

Le intese verticali.

SOMMARIO: 1. Natura e funzione delle intese verticali. - 1.1. Dal periodo formativo all'approccio economico. - 1.2. La nuova disciplina. - 2. Ambito di applicazione. - 3. L'intreccio delle presunzioni. - 3.1. Restrizioni gravi: il prezzo imposto. - 3.2. Compartimentazione del mercato. - 3.3. Limitazioni in ambito di distribuzione selettiva e di ricambistica. - 3.4. Restrizioni escluse. - 4. Zone di sicurezza. - 4.1. Accordi d'importanza minore. - 4.2. Piccole e medie imprese. - 4.3. Quote di mercato delle imprese coinvolte. - 4.4. Inapplicabilità dell'esenzione per categoria e revoca del beneficio. - 5. Esenzione individuale. - 5.1. I principi di riferimento. - 5.2. Effetti pregiudizievoli ed effetti positivi. - 5.3. L'itinerario valutativo. - 6. Vendite *on line*. - 6.1. Pro e contro la commercializzazione in *internet*. - 6.2. Vendite passive e attive. - 6.3. *Standard* qualitativi per gli operatori in rete. - 6.4. Una disciplina troppo analitica? - 7. La distribuzione di autoveicoli. - 7.1. Un riaccorpamento sofferto e scampoli di disciplina transitoria. - 7.2. Disciplina degli *aftermarkets*.

1.- **Natura e funzioni delle intese verticali.** Per intese verticali s'intendono gli accordi che intercorrono fra imprese operanti in mercati situati su livelli diversi della filiera produttiva. Anche se l'avvento della "rete" ha ripristinato opportunità d'incontro diretto che sembravano consegnate al passato, è normale che i produttori non provvedano in proprio alla distribuzione dei propri prodotti, ma raggiungano i consumatori attraverso intermediari professionali, grossisti e distributori. D'altro canto, è assai diffusa l'organizzazione produttiva in cui il bene finale risulta dal concorso di diversi stadi produttivi, sì che l'impresa acquista da un fornitore l'*input* necessario allo svolgimento della propria attività. Nell'un caso e nell'altro, le imprese dislocate ai vari snodi di queste "catene del valore", pur confrontandosi fra loro ad ogni singolo livello, contribuiscono alla complessiva prestazione finale nei confronti del consumatore.

Date queste modalità organizzative, condizione necessaria per sortire il risultato ottimale è quella di promuovere il coordinamento nella "catena del valore". In effetti, le imprese operanti ai diversi stadi sogliono non accontentarsi di operazioni *spot* sul mercato, ma sottoscrivono più complessi accordi contrattuali intesi a ridurre i costi transattivi, a garantire la stabilità delle forniture e ad assicurare il miglior coordinamento possibile. Questi accordi contrattuali fra soggetti correlati in verticale mirano a contenere le diseconomie esterne, ma portano a sostanziali limitazioni del grado di autonomia del singolo operatore, con la conseguenza di innescare risultati potenzialmente anticompetitivi: di qui l'etichetta di restrizioni verticali (*vertical restraints*).

L'esempio paradigmatico è dato dalla relazione che s'instaura tra il produttore e il negoziante al dettaglio che distribuisce i prodotti del primo. Com'è ovvio, i due soggetti prendono decisioni afferenti ad attività diverse, con la conseguenza che quanto risulta ottimale per l'uno non soddisfa necessariamente le ragioni dell'altro. Ne discende la spinta, per l'una parte, ad utilizzare il contratto e le sue clausole come strumenti atti a limitare le scelte di controparte, favorendo un esito più conferente per i propri interessi. I vincoli così introdotti possono riguardare la libertà di fissazione del prezzo oppure incidere su altri aspetti dell'attività del distributore, quali la collocazione del punto vendita, le scelte di assortimento, il modello organizzativo etc.

In termini più generali si può allora convenire che l'intesa verticale mira ad allineare e rendere compatibili interessi diversamente orientati. Ciò che la rende compatibile tanto con interpretazioni virtuose, come quelle su accennate, quanto con letture assai più sinistre. Appare evidente, infatti,

