cedam, 2009;
- BORTOLOTTI, F., *Il contratto internazionale*, Padova, Cedam, 2012;
- BORTOLOTTI, F., *Introduzione al diritto dei contratti internazionali*, in "Il Sole 24 Ore", 1984;
- BRANDELLI A., MIGGIANI, F., TURATI, C., *Le alleanze strategiche, soluzione o problema?*, in "Sviluppo e Organizzazione", n.112, 1989;
- BROWN, A., *Distinguishing between Concentrative and Co-operative Joint Venture: Is it getting any easier?*, in "European Competition Law Review", vol. 17, No. 4, May-June 1996;

- CAMPBELL, D., MEEK S., CHU, W., *International Joint Venures, Mergers and Acquisition*, New York, Ardsley, 2000;
- CAMPOBASSO, G.F., *Diritto Commerciale*, Torino, UTET, 2011;
- CAPRIGLIONE, F., *La nuova disciplina della società europea*, Padova, Cedam, 2008;
- CARBONE, LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, UTET, 1994;
- CARBONE, S.M., *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in BOSCHIERO, N., LUZZATTO, R., *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008;
- CARBONE, S.M., QUEIROLO I., *La competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni in materia civile nell'ambito dello spazio giudiziario europeo*, Torino, Giappichelli, 2009;
- CARDARELLI, M.C., *Concentrazioni: spunti tra regole codicistiche e mercato*, Milano, Giuffrè, 1996;
- CATERINO, D., *La Joint Venture*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, PATRONI GRIFFI, U., Milano, Giuffrè, 2012;
- CATRICALÀ, A., LALLI, A., *L'antitrust in Italia: il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010;
- CELENTANO, P., *La Cooperazione tra Imprese*;
- CHERNOW, R., *Titan: The Life of John D. Rockefeller, Sr.*, New York, Kindle Edition, 2007;

- CHILD, J., FAULKNER, D., *Strategies of Cooperation*, New York, Oxford University Press, 1998;
- CIVERRA, E., *Società di capitali e posizione del socio*, Milano, Ipsoa, 2010;
- CIVERRA, E., *L'assemblea dei soci nelle società di capitali. Delibere e invalidità*, Milano, Giuffrè, 2011;
- COHEN, M.J., *The Celler-Kefauver Act and Mergers Since 1951*, 1964;
- CORAPI, D., PERNAZZA, F., *La Società europea*, Torino, Giappichelli, 2011;
- CORAPI, D., *Verso un diritto europeo delle società*, Milano, Egea, 1991;
- CORAPI, SARAVALLE, *Le joint ventures nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, in “Dir. Comm. Internaz.”, 1988;
- CORAPI, voce «*Joint venture (aspetti societari)*», in *Digesto/comm.*, VIII, 1992;
- COTTINO, G., *Diritto commerciale*, I, 2, *Le società e le altre associazioni economiche*, Padova, Cedam, 1994;
- COTTO, A., MEOLI, M., TOSCO, F., *Società*, Milano, Ipsoa, 2009;
- CRAIG, W., PARK, W., PAULSSON, J., *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2nd. Edition, New York, Oceana Publications, 1994;
- CREMADES, PLEHN, *The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions*, Boston, U.Int’L.J., 1984;
- DASSER, F., *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria*, Zurich, Schlthess, 1989;

- DAVACK, *L'impresa comune nelle decisioni della Commissione delle Comunità Europee*, in "Riv. Dir. Civ.", 1979, vol. II, nota 29;
- DAVID V., *Le droit du commerce international*, Paris, Litec, 1987;
- DE BURCA, G., SCOTT, J., *The EU and the WTO*, Oxford, Hart Publishing, 2001;
- DE DONNO, B., *La partecipazione di imprese italiane in joint ventures nei paesi in via di sviluppo*, in "Rassegna di diritto civile", Edizioni Scientifiche Italiane, 1988;
- DE MIGUEL ASENSIO P.A., BERGE J.-S., *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, Madrid, 2012;
- DE NICOLA, *La disciplina della concorrenza e del mercato: il controllo delle concentrazioni in Italia*, in "Giur. Comm.", 1992, I;
- DE NICOLA, *Patti parasociali e joint ventures. Aspetti comparatisti*, in "Soc.", 1995;
- DE PAOLI, L., *La liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica e del gas in Italia*, in "Economia Delle Fonti Di Energia E Dell'ambiente", Vol.1, 2000;
- DE PRA, A., *La procedura di controllo delle concentrazioni tra imprese nel mercato globale*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2010;
- DEL VECCHIO, A., *Rapporti contrattuali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1991;

