

## 4 - NEWSLETTER - N. 13

*Director: Prof. Avv. Alberto Santa Maria*

### ***Il nuovo regolamento comunitario di esenzione per categoria delle restrizioni verticali nel settore della distribuzione commerciale.***

#### ***1. La prospettiva storica e l'intento di riforma globale.***

Si è appena compiuta, accompagnata soltanto dall'attenzione degli addetti ai lavori, un'autentica rivoluzione copernicana nella disciplina della concorrenza della Comunità europea. Il 1° giugno del 2000, infatti, è entrato in vigore il nuovo regolamento (CE) della Commissione n. 2790/1999 del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3 (*ex art. 85 par. 3*) del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (d'ora in avanti: il "Regolamento")<sup>1</sup>. A questo provvedimento si affianca la comunicazione dal titolo "*Linee direttrici sulle restrizioni verticali*", emanata dalla stessa Commissione in funzione interpretativa del Regolamento stesso<sup>2</sup>.

Il Regolamento, assumendo una valenza generale di regolamento-quadro, sostituisce, a partire appunto dal 1° giugno 2000, i regolamenti di esenzione

precedentemente in vigore e applicabili a specifici tipi di accordi, vale a dire: il regolamento della Commissione n. 1983/83 del 22 giugno 1983, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato a determinate categorie di accordi di distribuzione esclusiva<sup>3</sup>, il regolamento della Commissione 1984/83 del 22 giugno 1983 relativo all'applicazione dell'art. 85 par. 3 del Trattato a determinate categorie di accordi di acquisto esclusivo<sup>4</sup>, oltre al regolamento della Commissione n. 4087/88 del 30 novembre 1988 relativo all'applicazione dell'art. 85 par. 3 del Trattato a categorie di accordi di *franchising*<sup>5</sup>, tutti scaduti il 31 maggio 2000.

Tuttavia, una disposizione transitoria consente ai contratti già in vigore al 31 maggio 2000 e che soddisfino le condizioni per l'esenzione stabilite dai precedenti regolamenti, di continuare a conformarsi alle sole condizioni previste dai regolamenti sostituiti, beneficiando, per un periodo di transizione che si

<sup>1</sup> G.U.C.E., L336 del 29 dicembre 1999, p. 21 ss.

<sup>2</sup> Doc. COM 2000/C291/01, in G.U.C.E., C291 del 13 ottobre 2000, p. 1 ss.

<sup>3</sup> G.U.C.E., L173 del 30 giugno 1983, p. 1 ss.

<sup>4</sup> G.U.C.E., L173 del 30 giugno 1983, p. 5 ss.

<sup>5</sup> G.U.C.E., L359 del 28 dicembre 1988, p. 46 ss.

estenderà fino al 31 dicembre 2001, dell'opzione di adeguarsi immediatamente alle disposizioni del Regolamento o di rinviare l'adeguamento al termine del periodo di transizione. La piena efficacia del nuovo Regolamento si avrà, pertanto, a decorrere dal 1° gennaio 2002, sino al termine di scadenza, fissato per il 31 maggio 2010.

L'entrata in vigore del nuovo atto normativo comunitario assume i caratteri di una vera e propria riforma globale, frutto di un approfondito processo di riflessione da parte delle istituzioni comunitarie sulla necessità d'innovare radicalmente l'attuale politica della concorrenza in materia di accordi verticali e, in particolare, in materia di distribuzione commerciale, politica volta a privilegiare criteri di natura prevalentemente formale, giudicati ormai inopportunosamente restrittivi<sup>6</sup>. Si è così ritenuto di doversi adeguare alla realtà economica di un settore, come quello della distribuzione, contraddistinto da un elevato dinamismo, facendo perno su di un regime di esenzioni più flessibile di quello precedentemente in vigore, in grado di coniugare le esigenze di certezza del diritto con quelle di adattabilità avanzate dagli operatori economici e con l'obiettivo di garantire una sempre maggiore efficienza dei mercati integrati<sup>7</sup>.

L'inizio del processo di revisione della

<sup>6</sup> D'ERRICO, *I più recenti sviluppi della politica della concorrenza della Commissione europea in materia di intese e pratiche concordate*, in *Concorrenza e mercato*, 1999, p. 3 ss., a p. 9.

<sup>7</sup> Cfr. *Parere del Comitato economico e sociale in merito al "Regolamento della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81 par. 3 del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate"*, in *G.U.C.E.*, C51 del 23 febbraio 2000, par. 1.1.

materia coincide con la pubblicazione di un documento della Commissione, il c.d. "*Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica della concorrenza comunitaria*"<sup>8</sup>. Già quel documento, infatti, manifestava l'esigenza, diffusa e largamente condivisa, di un ammodernamento della disciplina della concorrenza, ritenuta non più in grado di garantire un'effettiva competizione nel mercato e, pertanto, oggetto di critiche, divenute nel tempo sempre più serrate, soprattutto a paragone con i recenti sviluppi della materia nell'esperienza nordamericana, basati su un approccio più aderente all'analisi economica di quello europeo. Veniva sottolineata, in particolare, l'esigenza di non limitarsi ad un'applicazione formale dell'art. 85 (ora 81) del Trattato CE, con un esame non circoscritto ad una semplice ricognizione di singole clausole, ma di cercare, piuttosto, la verifica dell'effettivo impatto anticoncorrenziale dell'intero accordo, riservando particolare attenzione, ad esempio, al potere di mercato detenuto dalle imprese partecipanti all'accordo stesso.