che l'intesa verticale si presta a svolgere funzione di sostegno per un cartello orizzontale (si pensi all'imposizione di un prezzo fisso di rivendita, imposto da tutti i produttori alla propria rete di rivenditori, in modo da neutralizzare le spinte concorrenziali destinate ad erodere l'equilibrio collusivo) oppure per la politica unilaterale imposta da un'impresa egemone ai propri distributori o fornitori. Si tratta, in entrambe le circostanze, di situazioni in cui è lecito dubitare dell'esistenza stessa di un'intesa (verticale), posto che l'uno dei due soggetti coinvolti è praticamente costretto a seguire una traiettoria che contrasta con il proprio interesse, sino al punto di far dubitare dell'esistenza di un accordo (v. voce **ZAMPA**). Altra situazione in cui l'analisi tradizionale appare inutilizzabile, sino a prospettare un'autentica criticità, è quella, emersa a più riprese in tempi recenti e con istanze di rimarchevole interesse, di intesa *hub & spoke*, se si preferisce trasversale, in cui un soggetto collocato in un mercato sotto- o sovraordinato funge da 'navetta' per la trasmissione d'informazioni necessarie agli operatori attivi nell'altro mercato per organizzare un assetto collusivo: ipotesi, dunque, di cartello, rispetto al quale, però, l'accordo verticale non svolge funzione servente, ma può spingersi sino al punto d'incaricarsi di un ruolo pivotale.

Di là dalle prospettive testé cennate, il grosso del discorso è dato dai contratti di distribuzione e da quelli di fornitura, rispetto ai quali emerge una prima tassonomia di massima: quella imperniata sulla distinzione fra concorrenza *inter-brand* (che riguarda il confronto competitivo fra strutture verticali che operano con diversi punti vendita oppure si fronteggiano in negozi che presentano un'offerta multi-marca) e concorrenza *intra-brand* (che intercorre tra rivenditori dei prodotti di uno stesso produttore). Fin d'ora vale la pena di segnalare come sia opinione oggi prevalente (ancorché, per certi aspetti, controversa) quella secondo cui il versante verticale è, in linea di principio, meno pericoloso della cospirazione orizzontale e, in ogni caso, una vivace concorrenza *inter-brand* è in grado di mitigare il potere di mercato di un produttore che punti a comprimere l'autonomia dei suoi distributori.

1.1.- Dal periodo formativo all'approccio economico. Non è stato sempre così, particolarmente in Europa. Sin dal caso *Grundig*¹, apparve chiaro che il conferimento al distributore di una protezione territoriale assoluta costituiva, agli occhi della Commissione, un 'peccato mortale', per il quale non si dava redenzione: non tanto per via del suo carattere anticompetitivo, ma perché la ricostruzione per via contrattuale delle barriere nazionali metteva a repentaglio l'obiettivo dell'integrazione dei mercati. Prese così consistenza un'applicazione dilatata del divieto *ex art.* 101(1), che si tradusse in una marea montante di notificazioni intese a verificare l'esentabilità e nella necessità di ricorrere all'espedito delle esenzioni per categoria. L'approccio nei confronti dell'integrazione verticale da contratto assunse contorni assai ruvidi (e, per di più, sconsideratamente diseguali), proprio mentre il vento cominciava a cambiare negli U.S.A.

Nondimeno, e con toni di sdegnoso rifiuto per ogni contaminazione economico-funzionalistica, si è per molto tempo preferito escludere che la "Chicago revolution", che andava maturando oltre Atlantico già alla fine degli anni Settanta, potesse revocare in dubbio la "mutivalued tradition" dell'*antitrust* comunitario, attento ad altre finalità, quali l'integrazione del mercato, la massimizzazione del numero dei concorrenti, la promozione della libertà d'ingresso nel mercato, la tutela delle imprese medio-piccole, la protezione dell'ambiente e, nemmeno a dirlo, la competitività

¹ Sentenza 13 luglio 1966, causa C-23/63, *Consten e Grundig c. Commissione*.

internazionale. Peraltro, di là dall'infittirsi delle funzioni ascritte all'*enforcement* comunitario, il suo tratto fisionomico davvero autoctono e caratterizzante era rappresentato dalla declamata vocazione a privilegiare l'integrazione del mercato europeo. Agli occhi della Commissione, gli sforzi intesi a rimuovere le barriere nazionali, che si frapponivano al dispiegarsi delle quattro libertà, rischiavano di essere compromessi da condotte imprenditive miranti a richiudere i mercati nazionali; in mancanza di disciplina specifica, si era così profilata e ben presto radicata l'idea che le controparte private al processo d'integrazione potessero essere arginate mercé l'impiego della disciplina *antitrust*. L'aspetto forse più sconcertante della vicenda fu rappresentato dal *patchwork* applicativo risultante dal contributo dei vari formanti. Spigolando in giro, si scopriva così che: le esclusive di vendita e di approvvigionamento fruivano di esenzione per categoria (tramite Reg. 67/67, prima, e i Reg. 1983 e 1984/83, poi); la distribuzione selettiva qualitativa si collocava fuori dal divieto di intese restrittive; quella quantitativa incorreva nei fulmini della repressione giudiziale più arcigna; il *franchising* –notoriamente, il 'favorito della regina'— era stato redento dalla Corte di giustizia² e poi officiato da apposito regolamento. A chi, a questo punto, avesse obiettato che i baffi del favorito sono alquanto posticci –che, fuor di metafora, i tratti distintivi del *franchising*, come delineati dal Reg. 4087/88, sono volatili quanto basta per rendere incomprensibile la pretesa di fondare, sull'*intuitus personae* asseritamene a base di quel rapporto, una così marcata disparità di trattamento rispetto ad altri tipi contrattuali con spiccatissime somiglianze, si rispondeva con l'espedito di negare, con sufficienza, ogni confronto: l'*antitrust* comunitario era, semplicemente, *diverso*.