- DEMURO, I., *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione*, Milano, Giuffrè, 2008;
- DERAÏNS, *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions internationales*, in “Rev. Arb.”, 1973;
- DEWAR, J., *International Project Finance: Law and Practice*, Oxford, OUP, 2011;
- DI AMATO, S., MUSCOLO, G., SCIUMBATA, G., *Le assemblee nelle s.p.a.*, Milano, Giuffrè, 2011;
- DI PACE, M., *Crisi di impresa e soluzioni. Manageriali, extragiudiziali, giudiziali e concorsuali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012;
- DI VIA, L., *Alcune riflessioni sulla rule of reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza*, in “Diritto commerciale internazionale”, 10 febbraio 1996;
- DOMINICK S., *Introduction to international economics*, New York, Wiley, 2010;
- DRUCKER, P., *Manuale di Management*, Milano, Etas, 1978;
- DUKE, L. J., *International joint venture corporations: drafting of control Arrangements*, Note, 1963;
- FABIO, M., *Manuale dei contratti internazionali. Modelli e soluzioni operative dei rapporti internazionali*, Milano, Ipsoa, 2010;
- FERRANDINA, A., CARRIERO, F., *Il business plan. Guida strategico-operativa*, Milano, Ipsoa, 2012;

- FERRARI, *La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in “Contr. impr.”, 1994;
- FERRARI, M., MONTANARI, S., *Economicità e continuità delle joint venture in un contesto internazionale*, Milano, Franco Angeli, 2012;
- FERRARO, *La qualificazione e la disciplina giuridica degli accordi di joint venture nell’ordinamento italiano*, in DRAETTA e VACCÀ, *Le Joint Venture, profili giuridici e modelli contrattuali*, Milano, Egea, 1997;
- FINE, L.F., *The “Cooperative”/”Concentrative” Dilemma of EC Merger Control: - A Review of Commission Policy*, in “Boston College International and Comparative Law Review”, vol. 17, issue 1, 1994;
- FISHER, R; URY, W., *L’arte del negoziato*, trad. it. Mondadori, Milano, 1985;
- FOGLIO, A., *Alleanze strategiche per l’impresa. Scegliere e gestire le alleanze vincenti*, Milano, Franco Angeli, 1996;
- FOUCHARD P., *L’arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965;
- FRANCESCHETTI, P., MARASCA M., *Le obbligazioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2008;
- FRATINI, M., BASCHETTI, G., *Le società di capitali: percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2010;
- FRUMENTO, A., *Orientamento sovranazionale e i programmi nazionali nella CECA*, in “Giornale degli Economisti e Annali di Economia”, Nuova Serie, Anno 21, No. 5, 1962;

- GAILLARD, *Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, in “JDI”, 1995;
- GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1993;
- GAMBEL, E. L., *Manuale del manager e del consigliere di amministrazione*, Milano, Franco Angeli, 2010;
- GERBER, D.J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 1998;
- GHEZZI, F., *Le nozioni di concentrazione e di impresa comune negli orientamenti della Commissione CEE*, in “Riv. soc.”, 1995;
- GHEZZI, F., OLIVIERI, G., *Diritto Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2013.
- GHIROTTI, E., *Il patto di non concorrenza nei contratti commerciali*, in CENDON, P., *Il Diritto Privato oggi*, Milano, Giuffrè, 2008;
- GIARDINA, *La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in “Dir. Comm. int.”, 1992;
- GOLDMAN B., *Forum Internationale*, vol. 3, 1983;
- GOLDMAN, B., *Contemporary Problems in International Commercial Arbitration*, Julian D.M. Lew (ed.), 1986;
- GOLDSTAJN A., *The New Law Merchant*, Frankfurt, J. Bus.L., 1961;
- GOLDSTAJN, A., *Festschrift für Clive M. Schmitthoff*, Frankfurt, J. Bus.L., 1973;