Sulla scia del Libro Verde, si sviluppava nelle istituzioni comunitarie un ampio dibattito, le cui linee principali venivano ribadite dalla stessa Commissione, l'anno successivo, con una "*Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie alle restrizioni verticali*"<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Doc. COM(96)721 def. del 22 gennaio 1997.

<sup>9</sup> Doc. COM(98)0544 def., in *G.U.C.E.*, C365 del 26 novembre 1998, p. 3 ss. Cfr., altresì, sul punto, le considerazioni del Commissario all'epoca preposto all'applicazione della disciplina della concorrenza, KAREL VAN MIERT, in *Commissione CE, XXVIII Relazione sulla politica di concorrenza (1998)*, Bruxelles, 1999, p. 6 ss.

Nella *Comunicazione* appena citata, la Commissione delineava la propria nuova politica, inquadrandola in un più generale ripensamento complessivo delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato (ex artt. 85 e 86), per la necessità di tener conto, anche nell'applicazione delle regole di concorrenza, dell'evoluzione della stessa Comunità europea, integrata ormai in una realtà più ampia, costituente uno dei “*pilastri*” dell'Unione europea, e caratterizzata da obiettivi di più ampio respiro rispetto a quelli iniziali, propri di un mero organismo sovranazionale teso a realizzare un programma economico comune.

Nell'ottica della Commissione, dunque, il raggiungimento dell'obiettivo dell'unificazione dei mercati e la realizzazione di una cultura della concorrenza diffusa su tutto il territorio dell'Unione facevano venir meno, in presenza di una fase più matura dello sviluppo dell'UE, le ragioni che avevano indotto ad optare per un'applicazione centralizzata delle regole della concorrenza comunitarie da parte della stessa Commissione.

La Commissione formulava, quindi, una proposta di riforma della disciplina comunitaria della concorrenza, imperniata sul perseguimento di precisi obiettivi, tra i quali, in primo luogo, una semplificazione del quadro normativo. Veniva così prospettata la soppressione dell'onere di notifica preventiva delle intese anticoncorrenziali, unitamente ad un rafforzamento del controllo *a posteriori*, con il conseguente passaggio ad un sistema di presunzione di legalità, salvo prova contraria. Veniva, inoltre, proposto un decentramento del potere di applicazione delle regole del Trattato

sulla concorrenza, con la previsione della possibilità per le autorità nazionali di ricoprire un ruolo più incisivo di quello assegnato loro in precedenza, nella convinzione che il superamento della centralizzazione presso le istituzioni comunitarie possa assicurare una sorveglianza più efficace dei mercati, senza per questo incrinare l'applicazione uniforme del diritto e della politica della concorrenza in tutto il territorio dell'Unione<sup>10</sup>.

A tale scopo, la Commissione avanzava due proposte di regolamento, sostitutive dei due atti normativi fondamentali in materia di applicazione delle norme sulla concorrenza del Trattato, e precisamente del regolamento del Consiglio n. 17/62, del 6 febbraio 1962, primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato<sup>11</sup>; nonché del regolamento del Consiglio n. 19/65 del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate<sup>12</sup>. I due Regolamenti di modifica sono stati definitivamente adottati dal Consiglio in data 10 giugno 1999, rispettivamente con il n. 1215/99 e il n. 1216/99<sup>13</sup>.

La proposta formulata dalla Commissione, inoltre, preannunciava la sostituzione, nel quadro della riforma globale della disciplina della concorrenza, dei regolamenti vigenti in

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, il “*Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*”, Bruxelles, doc. COM(99)101 def., del 28 aprile 1999.

<sup>11</sup> *G.U.C.E.*, L13 del 21 febbraio 1962, p. 204 ss.

<sup>12</sup> V. entrambe le proposte – rispettivamente COM(98)544 def. e COM(98)546 def. – in *G.U.C.E.* C365 del 26 novembre 1998.

<sup>13</sup> V. entrambi in *G.U.C.E.*, L148 del 15 giugno 1999.

materia di distribuzione esclusiva, acquisto esclusivo e *franchising*, con un unico regolamento di esenzione, comune a tutti i tipi di accordo verticale, considerati tendenzialmente favorevoli alla competitività, e di minor impatto di quelli orizzontali, sempre che, anche in relazione ai primi, non vi sia un elevato potere di mercato da parte del concedente-acquirente, tale, cioè, da favorire la costituzione di una posizione di abuso<sup>14</sup>. Tale progetto è stato poi formalizzato nel Regolamento in esame.

## 2. Le disposizioni del Regolamento.

### A) Le condizioni di applicazione.

Il Regolamento si applica agli accordi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 81 par. 1 del Trattato CE. Restano, per altro, esclusi gli accordi non suscettibili di pregiudicare in modo significativo gli scambi tra Stati membri o che non abbiano per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente il gioco della concorrenza (i c.d. accordi "*de minimis*")<sup>15</sup> e, in linea di principio e salvo prova contraria, gli accordi tra piccole e medie imprese<sup>16</sup>. Gli uni e gli altri non ricadono nel divieto posto dall'art. 81, par. 1 del Trattato e restano,

<sup>14</sup> Cfr. FRANCHI, *Gli accordi verticali in diritto comunitario*, in *Antitrust between EC Law and National Law*, Atti del convegno di Treviso del 15/16 maggio 1997, Bruxelles-Milano, 1998, p. 367 ss.; nonché VAN BAEL, *Antitrust e distribuzione in Europa. Una nuova politica per il prossimo secolo*, in *Concorrenza e mercato*, 1997, p. 231 ss.

