

**LA DISTRIBUZIONE COMMERCIALE E LE REGOLE DEL DIRITTO  
COMUNITARIO: CONCORRENZA COMUNITARIA, REGOLAMENTI DI  
ESENZIONE, ACCORDI VERTICALI, IMPORTAZIONI PARALLELE.**

Prof. Roberto Pardolesi

1. In via di prima approssimazione si può affermare che la distribuzione commerciale comprende tutta una serie di attività che, a diverso titolo, contribuiscono a mettere in relazione la fase di produzione di un bene o di un servizio con la fase finale di consumo del bene o di utilizzazione del servizio, contribuendo in tal modo a realizzare gli obiettivi dei produttori e dei consumatori.

Le principali forme in cui può essere organizzata la distribuzione di un bene o di un servizio sono sostanzialmente due. Da una parte, il produttore può optare per una forma di integrazione verticale di tipo proprietario e, attraverso l'apertura di filiali e succursali, curare direttamente tutta la fase attinente alla distribuzione, avvalendosi di soggetti appartenenti alla propria struttura aziendale e, come tali, veri e propri lavoratori dipendenti (cd. distribuzione diretta). Tale modalità di organizzazione della distribuzione, se da un lato presenta l'inconveniente di richiedere forti investimenti in costi fissi e non garantisce una sufficiente incentivazione dei soggetti che gestiscono le unità operative di commercializzazione sul mercato, dall'altro ha il vantaggio di consentire al produttore un'ingerenza e un controllo assoluto sull'attività dei suoi sottoposti addetti alla fase distributiva.

Laddove, per contro, il produttore non intenda costituire una propria organizzazione distributiva, perché troppo onerosa o per cercare di stimolare e incentivare quanto più possibile i soggetti cui affida la distribuzione dei suoi

prodotti, l'alternativa più diffusa è quella che consiste nell'avvalersi di una serie di operatori commerciali giuridicamente autonomi, estranei cioè alla struttura imprenditoriale del produttore, legati a quest'ultimo da una serie di accordi e contratti e per effetto dei quali è possibile realizzare una forma di integrazione verticale pattizia. Si parla, in questo caso, della cd. distribuzione indiretta. In tale contesto, i rapporti negoziali tra il produttore e i soggetti incaricati della distribuzione formano quelli che, seppur impropriamente, vengono definiti i contratti di distribuzione commerciale.

La natura giuridica di tali contratti, tuttavia, è assai incerta. Nell'ambito dei contratti di distribuzione non sembra possibile individuare chiaramente distinte figure negoziali. Il contratto di distribuzione appare piuttosto un *genus* complessivo sotto il quale andrebbero riunite le fattispecie negoziali attinenti in qualche modo al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che colmano la distanza tra produzione e consumo<sup>1</sup>. La stessa dottrina che per prima ha affrontato in modo sistematico tale problematica ha ritenuto opportuno distinguere i contratti *di distribuzione* dai contratti *in materia di distribuzione*. In quest'ordine di idee, i contratti *di distribuzione* sono quei contratti-quadro in forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione delle merci contrattuali, l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte; obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto, a condizioni predeterminate, dei prodotti da rivendere.

La questione non è meramente accademica: laddove si consideri il contratto di distribuzione come un *genus*, affermando l'inutilità di eventuali sottopartizioni, viene meno di conseguenza la giustificazione di soluzioni normative differenziate e settoriali.

---

<sup>1</sup> Trib. Catania 29.2.88, *NGCC*, 1989, I, 14.

Sintomatica dell'imbarazzo avvertito sul punto a livello comunitario si rivela la vicenda del *franchising*. Il Regolamento 2790/99, in ciò segnando un punto sicuramente positivo, ha mirato ad azzerare il capriccioso mosaico delle discipline previgenti, riportando ad un unico denominatore (salve eccezioni limitate e transitorie, su tutte quella relativa alla commercializzazione di autoveicoli) il complesso delle intese verticali. E' caduto, così, anche il Regolamento 4087/78: il favorito della regina ha perso i suoi privilegi ed è ora confuso nella massa anonima dei cortigiani. Due pagine nelle Linee-guida, e nulla più. La tipicità legale del *franchising* non esiste più.