- GONZALEZ DIAZ, F.E., *The Notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law*, in “Fordham International Law Journal”, vol. 19, issue 3, 1995;
- GRIFFITHS, A., WALL, S., *Economics for Business and Management*, New Jersey, FT/Prentice Hall, 2005;
- GUACCERO, A., *Impresa comune e joint venture nel diritto antitrust: prospettive internazionali*, in “L’integrazione fra imprese nell’attività internazionale”, 1995;
- HAMEL, G., DOZ, Y.L., *Alliance Advantage: The Art of Creating Value Through Partnering*, Boston, Harvard Business School Press, 1998;
- HAMEN, S. E., *John D. Rockefeller: Entrepreneur & Philanthropist*, Wessex, ABDO, 2011;
- HARRIGAN, K. R., *Managing for Joint Venture Success*, Lexington, Lexington Books, 1988;
- HENNART, J.F., ZENG, M., *Structural determinants of joint venture performance*, in “European Management Review”, vol.2, 2005;
- HIGHET, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, in “63 Tulane L. Rev.”, 1989;
- INVERNIZZI, G., *Alternative strategiche per lo sviluppo di nuove attività*, in “Economia & Management”, Vol.19, 1991;
- JENTZ, G., MILLER, R., *Cengage Advantage Books: Fundamentals of Business Law*, Boston, Cengage Learning, 2009;

- KAPUR, S.K., “Comment: Structuring and Negotiating International Joint Venture: Anecdotal Evidence from A Large Law Firm Practice”, *53 Case W Res L Rev*, 2003;
- KILLING, J.P., *Strategies for JV Success*, New York, Praeger, 1983;
- KORAH, *EEC Competition law and practice*, Oxford, ESC Publishing Limited, 1990;
- KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 3rd. Edition, Tubingen, Mohr Siebeck, 1997;
- KRUGMAN P.R., OBSTFELD M., *Economia internazionale 1*, Torino, Pearson, 2007;
- KURKDJIAN, V., *Distinzione fra joint venture «cooperative» e «concentrative» per determinare la presenza di un cartello*, in “Commercio internazionale”, n. 1/2001;
- LA RUE, P.H., *The Robinson-Patman Act: Policy and Law*, ABA Section of Antitrust Law, 1980;
- LAGARDE, P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in “Rev. crit. dr. internat. Privé”, 1991;
- LANDO, *Does the European Union need a Civil Code?*, in “RIW”, 2003;
- LANDO, O., *189 Collected Courses*, Vol. VI, 1984;
- LENNON, J. M., *Technology Transfer Guide*, 2000;
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, *A propos du contrat international*, 1951;

- LETWIN, W., *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*, Chicago, University of Chicago Press, 1981;
- LO CANE, P., *Le joint ventures nel diritto antitrust comunitario*, in “Diritto&Diritti”, 2002.
- LOWENFELD, A.F., *The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections*, 30 *Tex.Int'l L. J.* 59, 1995;
- MANZELLA, *La nuova coesione europea tra processo di Lisbona e allargamento*, in “Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario”, fasc. 3-4, 2006;
- MARASÀ, *Prime valutazioni sulla nuova normativa in tema di consorzi*, in “Riv. dir. civ.”, 1977, II;
- MASTELLONE, S., *Storia del pensiero politico europeo: dal XIX al XX secolo*, Torino, Utet, 2002;
- MAURI, C., TIMMERMANS, H., ZERBINI F., *La conformazione dei network fedeltà: un'analisi della relazione tra la sovrapposizione delle reti dei partner e l'efficacia dei programmi di fidelizzazione*, in “Mercati e Competitività, Rivista della Società Italiana di Marketing”, 2013;
- MAYER, D., WARNER, D., SIEDEL, G., LIEBERMAN, J.K., *History and Basic Framework of Antitrust Laws in the United States*, in “Government Regulation and the Legal Environment of Business”, 2012;
- MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, in “Trattato di diritto privato”, vol.17, Torino, 1995;