<sup>15</sup> Su tali accordi v. *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore*, del 9 dicembre 1997, in *G.U.C.E.*, C372 del 9 dicembre 1997, p. 5 ss.

<sup>16</sup> Definite nell'allegato della raccomandazione della Commissione 96/280/CE, in *G.U.C.E.*, L107 del 30 aprile 1996, p. 15 ss.

dunque, di per sé legittimi.

L'art. 2, par. 1 del Regolamento esenta dal divieto gli accordi verticali "*in base ai quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi*". Trattasi, quindi, di accordi relativi, tra l'altro alla distribuzione esclusiva, all'acquisto esclusivo, alla distribuzione selettiva ed al *franchising*, ed anche alla fornitura e/o all'acquisto di beni destinati alla rivendita e alla commercializzazione di beni e servizi intermedi – che, in precedenza, non beneficiavano di alcuna esenzione – (requisito di ordine oggettivo), conclusi da due o più imprese "*operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello diverso della catena di produzione o di distribuzione*", vale a dire attive in fasi differenti del ciclo produttivo di un medesimo bene o servizio (requisito soggettivo). L'intento è quello di sostituire un sistema di regole speciali, dettate in relazione a specifici tipi di accordo, o ad un determinato settore, idonee a ricomprendere qualsiasi tipo di restrizione verticale.

Inoltre, il nuovo Regolamento trova applicazione anche relativamente alla *distribuzione selettiva*, che non era finora stata oggetto di esenzione generale per categoria (ad eccezione del settore automobilistico, la cui normativa specifica era stata motivata da complesse ragioni, in parte ancora valide e al momento in fase di riesame presso la Commissione)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Resta quindi in vigore, tra i vari regolamenti emanati nel settore della distribuzione commerciale, unicamente il regolamento della Commissione n. 1475/95 del 28 giugno 1995 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli (in *G.U.C.E.*, L145 del 29 giugno 1995, p. 25 ss.), il quale - almeno per ora - non viene modificato, né abrogato.



Il Regolamento non disciplina specifici tipi di accordi di distribuzione, come avveniva per i precedenti regolamenti di esenzione (con potenziali questioni di delimitazione e sovrapposizione tra gli stessi), ma riguarda, in generale, l'intera categoria degli "accordi verticali", indipendentemente dal settore e dalla tipologia contrattuale in cui la restrizione si inserisce. Giova sottolineare la nozione "realistica" di accordi verticali adottata dal Regolamento: tali accordi sono definiti come "accordi o pratiche concordate conclusi fra due o più imprese, operanti ciascuna ai fini dell'accordo ad *un livello diverso della catena produttiva o distributiva* e riguardanti le condizioni alle quali le imprese possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi" (art. 2). Rientrano nell'ambito di applicazione di tale ampia nozione, ad esempio, anche le restrizioni secondarie riguardanti la cessione di diritti di proprietà intellettuale (art. 1 par. 3). In proposito, come sottolineato dal Comitato economico e sociale, sarebbe apprezzabile un chiarimento in merito al rapporto tra il regolamento della Commissione n. 240/96 del 31 gennaio 1996, relativo all'applicazione dell'art. 85 par. 3 del Trattato a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia<sup>18</sup>, e la nuova esenzione per categoria stabilita dal Regolamento<sup>19</sup>.

Si richiama, ancora, l'attenzione sul fatto che non sono oggetto di esenzione singole clausole, ma tutto ciò che non è vietato dal Regolamento, in

una generale prospettiva di favore per le restrizioni verticali. Di queste si considerano gli effetti positivi, che si individuano nell'idoneità a: (i) risolvere i problemi di "free riding"; (ii) accedere a nuovi mercati tutelando l'investimento del produttore; (iii) diversificare la strategia promozionale a seconda dei mercati interessati; (iv) non cadere in problemi di "hold-up" o nel cosiddetto "problema dell'ostaggio" (problema specifico in caso di trasferimento di *know-how*), vale a dire in investimenti specifici e costosi recuperabili soltanto con il mantenimento del vincolo di acquisto per il tempo necessario ad ammortizzare l'investimento, a tutela del quale può giustificarsi l'imposizione di restrizioni verticali, dal produttore all'acquirente; (v) sfruttare le economie di scala nella distribuzione; (vi) ammortizzare le imperfezioni nel mercato dei capitali per la concessione di finanziamenti e per le condizioni; (vii) infine, incrementare uniformemente la qualità dei prodotti.

Sotto il profilo soggettivo, l'ambito di applicazione del Regolamento, riguarda, ai termini dell'art. 11, par. 1 e 2, le imprese collegate al fornitore e all'acquirente, ma *non comprende le imprese concorrenti*. Dell'esenzione, infatti, non possono beneficiare gli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti definite (art. 1 lett. a) come "fornitrici attuali o potenziali nello stesso mercato del prodotto; il mercato del prodotto include beni o servizi considerati dall'acquirente intercambiabili o sostituibili con i beni o servizi contrattuali, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, del loro prezzo e dell'uso al quale sono destinati", tranne nel caso in cui (art., 2

<sup>18</sup> G.U.C.E., L31 del 9 febbraio 1996, p. 2 ss.