Di questa pretesa diversità ho già avuto modo di occuparmi in passato, quanto basta perché qui il discorso si limiti a poche e sintetiche battute. La si era voluta ravvisare nel ruolo preponderante assegnato alla licenza di segni distintivi, salvo verificare che questi ultimi potevano svolgere un compito non meno pivotale nel più modesto contratto di concessione di vendita. Si era fatta leva sulla particolare 'identificazione' che contraddistingue il nostro rapporto, col *franchisee* che appare, agli occhi del pubblico, quale terminale indistinto del *franchisor*, per poi scoprire che tale caratteristica non era saliente e rischiava di rivelarsi quanto mai volatile. Si era puntato alla *franchise fee*, al pagamento di un contributo d'ingresso, che però rimaneva estraneo, specie in Italia, a molti rapporti che pure si fregiavano dell'etichetta di *franchising*. Tutto si era dunque ridotto, secondo l'indicazione cogente del Regolamento 4087, alla concessione del *know-how*, che avrebbe consentito al *franchisee* di fruire di un chiaro vantaggio concorrenziale rispetto ai suoi rivali. Sennonché, alla prova dei fatti la miracolosa « arma in più », messa a disposizione del nostro operatore, si rivelava sfuggente, sino a ridursi all'esistenza di un 'manuale operativo' purchessia, ben lontano dal fornire le chiavi del regno.

Alle corte: prendeva consistenza il sospetto che il favorito della regina si distinguesse in virtù dei baffi, il che invitava i pretermessi a lasciarseli crescere - e, sin qui, tutto liscio - o, in alternativa, a sfoggiarne un paio posticcio,

possibilmente vistoso. Visti i vantaggi di cui godeva il *franchising*, diventava imperativo risolvere tutto nel suo calco.

2. La verticalità, in antitrust, è da sempre apparsa più sofferta della dimensione orizzontale, che si alimenta del riferimento, relativamente incontroverso, ai cartelli e alle ricadute perniciose. Chi metta mano alla letteratura in materia, non tarderà a scoprire la coesistenza di posizioni antitetiche, da quelle che si riannodano all'antica tradizione di «inospitalità e sospetto» agli approcci *ultra-chicagoans*, che postulano un regime fondato sulla «per se *legality*», con la mediazione di quanti propugnano un'intermedia presunzione di liceità.

Il versante europeo si rivela, se possibile, decisamente più corrusco. La ragione di tale accentuazione è presto detta. Esibendo un tratto fisionomico affatto autoctono, l'antitrust comunitario annovera, tra i suoi obiettivi primari, una finalità priva di riscontro nel panorama delle discipline statali: quello di promuovere l'integrazione del mercato europeo. Agli occhi delle autorità comunitarie gli sforzi intesi a rimuovere le barriere nazionali che si frapponevano al dispiegarsi delle quattro libertà rischiavano di essere compromessi da condotte imprenditive miranti a richiudere i mercati nazionali; in mancanza di disciplina specifica, si è così profilata e ben presto radicata l'idea che le contropinte private al processo d'integrazione potessero essere arginate mercé l'impiego della disciplina antitrust. Nasce di qui la sua «specificità» europea: una pesante ipoteca, che nel tempo si è tradotta in un condizionamento penetrante della traiettoria applicativa. Da *Consten/Grundig*<sup>2</sup> in poi, i contratti di distribuzione, insieme alle licenze dei diritti di proprietà intellettuale, sono assurti al ruolo inopinato di *villain* della situazione.

Date queste premesse, non sorprende che sia venuto formandosi, nel tempo, un quadro alquanto limaccioso, ancorché dominato, nel suo complesso,

---

<sup>2</sup> Sentenza 13 luglio 1966, cause riunite 56 e 58/64, *Etablissements Consten e Grundig GmbH c. Commissione*, Raccolta della giurisprudenza della Corte pp. 462 ss.

da una vena valutativa segnata dal pregiudizio. Al suo interno si registravano contraddizioni vistose. Spigolando nel mucchio, sarà utile ricordare che le esclusive territoriali, purché non assolute, fruivano dell'esenzione per categoria, mentre la distribuzione selettiva, immune da censure quando fondata su criteri oggettivi, entrava nell'occhio del ciclone se si affidava a scelte quantitative (senza che la tetragona determinazione repressiva fosse scossa in alcun modo dalla constatazione elementare che la selezione quantitativa mette capo a nulla più che una co-esclusiva di gruppo).

In quest'ordine di idee –che non si applicava, però, alla distribuzione di autoveicoli, per la quale i produttori erano riusciti a strappare una disciplina *ad hoc*–, lo stesso *franchising*, visto allora, all'inizio degli anni '80, come fenomeno emergente di nuovo conio, sembrò a repentaglio. Di lì a poco, però, una celebre pronuncia della Corte di Giustizia avrebbe dissolto il timore che la nuova figura potesse essere risucchiata nel gorgo del disfavore comunitario: in *Pronuptia de Paris* <sup>(3)</sup>, i giudici del Kirchberg misero in chiaro che, stante l'indeclinabile ruolo dell'*intuitus personae* – cioè, del rapporto fiduciario che deve sussistere tra le parti del contratto – a livello di *franchising* era lecito scegliere fior da fiore e, a conti fatti, anche impostare in termini quantitativi la conformazione della rete (ciò che, in altri contesti negoziali, continuava ad esser condannato senza remissione). Tempo un paio d'anni e il pronunciamento sarebbe stato riversato nel calco dell'esenzione per categoria. Il Regolamento 4087 avrebbe sancito che il *franchising* era il « favorito della regina » (nel senso che al suo interno era lecito perseguire assetti altrimenti rigorosamente vietati), scatenando la caccia all'individuazione dei suoi connotati identificativi.