Ci volle del bello e del buono perché si tocasse con mano l'impossibilità di tenere insieme, in nome di un approccio risolutamente formalistico, un quadro di marcata incoerenza. Le istanze intese a propiziare un approccio ispirato a un più coerente impianto economico cominciarono a far breccia intorno alla metà dell'ultimo decade del secolo scorso e si tradussero nel Reg 2790/99³, che segnò una radicale soluzione di continuità rispetto al quadro previgente. D'un sol colpo, veniva azzerato il capriccioso mosaico di etichette incerte e discipline disparate; e si riportava ad un unico denominatore (salve eccezioni limitate e transitorie, su tutte quella relativa alla commercializzazione di autoveicoli) il complesso delle intese verticali, nel presupposto che la loro idoneità a produrre risultati anticompetitivi dipendesse in modo determinante dal potere di mercato delle parti coinvolte, in particolare del fornitore, la cui quota di mercato si assumeva rivelatrice del grado di concorrenza *inter-brand*. Sotto la soglia del 30%, il nuovo sistema apriva una "zona di sicurezza", che –ove l'intesa non avesse contemplato un ristretto novero di clausole e condizioni vietate– innescava una presunzione di conformità, esentativa ai sensi dell'art. 101(3), dai rigori dell'art. 101 (1). Solo laddove fossero mancate, tali condizioni sarebbe stato necessario procedere alla valutazione, caso per caso, della (il)liceità dell'intesa.

1.2.- La nuova disciplina. Il Regolamento 2790/99 ha dato buona prova di sé. A partire dall'entrata in vigore della disciplina sulla modernizzazione dell'*antitrust* europeo (con l'abbandono della tecnica della notificazione preventiva), e dunque dal 2004, il contenzioso verticale attivato dalla

² Corte giust., 28 gennaio 1986, causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgart Schillgallis*.

³ Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 336 del 29.12.1999, p. 21–25.

Commissione si è grandemente contratto: per quanto consta, solo sei casi, tutti chiusi con assunzione di impegni, mentre si sono infittite le iniziative (più di 60) ad opera delle Autorità di concorrenza, a conferma della dimensione normalmente locale/nazionale dei mercati interessati.

Alla scadenza del periodo di vigenza e in esito a un processo di revisione iniziato nel 2008 (e appuntatosi sulla crescita della grande distribuzione e di quella attuata via *internet*), si è posta mano a un limitato *remake* della disciplina. Di là da talune novità di cui si dirà tra un momento, il nuovo Regolamento 330/10⁴ (destinato a trovare applicazione sino al 31 maggio 2022) ha conservato, nella sostanza, il fortunato impianto di quello precedente; a poche settimane dalla sua entrata in vigore il quadro normativo è stato completato da una nuova versione degli Orientamenti⁵. Nelle note che seguono, dopo aver riassunto brevemente i tratti che specificano l'ambito di applicazione di tale disciplina, si darà conto della metodologia da adottare per asseverare la conformità degli accordi verticali alla disciplina attualmente in vigore.

2.- Ambito di applicazione. Il Reg. 330/10 copre gli accordi verticali che intercorrono fra due (o più) imprese operanti a livelli diversi della catena produttiva o distributiva e riguardano le condizioni di acquisto, vendita o rivendita di beni o servizi⁶. Restano, dunque, fuori quadro, perché in realtà estranei al divieto di cui all'art. 101(1) FUE, i contratti di agenzia 'puri', in cui l'agente prospetta il mercato per il preponente senza assumere rischi specifici riguardanti l'attività di commercializzazione di beni e servizi. Nondimeno, a detta della Commissione, per essere l'agente imprenditore autonomo, le clausole contrattuali concernenti il rapporto col preponente (esclusività, divieto di concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del contratto) possono incorrere nel divieto⁷. Laddove, poi, l'agente assuma rischi relativi alla fornitura, all'inadempimento dei clienti, alla responsabilità da prodotto difettoso etc., egli viene riguardato alla stregua di distributore indipendente, con tanto di sottoposizione del contratto di agenzia alla disciplina generale⁸.