- MEDWIG, *The New Law Merchant: Legal Rhetoric and Commercial Reality*, in “Law & Pol. Int’l Bus.”, 1993;
- MERCEDERS LOPEZ RODRIGUEZ, A., *Lex Mercatoria*, Aarhus, 2002;
- MERLO, A., *Nuova comunicazione della Commissione sulle joint ventures concentrative e cooperative*, in “Contratto e Impresa / Europa”, 1996;
- MEZZANOTTE, F., *Società per Azioni (S.p.a.)*, in “Diario di Economia e Finanza”, 2012;
- MOCCIA, *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993;
- MONGIELLO, *Il gruppo europeo di interesse economico*, in GALGANO, F., *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*, Padova, Cedam, 1994;
- MORAIS, L.S., *Joint ventures and EU competition law*, Oxford, Hart Publishing, 2013;
- MÖSCHEL, W., *The Proper Scope of Government viewed from an Ordoliberal Perspective: The Example of Competition Policy*, in “JITE”, vol 157, n°1, 2001;
- MOSCO, G. D., *Il “successo” del GEIE*, in AA.VV., *L’integrazione fra imprese nell’attività internazionale*, Torino, Giappichelli, 1995;
- NAZZICONE, L., PROVIDENTI, S., *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2010;

- NUZZO, A., CASSOTTANA, M., *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006;
- ORTOLANI P., *L'individuazione e l'applicazione delle norme di merito nell'arbitrato internazionale*, in "Rivista dell'arbitrato", Anno XXIII, Fasc. 3, 2013;
- OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, LGDJ, 1992;
- OTTLEY, M., *Q&A Company Law 2011-2012*, Greenwich, Auerbach Publications, 2013;
- PARDOLESI, R., *Diritto antitrust: questioni generali*, in "Il Diritto-Encicl. giur.", vol. V, 2007;
- PATRONI GRIFFI, *Le forme di integrazione fra imprese*, in *Manuale di diritto commerciale*, Torino, Giappichelli, 1997;
- PAULEAU, *Les entreprises communes et le droit européen de la concurrence*, in "Revue Internationale de Droit Economique", 1992;
- PEDERZINI, E., *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, Giappichelli, 2011;
- PERA, A., *Vent'anni dopo: L'introduzione dell'antitrust in Italia*, in "Rivista annuale di concorrenza", 2010;
- PESCATORE, G., ANGIONE, S., *Le joint venture nella normativa comunitaria: una scheda riassuntiva*, in "Bollettino dell'Internazionalizzazione", Verona, marzo 2004;

- PFEFFER, J., NOWAK, P., *Joint Venture and Interorganizational Interdependence*, in “Administrative Science Quarterly”, n.21, 1976;
- POLANSKI, P.P., *International Custom as a Source of Law in Global Electronic Commerce*, University of Melbourne, 35th Hawaii International Conference on System Sciences, 2002;
- PROPERSI, A., *Le joint venture*, Milano, Pirola, 1992;
- PROVERBIO, D., *I patti parasociali. Disciplina, prassi e modelli contrattuali*, Torino, Ipsoa, 2010;
- PUGLIESE, A., *Percorsi evolutivi della corporate governance. Il ruolo del consiglio di amministrazione*, Padova, Cedam, 2008;
- RADICATI DI BRONZOLO, L.G., GUSTAFSON, M., *Full-function Joint Ventures Under the Merger Regulation: The Need for Clarification*, in “European Competition Law Review”, vol. 24, n. 11, November 2003;
- RASTOGI, C., *Trade Laws, Bilateral and Multilateral Trade Agreements*, New Delhi, 2012;
- RICCIARDI, A., *Le reti di imprese. Viaggi competitivi e pianificazione strategica*, Milano, Franco Angeli, 2004;
- ROCKEFELLER, E.S., *La religione dell'antitrust. Riti e pratiche della politica della concorrenza*, Ibl Libri, 2011;
- RODABAUGH, K., *Congressman Henry D. Clayton and the Dothan Post Office Fight: Patronage and Politics in the Progressive Era*, in “Alabama Review” n. 33, aprile 1980;