Le voci critiche non mancarono; ma sembravano perdersi in un vuoto privo di echi. Si osservava, da un lato, che la diversità del regime riservato alle varie emersioni morfologiche dei contratti di distribuzione – per di più,

---

<sup>3</sup> Sentenza 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, Raccolta della giurisprudenza della Corte pp. 353 ss.

perseguitate da un'ansia di conformismo (se si preferisce, *strait-jacket-effect*), che pagava la certezza dell'esenzione con la rinuncia a valorizzare la flessibilità negoziale - era troppo radicale per trovare giustificazione nell'alterità di tratti fisionomici tutto sommato assai simili, quando non coincidenti; dall'altro, che si toccavano punte di rigore del tutto immotivate, quasi che le distorsioni dei mercati fossero davvero dovute all'intreccio di rapporti verticali fra singolo produttore e suoi intermediari, contrattualmente integrati, piuttosto che alle cospirazioni cartellistiche o al dispiegarsi abusivo del potere dell'impresa egemone. In chiave più generale, si sottolineava il peso, nel delinearsi di atteggiamenti tanto « schizofrenici », dell'obiettivo dell'integrazione, per poi svelarne la sostanziale ipocrisia. Più in chiaro. La pretesa che le imprese fossero in grado di ripristinare, a colpi di contratti di distribuzione (e licenze di proprietà intellettuale), le compartimentazioni nazionali contro cui si battevano la autorità comunitarie appariva poco credibile e, soprattutto, esposta al rischio di concentrare l'attenzione sugli effetti, lasciando nell'ombra le cause. Più che imporre per forza propria discriminazioni su basi locali, è probabile che le imprese si trovassero a confrontarsi con squilibri dovuti a fattori esterni - fluttuazioni monetarie, incidenza fiscale, interventi regolamentari -, di cui non avevano il controllo e per i quali non avrebbero dovuto recare responsabilità: se le condizioni strutturali del mercato erano diverse, pretermettere le correzioni necessarie a (ri)costituire un *level playing field* e puntare tutto sul riequilibrio promesso dall'arbitraggio del commercio parallelo equivaleva ad imputare alle imprese i costi della non-Europa.

Il 31 maggio 2000 il Reg. 4087/88 è andato in soffitta; nello stesso momento è venuta meno la precaria tipicità legale del *franchising*. Si è chiusa, in realtà, una pagina che appartiene ad una vicenda poco edificante: ossia la storia (europea) del trattamento antimonopolistico riservato ai contratti di distribuzione. Con un candore cui non crederà chi non abbia assistito al dipanarsi della vicenda, la Comunità ha cominciato ad interrogarsi

sull'opportunità di dare ingresso ad un regime dei rapporti verticali maggiormente orientato in senso economico, quasi scoprisse in quella circostanza, e per la prima volta, che l'antitrust è disciplina della cruda matrice economica.

Fra molte e crucciate resistenze, ha fatto capolino l'idea che la verticalità si caricasse di valenze nel complesso meno insidiose e potesse determinare distorsioni solo in presenza di un apprezzabile potere di mercato. Così, per passi cauti e gravi, da un Libro verde sulle restrizioni verticali<sup>4</sup> ad un *Follow-up*<sup>5</sup>, si è arrivati al Regolamento 2790 del 1999, il c.d. regolamento di Natale, non perché rappresenti necessariamente un dono miracoloso, ma perché venuto alla luce nell'imminenza della festività per eccellenza. La trama dei rapporti verticali è stata riscritta da cima a fondo.

3. La riforma della disciplina degli accordi verticali contenuta nel Regolamento n. 2790/99 rappresenta indubbiamente una svolta storica nell'antitrust comunitario, nella misura in cui viene enunciata una serie di principi-chiave da tempo evidenziati dalla dottrina più attenta (e in larga parte recepiti nella stessa esperienza statunitense), ma a lungo rimasti estranei alla cultura antitrust comunitaria. ci si trova al cospetto non già di una semplice, per quanto fondamentale, riforma legislativa, ma di un vero superamento culturale di taluni assiomi sino a poco tempo fa ritenuti indiscutibili, potenzialmente idoneo ad aprire nuovi e più moderni orizzonti interpretativi all'interno di quel vasto e complesso mosaico rappresentato dai rapporti verticali.