Il regolamento copre le intese intercorrenti fra un'associazione di dettaglianti (nessuno dei quali vanta un fatturato superiore ai €50 milioni) e i suoi membri, o tra un'associazione e il suo fornitore; e si applica, altresì, alle intese verticali contenenti previsioni relative alla concessione o licenza, in capo all'acquirente di un bene, di diritti di proprietà intellettuale necessari all'uso del bene stesso (indicazione normativa particolarmente importante per il caso di *franchising*).

E' esclusa, invece, la possibilità di applicare l'esenzione per categoria agli accordi tra imprese concorrenti, per i quali valgono piuttosto le regole previste per la collaborazione orizzontale, a meno che si tratti di ipotesi di c.d. *dual distribution*, ove, cioè, un produttore attivo anche come distributore stipula un accordo non reciproco con un distributore dello stesso prodotto o servizio. E' del pari esclusa l'applicabilità del regolamento ad accordi per i quali sia prevista l'applicazione di altro regolamento di esenzione per categoria (si pensi a quello relativo alla distribuzione di autoveicoli, di cui si tratterà più oltre).

⁴ Regolamento 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate in GU L 102 del 23.4.2010, p. 1-7.

⁵ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (2010/C 130/01), sostitutivo delle *Linee direttrici sulle restrizioni verticali* adottate 10 anni prima (2000/C 291/01).

⁶ Art. 2 Reg. 330/10.

⁷ *Orientamenti* cit., § 12 ss.

⁸ Cfr. Commissione 26 maggio 2004, (COMP/C-3/37.980), *Souris – Topps*, § 101.

3.- L'intreccio delle presunzioni. L'architettura del regolamento si basa, a conti fatti, su un intreccio di presunzioni, che permettono sin dall'inizio di accertare se l'accordo verticale perseguito sia, o non, contrastante con le regole comunitarie di concorrenza. Il primo passaggio (art. 4) comporta la verifica dell'assenza di previsioni contrattuali che implicano presunzione di anticompetitività dell'intero accordo (con conseguente preclusione del beneficio dell'esenzione per categoria, circostanza che non comporta di per sé una valutazione irreversibilmente negativa ma lascia intendere la probabile inattuabilità dei presupposti da integrare ai fini dell'art. 101(3)). Per gli accordi verticali che superino questo vaglio pregiudiziale si schiude la possibilità, ove ricorrano talune condizioni specifiche (tra cui, in particolare, quelle previste dall'art. 3), di fruire di una presunzione di compatibilità con le regole di concorrenza del trattato. L'impossibilità di attivare tale presunzione comporta l'onere di assoggettarsi ad una procedura di autovalutazione del carattere restrittivo dell'intesa.

3.1.- Restrizioni gravi: il prezzo imposto. La lista delle restrizioni gravi, cinque in tutto, è inaugurata dall'imposizione di prezzi, minimi o fissi, di rivendita (*resale price maintenance*, RPM) e di meccanismi idonei a sortire analogo effetto (es., previsione di un livello massimo di sconto praticabile), dal che deriva la piena legittimità di prezzi soltanto raccomandati o indicati come massimi, sempre che gli uni e gli altri non operino come schermo dietro il quale si cela una pratica di RPM. Le ragioni di tanta ostilità sono risalenti, quanto controverse. Il dibattito economico ha esplorato ogni sorta di interpretazione, dalle teorie che vi ravvisano uno strumento di supporto a collusioni orizzontali (fra produttori oppure fra rivenditori) a quelle che, al contrario, intravedono giustificazioni efficientistiche in chiave di lotta a comportamenti parassitari o di assicurazione di qualità del servizio distributivo, sino alle denunce della sua idoneità a determinare rigidità al rialzo dei prezzi correnti. Sta di fatto che il fronte sino a ieri compatto di condanna dell'imposizione del prezzo di rivendita (a fronte di un atteggiamento assai più permissivo nei confronti delle restrizioni verticali non attinenti al prezzo) è stato di recente infranto dalla sentenza con cui la Corte suprema nordamericana ha smentito il precedente fissato, quasi un secolo prima, dal caso *Dr. Miles*, estendendo anche alla RPM la 'regola di ragione' applicata alle altre intese verticali⁹. Non sorprende, dunque, che gli Orientamenti assumano, al riguardo, un atteggiamento assai più 'morbido' di quello tenuto in passato. Da un lato, infatti, si ribadisce l'idea che un accordo di tal fatta non si presti a soddisfare le condizioni di esenzione di cui all'art. 101(3); dall'altro, si rimarca come alle imprese sia data facoltà di dimostrare, a livello di richiesta individuale di esenzione, incrementi di efficienza¹⁰. Più oltre¹¹, vengono additate possibili giustificazioni per l'adozione della pratica, quali: I) il contributo ch'essa può fornire, in fase di lancio di un prodotto nuovo, per indurre i distributori ad aumentare gli sforzi di vendita; II) l'opportunità di farvi ricorso, per un periodo limitato (da 2 a 6 settimane), per organizzare una campagna a vantaggio dei consumatori ad opera di un'organizzazione operante in *franchising*; III) il sostegno ch'essa può garantire alla fornitura di servizi di pre-vendita per prodotti di 'esperienza' o complessi¹².