- ROSSOTTO, R., *La joint venture ed il trust*, in IRRERA, M., *Le acquisizioni societarie*, Bologna, Zanichelli, 2011;
- RUDOLF, L-P., LEUPOLD, B., *Joint Ventures – The Relevance of the Full Functionality Criterion under the EU Merger Regulation*, in “Journal of European Competition Law & Practice”, 2012, vol. 3, n. 5;
- SAJA, F., *L’Autorità garante della concorrenza e del mercato: prima esperienza e prospettive di applicazione della legge*, in “Giurisprudenza Commerciale”, Vol.1, 1991;
- SALACUSE, J.W., *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford, Oxford University Press, 2013;
- SALVATORI, *La nuova lex mercatoria*, in “Contr. impr./Eur.”, 1996;
- SAMPSON, R.C., “The role of lawyers in strategic alliances”, *53 Case W Res L Rev*, 2003;
- SANDEEN, S.K., *Intellectual Property Deskbook for the Business Lawyer a transactions-based guide to intellectual property law*, Chicago, American Bar Association Section of Business Law, Projected Pub, 2007;
- SARRO, R., *Le risposte del trust. Il trust spiegato in parole semplici e tramite esperienze di vita*, Milano, Giuffrè, 2010;
- SCHILLACI, C.E., *Profili economico-aziendali della formula joint venture*, Milano, Giuffrè, 1988;

- SCHMITTHOFF C., *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*, London, CCLS, 1988;
- SEGALL, G., *John D. Rockefeller: Anointed with Oil*, Oxford, Oxford University Press, 2001;
- SIRAGUSA, M., SUBIOTTO, R., *Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi pratica delle decisioni della Commissione*, in “Giur. Comm.”, 1992, I;
- SPARANO, R., ADDUCCI, E., *Introduzione al diritto della concorrenza*, in “Altalex”, 2004;
- SPOLIDORO, M.S., *La disciplina antitrust in Italia*, in “Rivista delle Società”, 1990;
- STOLL, P.T., SCHORKOPF, F., *World Economic Order, World Trade law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006;
- TARBELL, I.M., *The History of the Standard Oil Company*, New York, McClure/Phillips, 2010;
- TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2012;
- TUPPONI M., *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, Giappichelli, 2012;
- TURATI, C., *Economia e Management*, vol.3, Milano, Egea, 1988;
- TYSON, N., *Joint Venture Regulation under European Competition Law: An Update*, in “European Law Journal”, vol. 13, n. 3, May 2007;

- VALLE, L., *Diritto privato di derivazione europea, diritto privato europeo e regolazione dei contratti transnazionali nel mercato interno europeo*, in “Comparazione Diritto Civile”, 2012;
- VAN GERVEN, G., SNELS, T., *The New ECMR: Procedural Improvements*, in “Legal Issues of Economic Integration”, vol. 32, issue 2, 2005;
- VIOLETTA, M., *Amministratore di società. Poteri, rappresentanza e compensi dopo la riforma del diritto societario*, Milano, FAG, 2007;
- VISINTINI, G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, Volume 1, Padova, Cedam, 2009;
- VOGLIOTTI, M., *La fine del “grande stile” e la ricerca di una nuova identità per la scienza giuridica*, in BARSOTTI, V., *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Firenze, Firenze University Press, 2014;
- VON HOFFMANN, B., *Contract Conflicts*, Amsterdam/New York/Oxford, Ed. P. North, 1982;
- WILBOIS, B., *Guida alle joint ventures: libro bianco per i managers europei*, Milano, Mondadori, 1986;
- WILLIAMSON, O.E., *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, Berkeley, Administrative Science Quarterly, 1991;
- WINKLER, J.K., *John D. Rockefeller: A Portrait in Oils*, Hardback, 2007;

- WOLF., R.C., *Effective International Joint Venture Management: Practical Legal Insights for Successful Organization and Implementation*, Armonk, NY, Sharpe, 2000;
- WOLF., R.C., *The complete guide to International Joint Ventures with sample clauses and contracts*, Kluwer Law International, 2011;
- YAN, A., LUO, Y., *International Joint Ventures: Theory and Practice*, Armonk, NY, Sharpe, 2001.