Da questo punto di vista, decisivo si rivela il passo compiuto dal legislatore comunitario il quale, sulla scia del dibattito emerso all'indomani della pubblicazione del Libro verde e della Comunicazione della Commissione,

---

<sup>4</sup> Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria, COM (96) 721, gennaio 1997.

<sup>5</sup> COM (98) 544.

ha riconosciuto espressamente non solo che le restrizioni verticali sono in genere meno pregiudizievoli per la concorrenza rispetto alle restrizioni orizzontali<sup>6</sup>, ma anche che la maggior parte delle restrizioni verticali pone problemi sotto il profilo della tutela della concorrenza solo nei casi in cui la concorrenza *interbrand* è insufficiente, ossia quando esiste un certo potere di mercato a livello del produttore o del distributore. Non solo: sfidando l'ortodossia dominante ed entrando direttamente nel *sancta sanctorum* della materia in esame, si afferma a chiare lettere che le restrizioni verticali che limitano la concorrenza tra marche sono in generale più dannose di quelle che riducono la concorrenza all'interno della stessa marca.

Si tratta di un'importante evoluzione concettuale all'insegna della necessità di procedere ad una valutazione delle restrizioni verticali secondo i principi e gli insegnamenti dell'analisi economica, con riguardo più ai concreti effetti sul mercato di una pratica che non alla sua forma. In tal senso, fondamentale risulta l'esplicito riconoscimento da parte del legislatore comunitario dell'idoneità delle restrizioni verticali a dare luogo a importanti effetti positivi sotto il profilo concorrenziale, nella misura in cui consentono di ovviare a fenomeni di parassitismo commerciale, di favorire la penetrazione di nuovi mercati, di ridurre quanto più possibile le difficoltà che possono dare luogo a decisioni di rinuncia agli investimenti, di incrementare le economie di scala a livello distributivo nonché l'uniformità e la standardizzazione della qualità.

Proprio il riferimento alla relazione esistente tra restrizioni verticali e penetrazione di nuovi mercati conferma l'impressione, da più parti avvertita, di

---

<sup>6</sup> E ciò per il semplice, quanto fondamentale, motivo che mentre sul piano orizzontale l'esercizio di un potere di mercato da parte di un'impresa può andare a vantaggio dei concorrenti, il che può far sì che le imprese in concorrenza si inducano reciprocamente a tenere comportamenti anticoncorrenziali, nelle relazioni verticali l'output dell'una costituisce l'input dell'altra. Quanto basta per ritenere che l'esercizio del potere di mercato da parte di un'impresa, a monte o a valle, è di regola pregiudizievole per la domanda del prodotto dell'altra. Ne consegue, pertanto, che le imprese partecipanti ad un accordo verticale hanno validi motivi per impedirsi reciprocamente di esercitare un potere di mercato.



una rivoluzione dogmatica senza uguali. Da principali cause della perdurante compartimentazione dei mercati nazionali e vittime designate dell'azione comunitaria volta alla realizzazione del mercato comune - inteso come processo di eliminazione di ogni forma di restrizione territoriale alla libera circolazione delle merci -, gli accordi verticali diventano ora un formidabile strumento di penetrazione di nuovi mercati, a conferma del fatto che il processo di integrazione dei mercati presuppone necessariamente un oculato, ma rilevante utilizzo delle restrizioni verticali al fine di rendere quanto più possibile ammortizzabili i costi connessi all'ingresso sul mercato da parte di nuove imprese. Strettamente connesso a tale nuovo modo di leggere i comportamenti delle imprese sul mercato con riferimento ai rapporti verticali si rivela l'impiego della quota di mercato (del fornitore, o, in caso di fornitura esclusiva, del distributore) quale parametro in base al quale individuare gli accordi verticali suscettibili di beneficiare di una presunzione di legalità.

In particolare, l'art. 3, n. 1, del Regolamento n. 2790/99 stabilisce che l'esenzione prevista dall'art. 2 del Regolamento stesso «si applica a 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», mentre il successivo n. 2 precisa che «in caso di accordi verticali che prevedano obblighi di fornitura esclusiva, l'esenzione di cui all'articolo 2 si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante in cui esso acquista i beni o i servizi oggetto del contratto»<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> A proposito di tale "zona di sicurezza" prevista dal Regolamento n. 2790/99, le Linee direttrici, *cit.*, punto 22, precisano che «da un punto di vista economico, un accordo verticale può avere effetti non solo sul mercato tra fornitore ed acquirente, ma anche sui mercati a valle dell'acquirente. L'impostazione semplificata adottata nel regolamento di esenzione per categoria, che prende in considerazione la quota di mercato del fornitore o dell'acquirente (a seconda dei casi) sul mercato tra queste due parti, è giustificata dal fatto che al di sotto della soglia del 30% gli effetti sui mercati a valle saranno in genere limitati. Inoltre, il fatto di dover considerare solo il mercato tra fornitore ed acquirente agevola l'applicazione del regolamento di esenzione per categoria ed aumenta il livello di certezza giuridica, mentre resta sempre a disposizione lo strumento della revoca per porre rimedio ad eventuali problemi che dovessero insorgere su altri mercati collegati».