⁹ US Supreme Court, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

¹⁰ Orientamenti, § 223

¹¹ *Ibid.*, § 225.

¹² E qui si ritrova traccia del "fre-ride rationale" teorizzato, a suo tempo, da Lester J. Telser.

L'apertura così dimostrata è certamente significativa sul piano teorico, ma poco promettente per quanto attiene al suo risvolto pratico. Le efficienze indicate sono tutte di ordine qualitativo e, quindi, di problematica computazione a fronte dei pregiudizi quantitativi, in termini di prezzi più elevati, causati dalla RPM.

3.2.- Compartimentazione del mercato. Altra *'black clause'* è quella riguardante le misure, dirette o indirette (es.: schemi d'incentivazione, pressioni etc.), miranti a limitare la libertà dell'acquirente di rivendere in determinate aree territoriali o a determinati clienti. Si tratta, anche in questo caso, di un'indicazione risalente ('compartimentazione del mercato'), che subisce –e qui stanno i motivi di maggiore interesse- quattro eccezioni:

I) le restrizioni imposte alle 'vendite attive' in un territorio, o rispetto a una categoria di clienti, riservati in esclusiva a un altro compratore. Da notare come per vendita attiva s'intenda quella conclusa con clienti situati nell'area riservata, per es. attraverso l'invio di e-mail mercé campagna pubblicitaria mirata (mentre si considera "passiva" la vendita perfezionata a seguito di richiesta spontanea di quegli stessi clienti);

II) le restrizioni della vendita a utilizzatori finali imposte dal fornitore a un acquirente operante all'ingrosso;

III) le restrizioni imposte dal fornitore ai membri di un sistema di distribuzione selettiva per quanto attiene alle vendite a distributori non autorizzati a operare nell'area che il fornitore ha riservato a tale sistema;

IV) le restrizioni, imposte ad acquirenti di componenti da destinare ad incorporazione, concernenti la rivendita a concorrenti del fornitore.

3.3.- Limitazioni in ambito di distribuzione selettiva e di ricambistica. La terza e la quarta restrizione grave, idonee a precludere l'applicabilità del reg. 330/10, riguardano la distribuzione selettiva. I venditori non possono restringere territori in cui i distributori possono vendere a utilizzatori finali; e altrettanto vale per le categorie di clienti. La presunzione d'incompatibilità scatta sia in presenza di vendite attive che passive. D'altro canto, i distributori devono essere lasciati liberi di vendere o acquistare i prodotti oggetto del contratto da altri distributori autorizzati facenti parte della medesima rete di distribuzione selettiva.

La quinta restrizione grave riguarda gli accordi fra un produttore di pezzi di ricambio e un acquirente che incorpora tali pezzi nei propri prodotti. Tali pattuizioni non possono impedire o limitare la possibilità, per utenti finali, riparatori indipendenti e prestatori di servizi, di procurarsi pezzi di ricambio direttamente dal fabbricante dei pezzi di ricambio stessi (*original equipment manufacturer*).

3.4.- Restrizioni escluse. Di là dalle restrizioni su indicate, che precludono l'esenzione per l'intero accordo, il regolamento, all'art. 5, considera altre tre pattuizioni verticali incompatibili con l'art. 101(1): obblighi di non concorrenza per la vigenza del contratto, obblighi di non concorrenza dopo la cessazione del contratto ed esclusione di marchi specifici all'interno di un sistema di distribuzione selettiva. In quanto separabili dalla restante trama dell'accordo, le pattuizioni in parola non pregiudicano la possibilità di applicare a quest'ultima il regolamento di esenzione.