<sup>19</sup> Cfr. *Parere del Comitato economico e sociale cit.*, par. 3.1.5.

par. 4) si tratti di “ *un accordo verticale non reciproco*”; e a condizione che:

- a) “ *l’acquirente realizzi un fatturato complessivo annuo non superiore a 100 milioni di Euro (per il calcolo del fatturato, cfr. l’art. 10 par. 1 e 2);*
- b) *il fornitore sia un produttore e un distributore di beni, mentre l’acquirente sia un distributore che non produca beni concorrenti con i beni oggetto del contratto;*
- c) *il fornitore sia un prestatore di servizi a differenti stadi commerciali, mentre l’acquirente non fornisca servizi concorrenti allo stadio commerciale in cui esso acquista i servizi oggetto del contratto”.*

**3. Segue. B) I termini ell’esonazione generale per categoria. La quota di mercato del 30%.**

Il requisito fondamentale di applicazione dell’esonazione è fissato dall’art. 3 par. 1 e consiste nella condizione “ *che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante in cui esso vende i beni o i servizi oggetto del contratto*”. Peraltro, in caso di contratti di fornitura esclusiva (per accordo “ *di fornitura esclusiva*”, ai sensi dell’art. 1, lettera c), si intende “ *qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone al fornitore di vendere i beni o servizi specificati nell’accordo ad un unico acquirente all’interno della Comunità, ai fini di un’utilizzazione specifica o della rivendita*”), l’art. 3 par. 2 concede l’esonazione a condizione che la quota di mercato detenuta dall’acquirente non superi il 30% del mercato rilevante in cui esso acquista i beni o servizi oggetto del contratto”.

Alla base della riforma, dunque, è la valutazione del potere di mercato detenuto dalle imprese partecipanti agli accordi che appare, in linea generale, come la condizione necessaria perché un’intesa verticale possa causare un impatto anticoncorrenziale (si noti, per inciso, che la nozione di “ *potere di mercato*” adottata dal Regolamento in esame non coincide, dal punto di vista dell’analisi economica, con il concetto di “ *posizione dominante*” ai sensi dell’art. 82 (ex art. 86) par. 2 del Trattato, concetto, quest’ultimo, implicitamente sanzionato dall’inadeguatezza a costituire un efficiente criterio discrezionale per individuare i soggetti della disciplina).

In tale contesto, la quota di mercato si può ritenere che costituisca un valido indicatore per escludere, *al di sotto della soglia stabilita*, l’esistenza di una significativa incidenza nel mercato, in assenza della quale le imprese possono tralasciare di accertare la validità dell’accordo concluso alla luce delle regole comunitarie in materia di concorrenza, restando così sollevate dagli oneri e dai costi imposti dal sistema attualmente in vigore.

Fatta salva l’eccezione di alcune restrizioni particolarmente gravi, espressamente escluse a causa del loro intrinseco contenuto anticoncorrenziale dal beneficio dell’esonazione per categoria, a prescindere da ogni indagine in ordine al potere di mercato delle imprese coinvolte, la previsione della soglia come sopra determinata regola, in generale, le restrizioni verticali con una presunzione di legittimità, separandole da quelle che devono

invece essere sottoposte ad un esame individuale. La Commissione ritiene, infatti, che la concorrenza tra marche (c.d. “*interbrand competition*”) si riduca quando un’impresa detiene un importante potere di mercato, nel qual caso eventuali restrizioni verticali sono in grado di produrre più facilmente effetti negativi<sup>20</sup>.

Alcuni interpreti hanno manifestato perplessità, in merito all’irrelevanza, ai fini dell’applicazione del Regolamento, del fatto che alla quota di mercato non corrisponda, nella fattispecie, un effettivo potere per l’impresa di stabilire in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato, sottolineando come in tal caso divenga necessario apportare dei correttivi all’astratta previsione normativa<sup>21</sup>.

Il Regolamento introduce *un’unica soglia del 30% della quota di mercato* (“*zona di sicurezza*”) che, se posseduta dal fornitore (o dall’acquirente), consente di tracciare una distinzione tra gli accordi che si presumono legittimi – *sotto la soglia*, che beneficiano *tout court* dell’esenzione per categoria – da quelli – *sopra la soglia* – ai quali, al contrario, *non* si applica l’esenzione automatica disposta dal Regolamento.

Peraltro, per gli accordi tra imprese dotate di un potere di mercato tale da consentire d’ipotizzare un superamento della soglia del 30%, prevista come limite per l’applicazione del

<sup>20</sup> Cfr. settimo, ottavo e nono “*Considerando*” del Regolamento qui in esame.

<sup>21</sup> Cfr., ad esempio, BORTOLOTTI, *Il problema delle soglie di mercato nel nuovo regolamento di esenzione sulle restrizioni verticali. Osservazioni critiche e proposte*, in *Contratto e impresa-Europa*, 1999, 535 ss.

regolamento d’esenzione per categoria, non v’è alcuna presunzione di illegittimità (come pure potrebbe ritenersi), ma vi è soltanto l’obbligo di sottoporsi ad un controllo caso per caso, “*a posteriori*”, in termini economici, sulla scorta dei criteri di valutazione espressi nelle *Linee direttrici*, interpretative del Regolamento.