Senonché clausole quali quelle di fissazione del prezzo di rivendita (RPM) e di restrizione del territorio o dei clienti ai quali l'acquirente può vendere i beni oggetto del contratto continuano a suscitare la viva reazione dell'*enforcement* comunitario, tanto da figurare al primo posto nel novero di quelle alle quali non si applica né l'esenzione prevista dal Regolamento n. 2790/99, né l'esenzione prevista dal nuovo Regolamento n. 1400/02 in materia di distribuzione di autoveicoli, né infine la regola *de minimis*.

I buoni propositi, in precedenza richiamati e dettagliatamente illustrati nelle Linee direttrici che accompagnano la nuova disciplina degli accordi verticali, vengono d'improvviso messi in discussione: poco importa che ormai da tempo, e da più parti, la RPM sia accreditata di rilevanti effetti procompetitivi; ancor meno che nella prassi le cd. *location* e *customer clauses* si rivelino sovente come un formidabile strumento per stimolare la concorrenza *interbrand* e arginare in qualche modo gli effetti perversi del *free riding*. Di fronte a simili restrizioni, ancorché poste in essere da imprese sfornite di potere di mercato e, quindi, verosimilmente incapaci di pregiudicare la concorrenza (ma solo l'integrazione dei mercati ...), gli organi comunitari non esitano ad anticipare la soglia del divieto, di fatto assoggettando tali ipotesi alla rigida, quanto discutibile, regola della illiceità per sé.

Il giudizio sulla nuova disciplina riesce, pertanto, difficile. All'insegna del bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto, secondo i punti di vista, la si può salutare come un fondamentale passo in avanti, nella misura in cui assume che, di norma, al di sotto di quote di mercato del 30% non vi sia motivo di preoccupazione antimonopolistica e che anche al di sopra di tale tetto non si debba presumere un sabba di divieti, a prescindere dalla dimostrazione tangibile della nocività delle pratiche coinvolte. Chi guardi, però, al persistere della lista nera - come pretendere che la *resale price maintenance*, adottata da un produttore che conta per meno, mettiamo, del 2%, costituisca una severa

alterazione del mercato?-, sarà presumibilmente indotto a stendere, con ingenerosa lucidità, la lista delle occasioni perdute.

4. Le contraddizioni dell'approccio comunitario in tema di relazioni verticali si manifestano in modo eloquente nella nuova disciplina prevista per il settore della distribuzione degli autoveicoli. Il Regolamento n. 1400/02, sebbene formalmente ispirato alla stessa logica economica che costituisce la principale novità della disciplina sulle restrizioni verticali<sup>8</sup>, non solo ribadisce la tradizionale ostilità nei confronti di talune restrizioni afferenti i prezzi, il territorio o i clienti indipendentemente dal potere (quota) di mercato detenuta dall'impresa, ma sembra in realtà dettare altresì una minuziosa regolamentazione del settore automobilistico in aperto contrasto con la scelta di fondo compiuta a livello di disciplina generale degli accordi verticali.

A prima vista, l'utilizzo delle quote di mercato quale parametro in base al quale individuare gli accordi che possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti non dovrebbe lasciare dubbi in ordine alla scelta degli organi comunitari di applicare anche nel comparto automobilistico quel sistema di analisi di tipo più economico proprio del Regolamento n. 2790/99 ed ispirato ad un generale favore nei confronti degli accordi verticali posti in essere da imprese soggette ad un'intensa concorrenza *interbrand*. Tuttavia, i tradizionali effetti positivi ascrivibili alle restrizioni verticali, in sede di disciplina della distribuzione degli autoveicoli risultano, per

---

<sup>8</sup> Cfr. i considerando 5 e 6 del Regolamento n. 1400/2002 ove si legge testualmente: «Gli accordi verticali rientranti nelle categorie definite dal presente regolamento possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un migliore coordinamento tra le imprese partecipanti. In particolare, essi possono contribuire a ridurre i costi di transazione e di distribuzione delle parti e possono altresì consentire un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite. La probabilità che questi incrementi di efficienza possano controbilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali dipende dal grado di potere di mercato detenuto dalle imprese interessate e pertanto dalla misura in cui tali imprese sono esposte alla concorrenza di altri fornitori di beni o servizi che siano considerati intercambiabili o sostituibili