Per i divieti di concorrenza –obbligo di acquisto dell'intero fabbisogno o di sua parte preponderante, 80%, dal fornitore o da impresa da questo designata- in pendenza di contratto è

fissata una durata massima di cinque anni. Tuttavia, l'esenzione resta praticabile laddove il rinnovo oltre i cinque anni richieda il consenso esplicito di entrambe le parti e non sussistano ostacoli alla facoltà, per l'acquirente, di porre termine all'obbligo allo scadere del quinquennio. Il limite dei cinque anni non trova applicazione quando beni o servizi sono venduti dall'acquirente in locali o terreni di proprietà o nella disponibilità del fornitore (l'obbligo di non concorrenza può, in questo caso, estendersi per la durata di occupazione del locale da parte dell'acquirente).

A contratto scaduto, non v'è spazio per divieti di concorrenza, a meno che essi non siano necessari per proteggere il *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente, siano limitati al locale in cui l'acquirente ha operato in vigore di contratto e non si estendano oltre l'anno dalla cessazione del rapporto.

4.- Zone di sicurezza. Gli accordi verticali che non contengano le clausole dianzi indicate possano aspirare alla presunzione di compatibilità con la disciplina europea della concorrenza. A tal fine essi devono rientrare in una delle “zone di sicurezza” previste da tale disciplina.

4.1.- Accordi d'importanza minore. La prima è quella concessa agli accordi d'importanza minore. A tenore della Comunicazione del 2001¹³, si presume che le intese verticali *de minimis*, in cui nessuna delle parti detiene una quota di mercato eccedente il 15%, non determinino restrizioni apprezzabili per la concorrenza.

4.2. Piccole e medie imprese. Senza rappresentare un ‘*safe harbour*’ in senso tecnico, può riguardarsi come equipollente il trattamento riservato negli Orientamenti alle PMI¹⁴. Vi si legge, infatti, che le imprese medie o piccole, con meno di 250 dipendenti e un fatturato annuale inferiore ai 40 milioni di euro, non sono normalmente repute idonee a influenzare in maniera sensibile gli scambi tra Stati membri, salvo precisare che, quand'anche gli accordi che le vedono impegnate rientrino nell'ambito di applicazione del divieto *ex art. 101(1) FUE*, “la Commissione si asterrà in genere dall'avviare un procedimento per mancanza di un sufficiente interesse dell'Unione europea, purché tali imprese non occupino, congiuntamente o individualmente, una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato interno”.

4.3.- Quote di mercato delle imprese coinvolte. La terza “zona di sicurezza” è quella più significativa e rappresenta la caratteristica saliente del regolamento. Come già accaduto con la versione del 1999, la vigente presunzione di compatibilità con la disciplina della concorrenza si fonda sulle quote di mercato degli operatori coinvolti.

L'impiego delle quote di mercato risponde all'idea, mutuata dalla teoria economica, secondo cui, in presenza di una significativa concorrenza *interbrand*, le restrizioni verticali possono generare guadagni in termini d'efficienza, consentendo un miglior coordinamento all'interno della catena produttiva e risolvendo problemi di *principal-agent*, senza cagionare rilevanti effetti anticoncorrenziali. In tale prospettiva, le quote di mercato sono adoperate quale *proxy* — non del tutto affidabile, ma comunque accettabile — del *market power* delle imprese interessate, al fine di

¹³ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (2001/C 368/07).

¹⁴ Orientamenti, § 11.

distinguere gli accordi che, di norma, non presentano significativi rischi per la concorrenza da quelli che, invece, richiedono un più attento scrutinio.

Il Reg. 2790/99 postulava, come condizione di esercizio della presunzione, una quota di mercato (di norma in capo al fornitore) non eccedente la soglia del 30%. La nuova disciplina si caratterizza per un'importante novità: al tetto di mercato del fornitore deve coniugarsi quella, anch'essa inferiore al 30%, del compratore, riferita –si badi bene- al mercato in cui quest'ultimo acquista i prodotti o servizi contrattuali. La doppia soglia era stata auspicata dalla Commissione anche con riguardo alla versione precedente; ma la proposta era rientrata per via della diffusa opposizione degli addetti ai lavori, preoccupati dalla difficoltà del compito di valutazione sui due versanti. A distanza di dieci anni, quella stessa proposta è riemersa, senza incontrare più alcuna resistenza. Il cambio di atteggiamento si deve, in parte, all'esperienza accumulata in ordine all'applicazione concreta delle zone di sicurezza, rivelatesi affidabili e non troppo complesse quanto a computazione, e più ancora all'emersione di diffuse preoccupazioni circa la consistenza crescente del *'buying power'* della grande distribuzione. In altre parole: i rivenditori possono disporre di potere d'acquisto e di vendita, possono cioè attivare il primo nei riguardi di un fornitore in posizione di forza e il secondo nei confronti dei propri clienti a valle: nella più parte dei casi, si tratta di aspetti strettamente interconnessi, perché l'ipermercato robusto sul versante delle vendite dispone anche di un cospicuo potere *'quasi-monopsonistico'* perché si pone come punto di sbocco principale per merci e servizi dei produttori.