La Commissione avrà l’onere di provare che l’accordo rientra nel divieto dell’art. 81, par. 1 (ciò che avviene per quasi tutti gli accordi per i quali si presenta il problema dell’esenzione per categoria) e che esso è in grado di produrre effetti sensibili sul mercato (il che sembra probabile per un’impresa che detenga una quota di mercato del 30% o superiore). Sarà invece a carico dell’impresa interessata, con una inversione di fatto dell’onere della prova, di dimostrare alla Commissione che, alla luce di tutte le circostanze di fatto, l’accordo merita di essere comunque esentato ai sensi dell’art. 81, par. 3 (cfr. *Linee direttrici* cit., par. 52), benché anche la valutazione di tali restrizioni si baserà su un approccio economico che dovrebbe tener conto di qualsiasi elemento di prova addotto dalle imprese interessate a propria difesa.

In caso di valutazione negativa quanto all’effettiva capacità di danneggiare la concorrenza, a seguito dell’esame dell’accordo, potrà essere concessa un’autorizzazione con effetto *ex tunc*, considerandolo, cioè, legittimo fin dal momento della conclusione. Innovazione, questa, estremamente rilevante, posto che, in base alla previgente disciplina, l’inizio dell’efficacia dell’esenzione non poteva precedere (salvo pochissime eccezioni)



la concessione dell'esenzione stessa<sup>22</sup>.

In particolare, come precisato nelle *Linee direttrici* (cit., par. 114), la valutazione del singolo caso verrà effettuata in relazione ad alcuni fattori principali, tra i quali assumono importanza determinante:

- a) la posizione di mercato del fornitore;
- b) la posizione di mercato dei concorrenti;
- c) gli ostacoli all'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato;
- c) il potere di acquisto dei soggetti interessati;
- d) la maturità del mercato;
- e) il livello della catena commerciale nel quale si situano gli scambi in questione;
- f) la natura del bene o del servizio in oggetto.

Ciò comporta l'accettazione di una concorrenza ridotta anche al di sopra della soglia fissata nei mercati rilevanti, con una valutazione dell'operazione all'interno di un quadro più ampio, che tenga conto delle reali ragioni di taluni comportamenti in relazione al potere di mercato detenuto dalle imprese partecipanti all'accordo e degli incentivi necessari per consentire ai distributori di vedere remunerati i loro sforzi.

Da ultimo, occorre sottolineare che l'art. 9 del Regolamento elenca i criteri utilizzabili per il calcolo della quota di mercato, allo scopo d'incoraggiare nelle imprese una valutazione autonoma della propria posizione (con l'utile

<sup>22</sup> Cfr. secondo considerando del Regolamento del Consiglio n. 1216/99 che modifica il Regolamento del Consiglio n. 17/62, primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, cit.

precisazione, contenuta nelle *Linee direttrici* cit., par. 55, che la Commissione infliggerà o non infliggerà **ammende** se le parti presumevano in buona fede il non superamento della soglia del 30% della quota di mercato).

In particolare, viene stabilito che la quota di mercato del 30 % sia calcolata principalmente (in relazione ai dati di bilancio relativi all'anno civile precedente) sulla base dei **ricavi delle vendite sul mercato dei beni o servizi oggetto del contratto e degli altri beni o servizi venduti dal fornitore che siano considerati intercambiabili o sostituibili dall'acquirente**, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. In tale fatturato sono inclusi i beni o i servizi forniti ai fini della rivendita a distributori integrati.

Resta incerta, comunque, come in passato (nonostante lo sforzo di elaborare criteri univoci in materia) la nozione di "mercato rilevante", geografico e di prodotto, separato o suddiviso per canali di vendita<sup>23</sup>.

**4. Segue. C) La "lista nera" di restrizioni verticali cui resta applicabile l'esenzione per categoria.**

Una "black list" di restrizioni verticali fondamentali ("hardcore" o "per se prohibitions"), contenuta nell'art. 4 e nell'art. 5, non gode dell'esenzione automatica.

<sup>23</sup> Cfr. le *Linee direttrici* cit., par. 78 ss., in riferimento alla *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in G.U.C.E., C372 del 9 dicembre 1997, p. 27 ss.



Per “*restrizioni verticali*”, *de plano* non consentite, in linea di principio, si intendono le quattro categorie consistenti: (i) nella distribuzione esclusiva; (ii) nell’esclusiva di marchio; (iii) nell’imposizione dei prezzi di rivendita e (iv) nella compartimentazione territoriale dei mercati (nonché le combinazioni di queste in un’unica intesa verticale, facilmente riscontrabili nella prassi). A tali restrizioni non può applicarsi il beneficio dell’esenzione per categoria, a prescindere da ogni valutazione relativa alla quota di mercato e per le quali viene prospettata anche la difficoltà di ottenere anche un’esenzione individuale (c.d. “*accordi anticoncorrenziali in sé e per sé*”, in grado di produrre immediatamente effetti pregiudizievoli alla concorrenza, tradizionalmente individuati, nell’analisi economica, in: collusione, creazione di ostacoli per impedire l’entrata sul mercato di competitori più efficienti, riduzione della concorrenza tra marche, peggioramento diretto delle condizioni di prezzo, o non di prezzo, sul mercato).