così dire, offuscata, come traspare chiaramente dal documento pubblicato dalla Direzione generale della concorrenza, ove si legge testualmente che il Regolamento n. 1400/02 si basa, fra l'altro, sui seguenti principi: «rafforzare *la concorrenza tra distributori* nei vari Stati membri (concorrenza all'interno di una stessa marca) e *migliorare l'integrazione del mercato* in particolare non esentando gli accordi di distribuzione che limitano le vendite passive, non esentando gli accordi di distribuzione nei sistemi di distribuzione selettiva che limitano le vendite attive, non esentando le clausole (comunemente denominate "clausole di ubicazione") che vietano ai distributori membri dei sistemi di distribuzione selettiva di stabilire punti vendita addizionali in altre parti del mercato comune (...); *rafforzare l'indipendenza dei distributori* nei confronti dei produttori, sia stimolando le vendite multimarca sia rafforzando gli standard minimi di tutela contrattuale (...)»<sup>9</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto il Regolamento n. 1400/02 sembra segnare la frattura più rilevante rispetto alla disciplina generale degli accordi verticali, giacché l'indipendenza del distributore viene elevata al rango di oggetto autonomo di tutela antitrust attraverso la previsione di una serie di condizioni specifiche che devono essere incluse nei singoli accordi per poter beneficiare dell'esenzione. L'introduzione delle condizioni generali sulla tutela contrattuale costituisce, secondo la Commissione, parte integrante delle norme specifiche previste per il settore degli autoveicoli e si basa sull'assunto che un quadro contrattuale stabile consente di trasferire ai consumatori i benefici della distribuzione e i risparmi che ne conseguono.

Ad un esame critico, tuttavia, l'enfasi posta sulla tutela dell'indipendenza e dell'autonomia dei distributori mal si concilia con

---

dall'acquirente, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati».

<sup>9</sup> *Distribuzione e servizi di assistenza degli autoveicoli nell'Unione europea – Opuscolo esplicativo*, a cura della Commissione europea, Direzione generale della concorrenza, consultabile sul sito Internet della Commissione (corsivo aggiunto).

quell'approccio (più) *economically oriented* che, perlomeno sulla carta, dovrebbe rappresentare la principale evoluzione della disciplina comunitaria della concorrenza in tema di accordi verticali, siano essi generali o settoriali. Si è visto, infatti, che l'introduzione di specifiche soglie, in termini di quote di mercato, al di sotto delle quali si presume la compatibilità dell'accordo verticale con il mercato comune ex art. 81, n. 3, risulta strettamente correlata ad un'impostazione concettuale che, da un lato, esalta il potere di mercato quale presupposto indispensabile per configurare una minaccia credibile al sistema concorrenziale nel suo complesso, mentre, dall'altro, relega le situazioni contraddistinte da un semplice squilibrio di potere contrattuale al di fuori della tutela antitrust. E' chiaro, pertanto, che, all'interno di un regolamento di esenzione, che dichiara espressamente di rifarsi alla filosofia della disciplina generale in tema di restrizioni verticali, seppur introducendo talune norme più severe, una disposizione, quale l'art. 3, che subordina l'applicazione dell'esenzione alla previsione all'interno dell'accordo di apposite clausole il cui oggetto esula dalla tutela del libero gioco della concorrenza e del mercato (si pensi all'obbligo di prevedere per entrambi le parti la possibilità di deferire ad arbitri la soluzione di eventuali controversie relative al rispetto degli obblighi contrattuali, ovvero alla disposizione sulla durata del preavviso in caso di recesso) desta perplessità. Specie in ordine all'opportunità di un intervento normativo che sembra spingersi sino al limite di una (parziale) riscrittura negoziale dei contratti e come tale difficilmente riconciliabile con il principio (illustrato nell'opuscolo esplicativo) secondo cui «spetta agli operatori economici (produttori, distributori) organizzare la distribuzione secondo le proprie esigenze».

L'impressione che si ricava dalla lettura del Regolamento n. 1400/02 sembra essere quella di un minuzioso intervento di regolamentazione settoriale, posto che le ventiquattro definizioni contenute nell'art. 1, unitamente alla previsione delle condizioni generali di cui all'art. 3, delle condizioni specifiche

di cui all'art. 5 e di talune restrizioni fondamentali elencate nell'art. 4 attribuiscono alla normativa in esame una portata altamente formalistica, solo parzialmente temperata dall'utilizzo delle quote di mercato quale strumento di valutazione della portata anticompetitiva degli accordi in questione. Emblematico risulta il rigido divieto contenuto nell'art. 5, n. 1, lett a) a mente del quale l'esenzione non si applica nel caso in cui l'accordo contenga un obbligo, diretto o indiretto, di non concorrenza a prescindere dalla durata di detto obbligo, cui fa eco una definizione dell'obbligo di non concorrenza ben più ampia dell'analoga definizione contenuta nella disciplina generale delle restrizioni verticali: infatti, mentre in base al Regolamento n. 1400/02 l'obbligo di non concorrenza copre anche qualsiasi obbligo che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore, o da un'altra impresa da questo indicata, più del 30% degli acquisti annui complessivi, in base alla disciplina contenuta nel Regolamento n. 2790/99 si ha obbligo di non concorrenza soltanto nel caso in cui la percentuale degli acquisti che l'acquirente deve fare presso il fornitore o un'altra impresa da questi indicata superi l'80% degli acquisti complessivi annui.