La maggiore attenzione riservata alla posizione del distributore ha suscitato non poche riserve; ma sembra in linea con una scelta di campo della Commissione, di cui sarà possibile cogliere, tra breve, ulteriori testimonianze.

4.4.- Inapplicabilità dell'esenzione per categoria e revoca del beneficio. Riassumendo. L'accordo verticale mondo di restrizioni gravi e innervato da operatori non troppo ingombranti appare normalmente inidoneo a pregiudicare il funzionamento del mercato e fruisce, pertanto, di una presunzione di compatibilità con la disciplina della concorrenza che lo mette al riparo da contraccolpi. E' vero, infatti, che l'art. 6 del regolamento facoltizza la Commissione a tornare sui suoi passi e a dichiarare l'inapplicabilità dell'esenzione per categoria a reti parallele di restrizioni verticali simili che coprono più del 50% del mercato rilevante; ma tale facoltà deve materializzarsi attraverso apposito regolamento, circostanza che appare alquanto remota. Molto più incisiva della disapplicazione appare la possibilità di revoca del beneficio connessa ad una decisione che constati violazione dell'art. 101 FUE ad opera di un accordo verticale, considerato isolatamente o in combinazione con accordi simili attuati da fornitori o acquirenti concorrenti (c.d. effetti cumulativi)¹⁵.

5.- Esenzione individuale. Le intese verticali che non riescano a far leva sull'intreccio di presunzioni di cui si è detto, perché una delle parti dispone di una quota di mercato superiore al 30% o perché l'accordo contiene restrizioni incompatibili con la disciplina europea della concorrenza, vanno sottoposte –in prima approssimazione a livello di *self-assessment* ad opera dell'impresa interessata- ad un'analisi completa, individuale, non meccanica, che ne stabilisca

¹⁵ Cfr. *Consideranda* n. 13 Reg. 330/10 (nonché n. 14 per quanto attiene alla possibilità che la revoca sia disposta da un'Autorità nazionale di concorrenza), in conformità all'art. 29 Reg. 1/03.

l'attitudine a fruire dell'esenzione *ex art. 101(3)*. Quanto dire, insomma, che si naviga a vista, anche se non in un mare completamente sconosciuto. Gli Orientamenti provvedono, infatti, a scandire i principi di riferimento, a prospettare i possibili effetti positivi/negativi delle restrizioni verticali e a delineare il metodo di analisi.

5.1.- I principi di riferimento. Per quanto attiene ai principi di riferimento, occorre chiarire subito che l'impossibilità di valersi dei meccanismi dianzi esaminati non sbocca nell'esito opposto: non comporta, cioè, alcuna presunzione contraria d'incompatibilità con la disciplina di cui all'art. 101(1) FUE, che va viceversa saggiata, senza ipoteche pregiudiziali, sulla base di un esame caso per caso. Il principio testé enunciato soffre un'eccezione, con riguardo alle '*black clauses*' di cui si è detto in precedenza. Per esse vale, infatti, la presunzione d'incompatibilità, la quale non esclude la possibilità che, in concreto, sia dimostrata la funzionalità della restrizione ad un miglior assetto concorrenziale, ma comporta, per l'impresa che voglia perseguire questa traiettoria, un pesante fardello probatorio (v. Voce **ZAMPA**).

Sempre a livello d'inquadramento generale, gli orientamenti richiamano l'attenzione: *a)* sul ruolo cruciale del potere di mercato, spiegando che la probabilità del prodursi di un apprezzabile effetto anticompetitivo è connessa all'esistenza, in capo ad almeno una delle parti, di un potere di mercato (comunque minore, quanto a consistenza, di quello richiesto per configurare la sussistenza di una posizione dominante) che l'accordo verticale contribuisce a creare, rafforzare o rendere sfruttabile; *b)* sulla maggiore pericolosità di intese afferenti a prodotti o servizi che recano segni distintivi; *c)* sul possibile impatto del cumulo di restrizioni, che potrebbero amplificare, ben oltre la semplice sommatoria lineare, gli effetti pregiudizievoli della singola pratica; *d)* sulla durata della restrizione, che si presume pesi maggiormente quanto più protratta nel tempo.