Si deve sottolineare, innanzitutto, l’importante novità costituita dall’abbandono del regime, basato sull’obbligo imposto alle imprese, di notificare preventivamente alla Commissione, a titolo precauzionale, gli accordi suscettibili di porsi al di fuori del beneficio d’esenzione di cui all’art. 4, par. 2 del regolamento n. 17/62 cit., e sull’autorizzazione individuale concessa a quelli, tra essi, che soddisfacessero le condizioni di cui all’art. 85 par. 3. Con il nuovo Regolamento, le imprese vengono dispensate da tale obbligo<sup>24</sup>.

Viene così ridotta la pressione sulle imprese affinché effettuino le notifiche in caso di accordi di secondaria importanza, tenuto anche conto dell’effetto *ex tunc* dell’autorizzazione concessa eventualmente in seguito a notifica o ad autorizzazione conseguente ad un esame individuale, come si è precedentemente rilevato.

Peraltro, quella semplificazione porta con sé alcune conseguenze non del tutto positive. Infatti, non sarà più possibile ottenere un provvedimento preventivo opponibile *erga omnes* con cui le imprese possano evitare in radice qualsiasi contestazione da parte di terzi sulla legittimità di un determinato accordo. Con la conseguenza che, in caso di contestazione, la questione della sussistenza o meno delle condizioni di esenzione per uno specifico accordo sarà rimessa, di regola, all’esame del giudice (o dell’autorità nazionale della concorrenza)<sup>25</sup> avanti al quale sarà portata la causa e, soltanto eccezionalmente, dalla Commissione (con tutte le conseguenze del caso in fatto di applicazione dei relativi diritti nazionali e di mancanza di uniformità nelle decisioni).

Senza vincolare alla notifica preventiva, l’art. 4 stabilisce l’inapplicabilità dell’esenzione per quegli accordi che, “*direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori*”,

<sup>24</sup> Cfr. *Linee direttrici* cit., par. 53-55.

<sup>25</sup> Sull’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle autorità o giudici nazionali, cfr. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, 2<sup>o</sup> ediz., Milano, 1995, p. 379 ss.

concernano essenzialmente la determinazione dei prezzi di rivendita minimi o fissi e la creazione di una protezione territoriale assoluta:

- a) *“la restrizione della facoltà dell’acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita”* e in particolare un prezzo *minimo* di vendita, salva la possibilità di imporre un prezzo *massimo* di vendita o di *raccomandare* un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti all’altra parte (...);
- b) *“la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l’acquirente può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto”*, eccettuate, tuttavia, la restrizione delle vendite attive nel territorio esclusivo o alla clientela esclusiva riservati al fornitore o da questo attribuiti ad un altro acquirente; la restrizione delle vendite agli utenti finali da parte di un acquirente operante al livello del commercio all’ingrosso; la restrizione delle vendite a distributori non autorizzati da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva; nonché la restrizione della facoltà dell’acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell’incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore.
- c) *“la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio (...);”*
- d) *“la restrizione delle forniture*

*incrociate tra distributori all’interno di un sistema di distribuzione selettiva, ivi inclusi i distributori operanti a differenti livelli commerciali”*;

- e) *“la restrizione pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, la quale limita la possibilità del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri prestatori di servizi non incaricati dall’acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti”*.

La valutazione delle restrizioni verticali da parte della Commissione avverrà, pertanto, sulla scorta d’indicazioni fornite dall’analisi economica, in base ad alcune regole ritenute di generale applicazione.

In primo luogo, sta il rilievo per cui non tutte le restrizioni verticali hanno il medesimo impatto anticoncorrenziale e questa consapevolezza dev’essere utilizzata anche nell’ambito della valutazione di tali restrizioni ai sensi dell’art. 81, par. 3 in ordine al carattere indispensabile della restrizione stessa (c.d. *“principio di adeguatezza”*). Infatti, una medesima intesa verticale può realizzare effetti anticoncorrenziali *diversi* a seconda della struttura del mercato interessato e del potere di mercato delle imprese coinvolte.

In secondo luogo, la disciplina delle restrizioni verticali ruota intorno alla valutazione di una minore attitudine delle intese verticali a tradursi in un pregiudizio sensibile per la concorrenza rispetto alla intese di carattere orizzontale: nelle intese

verticali, l'esercizio del potere di mercato da parte di una delle imprese coinvolte (a monte o a valle), sostanziosamente, di norma, in un pregiudizio per la domanda dell'altra, tende a trovare un ostacolo naturale nell'altra impresa partecipante all'accordo; ciò che fungerà così da auto-regolamentazione dell'esercizio del potere di mercato, opponendo un ostacolo reciproco all'altro soggetto (principio denominabile di "autolimitazione delle intese verticali").

Ancora, le restrizioni alla concorrenza *intra-brand* (tra distributori della stessa marca) non sono considerate dotate di un impatto anticoncorrenziale particolarmente significativo, soprattutto in mercati caratterizzati da una forte concorrenza *inter-brand* (tra distributori di marche diverse). Viene così riconosciuto che un'effettiva concorrenza *inter-brand* possa compensare le limitazioni della concorrenza *intra-brand*. Al contrario, la restrizione alla concorrenza *inter-brand* può avere un contenuto anticompetitivo potenzialmente più lesivo della concorrenza<sup>26</sup>.