Passando all'esame delle cd. restrizioni fondamentali, si osserva che clausole quali quelle di fissazione del prezzo di rivendita ovvero di limitazione del territorio in cui, o dei clienti ai quali, il distributore può vendere i beni oggetto del contratto (cd. *location e customer clauses*) incorrono in un divieto *per se* rispetto al quale la quota di mercato detenuta dalle imprese non assume alcuna rilevanza (art. 4, n. 1, lett. a) e b). L'anomalia - che poi è la stessa che si registra tanto a livello di disciplina generale degli accordi verticali quanto a livello di regola *de minimis* - è evidente e non può essere ignorata. Anche nel settore della distribuzione degli autoveicoli, infatti, la previsione di apposite soglie di mercato oltre le quali viene meno l'applicabilità dell'esenzione per categoria, così come l'enunciazione del principio secondo cui la probabilità che gli incrementi di efficienza economica indotti dagli accordi verticali possano

controbilanciarne i possibili effetti anticoncorrenziali, dipende dal grado di potere di mercato detenuto dalle imprese interessate (ovvero la stessa regola che esclude la rilevanza sotto il profilo concorrenziale delle restrizioni poste in essere da imprese prive di potere di mercato) finiscono per perdere ogni credibilità di fronte al fatto che talune restrizioni vengono ritenute aprioristicamente non esentabili, e quindi vietate *ex se*, indipendentemente dalla loro (in)idoneità a incidere negativamente sul processo competitivo.

5. La confusione è ancor più evidente laddove si considerino i principi affermati nel recente regolamento sulla cd. modernizzazione del diritto comunitario antitrust. Il Regolamento n. 1/03, entrato in vigore in data 24 gennaio 2003, ma applicabile soltanto a partire dal 1° maggio 2004, contiene, infatti, una fondamentale precisazione circa gli scopi degli artt. 81 e 82: il considerando n. 9 afferma espressamente che tali norme «hanno l'obiettivo di proteggere la concorrenza sul mercato».

Letta superficialmente, la precisazione in esame potrebbe apparire una mera formula di stile, priva di alcun contenuto concreto: ad un esame più attento, tuttavia, non si può fare a meno di sottolineare l'assoluta novità e centralità di una simile affermazione che, ove correttamente intesa, potrebbe contribuire in maniera decisiva a correggere talune delle più appariscenti anomalie del diritto comunitario della concorrenza.

Innanzitutto, deve essere sottolineata la particolare collocazione del principio enunciato: vale a dire, la più importante riforma delle regole di applicazione degli artt. 81 e 82 compiuta dagli organi comunitari dall'adozione del Regolamento n. 17 del 1962. Per effetto di tale riforma, da un lato la Commissione perde l'esclusività in materia di applicazione dell'art. 81, n. 3, mentre dall'altro i giudici e le autorità garanti nazionali vengono pienamente coinvolti sotto il profilo dell'applicazione dell'art. 81, in quanto norma ora direttamente applicabile nella sua interezza. In quest'ordine di idee, non può

essere casuale il fatto che, nel momento in cui si affida ai giudici e alle autorità garanti nazionali il delicato compito di applicare (anche) l'art. 81, n. 3, investendo tali organi di un potere discrezionale sino ad oggi appartenuto in via esclusiva alla Commissione, il legislatore comunitario abbia avvertito l'esigenza di precisare esplicitamente quali siano gli obiettivi degli artt. 81 e 82, ponendo un ovvio limite alla discrezionalità che sovente ha accompagnato l'applicazione dell'art. 81, n. 3, da parte della Commissione stessa; limite reso ancor più esplicito dalla constatazione, contenuta nel Libro bianco sulla modernizzazione del diritto della concorrenza, secondo cui (anche) l'oggetto dell'art. 81, n. 3, è quello di fornire un quadro giuridico della *valutazione economica* delle intese e non quello di permettere di evitare l'applicazione delle regole di concorrenza in base a considerazioni politiche.