Comunque, rispetto all'obiettivo dell'integrazione economica tra gli Stati membri in un mercato unico, senza frontiere, perseguito con assoluta priorità dalle istituzioni comunitarie nell'attuazione del Trattato CE, il pericolo più grave è costituito dalla compartimentazione dei mercati, perseguita attraverso accordi di restrizione della rivendita o delle vendite sul mercato a valle dell'acquirente ciò che non risulta suscettibile di tradursi in vantaggi significativi in termini di

efficienza, ed è visto dalla Commissione con la massima diffidenza. E così, nei riguardi delle restrizioni verticali che si sostanziano in una protezione territoriale assoluta, il Regolamento ripropone la consueta radicata avversione della Commissione, da sempre preoccupata che, attraverso questo tipo di accordi, si possano compartimentare i mercati e, addirittura, vanificare i benefici della raggiunta unificazione, qualora le intese siano ritagliate lungo i confini nazionali degli Stati dell'Unione.

Infine, in presenza di più restrizioni verticali autonome, può verificarsi un *effetto cumulativo distorsivo* e, dunque, più grave della somma dei singoli comportamenti. Si fa riferimento a quelle restrizioni verticali tra loro del tutto autonome che, considerate individualmente, ricadrebbero nella sfera di applicazione del futuro regolamento d'esenzione per categoria, ma che, tuttavia, possono avere un più significativo impatto anticoncorrenziale in quanto realizzate contemporaneamente da più operatori (ad es., in caso di contratti che vincolano i rivenditori ad un determinato produttore attraverso esclusive d'acquisto: quando il numero dei punti vendita non vincolati a tale produttore si riduce oltre una certa misura, l'insieme degli accordi esistenti sul mercato può avere l'effetto di precludere l'accesso di terzi a tale mercato).

In presenza di effetti cumulativi, la Commissione può agire attraverso la revoca del beneficio dell'esenzione per uno o più accordi specifici, con effetto *ex nunc*, sollecitando anche le autorità antitrust nazionali ad intervenire per ritirare tale beneficio,

<sup>26</sup> V. *Linee direttrici* cit., par. 111, n. 2.

ai sensi degli artt. 6 e 7 del Regolamento, oppure, in alternativa, può dichiarare, con una decisione di natura regolamentare, l'inapplicabilità del Regolamento di esenzione, a far tempo da una certa data, a tutti gli accordi di un certo tipo su uno specifico mercato (art. 8 del Regolamento), determinando il ritorno alla regola generale contenuta nell'art. 81, vale a dire ad una valutazione caso per caso degli accordi coinvolti ai sensi dell'art. 81, par. 3 del Trattato di Roma (con conseguenze sostanzialmente diverse, quindi, dal "ritiro dell'esenzione" che, com'è noto, implica una dichiarazione di non compatibilità con il diritto comunitario degli accordi coinvolti)<sup>27</sup>. Resta incerta, peraltro, in materia, la possibilità di far beneficiare dell'esenzione generale gli accordi per la distribuzione di un'intera gamma di prodotti<sup>28</sup>.

Infine, le clausole di esclusiva territoriale negli accordi di distribuzione esclusiva devono evitare: *a*) l'artificiale compartimentazione dei mercati; *b*) la chiusura del mercato rilevante; nonché *c*) la perdita della concorrenza *intra-brand*, e le conseguenti discriminazioni di prezzo<sup>29</sup>.

#### **5. Segue. D) La disciplina delle restrizioni di carattere temporale.**

<sup>27</sup> Cfr. FERRIER, *Les effets cumulatifs des réseaux au regard des restrictions verticales de concurrence*, in *Contratto e impresa-Europa*, 1999, p. 584 ss.

<sup>28</sup> Cfr. GENTILE, *Il problema degli "accordi verticali" per la distribuzione o per la fornitura congiunta di famiglie complete di prodotti*, in *Contratto e impresa-Europa*, 1999, p. 607 ss.

<sup>29</sup> V. *Linee direttrici* cit., parr. 150 ss.

L'art. 5 stabilisce (non l'inapplicabilità dell'esenzione, come previsto dall'art. 4), la *nullità* della clausola – pur concedendo l'esenzione all'accordo – per le seguenti restrizioni di carattere temporale:

- a) "*un obbligo di non concorrenza, diretto o indiretto, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni*". Ciò non preclude, tuttavia, alle parti la possibilità di rinnovo degli accordi siglati. Peraltro, viene specificato che "*un obbligo di non concorrenza tacitamente rinnovabile oltre i cinque anni si considera concluso per una durata indeterminata (...)*";
- b) "*un obbligo diretto o indiretto che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi*". La sanzione non si applica, tuttavia, qualora tale obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali; sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale, o sia indispensabile per proteggere il "*know-how*" trasferito dal fornitore all'acquirente (...); e in qualsiasi caso a condizione che la durata di quest'obbligo di non-concorrenza sia limitata ad un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo;
- c) "*un obbligo diretto o indiretto che imponga ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di non vendere marche di particolari fornitori concorrenti*".

Relativamente alle restrizioni sulla durata dell'intesa, si osserva, in senso critico, che in un sistema come quello proposto, fondato sulla previsione di



soglie individuate sulle quote di mercato, l'indicazione di un termine di durata dovrebbe risultare tendenzialmente superflua e, in ogni caso, di secondaria importanza, proprio perché, se in conseguenza di tali intese le imprese coinvolte riuscissero ad affermarsi sul mercato fino a detenere quote così significative da oltrepassare la soglia del 30%, esse perderebbero automaticamente il beneficio dell'esenzione per categoria.