In quest'ordine di idee, la perdita da parte della Commissione del potere esclusivo di applicare l'art. 81, n. 3 e la contestuale precisazione degli obiettivi degli artt. 81 e 82 in termini di tutela della concorrenza sembrano assumere un significato storico-politico ben preciso. Se, infatti, il sistema di esenzione centralizzata ben poteva ritenersi funzionale ad una visione del diritto della concorrenza in chiave ancillare rispetto all'obiettivo dell'integrazione dei mercati, il cui unico alfiere non poteva essere che la Commissione, il passaggio ad un sistema di eccezione legale direttamente applicabile da parte dei giudici e delle autorità garanti nazionali non poteva prescindere da una riqualificazione delle vere finalità dell'antitrust comunitario sulla scia degli insegnamenti dell'analisi economica, posto che difficilmente l'obiettivo politico dell'integrazione dei mercati avrebbe potuto costituire un valido criterio ermeneutico per soggetti diversi dalla Commissione.

Sotto tale profilo, pertanto, il processo di modernizzazione delle regole di concorrenza contenuto nel Regolamento n. 1/03 potrebbe essere letto come la definitiva constatazione da parte della Commissione non solo dell'inadeguatezza funzionale del precedente sistema, ma anche dell'inermità di



qualsiasi tentativo di continuare a leggere il diritto della concorrenza in chiave di *market integration*.

Anche da un punto di vista prettamente contenutistico, peraltro, l'individuazione della concorrenza quale specifico oggetto di tutela degli artt. 81 e 82 rappresenta una tappa fondamentale nella storia dell'antitrust comunitario, segnandone, perlomeno sulla carta, la definitiva maturazione e il presumibile affrancamento dalle teorie più propense a vedere nelle norme sulla concorrenza un mero strumento, al pari di altri, di cui avvalersi per realizzare gli obiettivi di volta in volta ritenuti superiori e fondamentali. Opportunamente contestualizzato e letto soprattutto alla luce della recente giurisprudenza relativa al caso *Bayer* nonché alla luce delle Linee direttrici sulle restrizioni verticali - ove si afferma espressamente che la tutela della concorrenza costituisce l'obiettivo *primario* della politica comunitaria di concorrenza -, il considerando 9 del Regolamento n. 1/03 conferma l'impressione di uno sforzo degli organi comunitari di superare la propria precedente elaborazione in materia, orientando la politica comunitaria di concorrenza verso un nuovo corso. E' chiaro, infatti, che affermando apertamente che l'obiettivo perseguito dagli artt. 81 e 82 è quello di tutelare la concorrenza sul mercato, e non altri, non solo si afferma una verità difficilmente contestabile, ma si segna altresì un decisivo passo in avanti verso quel processo di liberazione della politica comunitaria di concorrenza da finalità integrazioniste divenuto ormai improrogabile dopo la duplice pronuncia del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia nella vicenda *Bayer*.

Sarebbe, tuttavia, utopistico pensare che una pronuncia del Tribunale di primo grado, seppur confermata dalla Corte di giustizia, e un semplice 'considerando' all'interno di un regolamento possano, da soli, essere sufficienti per sancire definitivamente la liberazione dell'antitrust comunitario da finalità che non gli competono, prima fra tutte quella dell'integrazione dei mercati. Il quadro complessivo che emerge dal Regolamento n. 2790/99 (e dalle relative

Linee direttrici), dal Regolamento n. 1400/2002 e dal Regolamento n. 1/2003 continua a non apparire né unitario né univoco: mentre a livello di principi generali gli organi comunitari sembrano optare per una modernizzazione dell'antitrust comunitario, attribuendo decisiva rilevanza alla concorrenza tra marche e al ruolo del potere di mercato detenuto dalle imprese, è indubitabile che a livello di regole operative l'imperativo integrazionista, unitamente alla tutela della libertà e dell'indipendenza dei singoli commercianti e, in particolare, dei commercianti paralleli, continuano a rappresentare dei fattori in grado di condizionare lo sviluppo di un moderno diritto antitrust.

In altre parole, se, come riconosciuto dal Regolamento n. 1/2003, l'obiettivo degli articoli 81 e 82 è quello di tutelare la concorrenza, e non altri, e se si esclude che accordi di tipo verticale posti in essere da imprese prive di potere di mercato possano costituire una seria minaccia per la concorrenza, risulta difficile comprendere come mai le esclusive territoriali chiuse ovvero le restrizioni relative ai clienti ai quali il distributore (di autoveicoli o di altri prodotti) può vendere i beni oggetto del contratto debbano essere vietate sotto il profilo concorrenziale anche nel caso in cui le imprese in questione detengano quote di mercato men che insignificanti. L'unica via per eliminare alla radice una simile contraddizione consisterebbe nel riconoscere apertamente che, in tali casi, il legislatore comunitario non ha inteso tutelare la concorrenza, bensì qualcosa di diverso, di volta in volta individuabile nell'indipendenza dei piccoli commercianti, nell'obiettivo politico dell'integrazione dei mercati ovvero nella tutela del commercio parallelo. Chiamare le cose col proprio nome non assicurerebbe certo la coerenza dell'impianto; ma, almeno, contribuirebbe a disperdere i troppi equivoci ancora aleggianti in materia.