Inoltre, possono esservi delle riserve in merito al collegamento fra la possibilità dell'obbligo di non concorrenza per un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo, ai sensi dell'art. 4 lett. *b*) e il limite di cinque anni previsto per gli accordi di acquisto esclusivo, di cui all'art. 4 lett. *a*). L'art. 4 lett. *a*) limita l'obbligo di non concorrenza al periodo in cui vengono occupati i locali di proprietà del fornitore e da questi presi in affitto e ciò deve applicarsi anche al suddetto periodo di cinque anni. L'obbligo di non concorrenza alla scadenza dell'accordo, di cui all'art. 4 lett. *b*), sembra spingersi oltre il necessario. Se l'acquirente esclusivo può soltanto porre fine al rapporto dopo cinque anni e rifiutare il rinnovo a costo della sopravvivenza nel proprio settore di attività per un anno, i casi di mancato rinnovo saranno relativamente scarsi così che il termine di cinque anni assume una valenza più illusoria che reale.

Per quanto riguarda i marchi e i diritti d'autore, il diritto d'uso termina allo scadere del contratto. Pur dovendosi ammettere, in linea di principio, il legittimo interesse del titolare a tutelare il *know-how* dopo la scadenza del contratto, il fine di proteggerne la

riservatezza non è ritenuto idoneo a consentire il ricorso all'obbligo di non concorrenza dopo la scadenza dell'accordo. Maggior peso viene attribuito al rilievo per cui tale obbligo limiterebbe la libertà di iniziativa commerciale del rivenditore non più vincolato da contratto.

#### **6. Segue. E) La revoca del beneficio di esenzione.**

Trattandosi di una disciplina flessibile, basata sull'effetto anticoncorrenziale suscitato nel mercato in concreto, il beneficio dell'esenzione può essere comunque revocato (ai sensi dell'art. 6), con effetto *ex nunc* e non *ex tunc*; l'esenzione dell'accordo, quindi, avrà validità fino alla data in cui la revoca diventa efficace.

Per revocare l'esenzione concessa ad una o più imprese, la Commissione deve dimostrare (l'onere della prova è a suo carico) che gli accordi in questione producono un effetto globale negativo sulla concorrenza, anche se il fornitore o acquirente detiene una quota di mercato inferiore al 30%. Il ritiro del beneficio del regolamento di esenzione, inoltre, potrà essere fatto dalle autorità nazionali di un dato Stato qualora quest'ultimo abbia le caratteristiche di un mercato distinto nazionale. In tal caso il ritiro sarà efficace soltanto all'interno di quel dato paese (art. 6)<sup>30</sup>.

L'art. 7 prevede un caso speciale di revoca dell'esenzione da parte dell'autorità di uno Stato membro allorché gli accordi verticali producano

<sup>30</sup> Cfr. *Linee direttrici* cit., par. 60 ss.

effetti incompatibili con la concorrenza nel territorio di uno Stato membro, o in una parte di esso “*avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto*”. Ai sensi di questa disposizione - che attua un vero e proprio decentramento (sussidiarietà) nell’applicazione della normativa comunitaria al fine di garantire una sorveglianza più efficace di ogni singolo mercato - anche le autorità *antitrust* nazionali hanno il potere di intervenire, revocando il beneficio dell’applicazione del regolamento d’esenzione e applicando, quindi, direttamente il Regolamento qualora riscontrino effetti anticoncorrenziali incompatibili con le condizioni dettate dal Trattato.

L’art. 8, infine, concede alla Commissione, conformemente all’art. 1 *bis* del regolamento n. 19/65 (recentemente modificato, come si è già osservato), la possibilità di revocare l’esenzione mediante regolamento nel caso in cui “*reti parallele di restrizioni verticali simili*” coprano più del 50% di un mercato rilevante, per gli accordi verticali contenenti specifiche restrizioni relative a tali mercati.

## 7. Considerazioni finali.

In conclusione, dalla riforma in atto appare già *prima facie* la tendenza al progressivo emergere, anche nel contesto comunitario, di un’area entro la quale iniziano sempre più a delinearsi valutazioni più aderenti alla realtà economica, nella quale possono scorgersi i tratti del paradigma della ragionevolezza, *lato sensu* riconducibile alla “*rule of reason*” di matrice statunitense, con sempre maggiore

attenzione all’analisi di mercato ed al bilanciamento degli effetti concorrenziali degli accordi realizzati dagli operatori economici propri di un sistema antitrust più maturo, come quello statunitense.

Peraltro, si osserva che, nonostante le dichiarazioni d’intento, l’entrata in vigore del nuovo Regolamento non semplifica la posizione delle imprese, né facilita il compito degli interpreti, ai quali spetta offrire criteri di comportamento certi a queste ultime. Nell’attesa del formarsi di una prassi della Commissione, di continuità o di rottura con le precedenti posizioni nell’applicazione della disciplina della concorrenza sui temi già considerati, sarebbe auspicabile, quantomeno, un’integrazione dell’attuale testo delle *Linee direttrici*, per meglio orientare i soggetti cui è devoluta dallo stesso testo del provvedimento l’applicazione immediata e diretta, ma davvero non semplice, del nuovo Regolamento.

Hanno collaborato a questo numero:

Prof. Avv. Claudio Biscaretti di Ruffia

Avv. Paola Piroddi