5.2.- Effetti pregiudizievoli ed effetti positivi. Fra i possibili effetti negativi delle intese verticali va annoverata, innanzi tutto, la *foreclosure*, ossia la possibilità che la restrizione verticale sia impiegata per impedire o rendere più problematico l'accesso al mercato dei rivali: se, per esempio, i distributori s'impegnano a interfacciarsi con un solo produttore, i loro punti di vendita restano preclusi ai concorrenti (c.d. *raising rival costs*). Va messa altresì nel conto la possibilità che la pratica riduca la concorrenza *inter-brand*, facilitando la collusione fra fornitori, o quella *intra-brand*, con allentamento della rivalità fra soggetti facenti capo allo stesso fornitore. Nemmeno a dirlo, la Commissione iscrive, fra i possibili effetti distorsivi, la creazione di ostacoli al dispiegarsi dell'integrazione del mercato.

Sul versante degli effetti positivi, gli Orientamenti fanno leva sulla possibilità di impiegare accordi verticali al fine di arginare guasti da parassitismo, *free ride* (l'esclusività del rapporto, per intendersi, vale ad evitare che il dettagliante speculi sugli investimenti promozionali del produttore per promuovere la commercializzazione di prodotti di fornitori concorrenti) ovvero di propiziare l'apertura di nuovi mercati, dove l'impegno iniziale appare rischioso, salvo poi richiamare uno stuolo di operatori se e quando le cose volgono al meglio. Le restrizioni verticali possono altresì servire a salvaguardare la capacità di certificazione della qualità, a contenere le conseguenze delle imperfezioni nei mercati dei capitali, a gestire problemi di standardizzazione, a evitare aggravi 'doppia marginalizzazione' (che si materializzano laddove il distributore, fruendo di potere di mercato locale, pratici un sovrapprezzo distorsivo vuoi per il fornitore che per l'acquirente finale). E non va pretermesso il contributo (ad es., delle clausole di non concorrenza o di quelle che

impongono quantitativi di acquisto) ad arginare le tentazioni di *hold-up*, rinuncia all'investimento, del rivenditore nei confronti di un fornitore che abbia effettuato investimenti idiosincratici (o, a colpi di esclusiva, del fornitore nei confronti di un dettagliante, ad es. un *franchisee* alle prese con impegni su beni non riciclabili).

5.3.- L'itinerario valutativo. Il metodo per la valutazione di compatibilità si articola su due passaggi cruciali. Va accertato, innanzi tutto, se la restrizione abbia rilevante impatto anticompetitivo e incorra, pertanto, nei rigori del divieto di cui all'art. 101(1) FUE. Se così è, andrà allora verificata la sua idoneità a produrre efficienze e invocare giustificazioni obiettive che inneschino l'esenzione di cui all'art. 101 (3) FUE.

Con riguardo al primo profilo, occorre tenere presente che le restrizioni verticali possono essere fra loro assai diverse e dare, quindi, luogo a effetti di tenore alquanto disomogeneo. Non a caso, gli Orientamenti dedicano la quasi totalità della loro seconda parte all'analisi di restrizioni specifiche, organizzata secondo una tassonomia innovativa, perché ispirata all'equivalenza degli effetti. Vengono così individuati i seguenti gruppi di intese:

- Monomarchismo (traduzione decisamente infelice della locuzione 'single branding'), categoria in cui rientrano approvvigionamento esclusivo, obbligo di non concorrenza, imposizione di volumi minimi di acquisto (attuata, eventualmente, attraverso l'applicazione di prezzi non lineari, quali sistemi di sconti condizionati e listini composti di due parti, ossia commissione fissa e prezzo per unità).
- Distribuzione esclusiva, col fornitore impegnato a diffondere il proprio prodotto per il tramite di un unico distributore in un determinato territorio.
- Attribuzione esclusiva di clientela.
- Distribuzione selettiva, in cui la limitazione del numero dei rivenditori dipende dal criterio fissato per la loro ammissione alla rete. Se puramente qualitativa, la selezione fondata su criteri oggettivi, necessaria per salvaguardare la qualità del prodotto e proporzionata a tale fine, sfugge al divieto, che scatta invece in relazione agli ulteriori e più diretti criteri di selezione quantitativa.
- Accordi di *franchising*.
- Accordi di fornitura esclusiva, in ragione dei quali il fornitore si obbliga a vendere i prodotti contrattuali a un unico acquirente.
- Accordi di pagamento anticipato per l'accesso, quali commissioni per garantire la presenza del prodotto, «*pay-to-stay fees*» o pagamenti per avere accesso alle campagne promozionali del distributore. Tali accordi, insieme a quelli di 'gestione per categoria' (mercé i quali il distributore affida a un fornitore la commercializzazione di una categoria di prodotti, comprensiva di quelli dei concorrenti), testimoniano della particolare attenzione dedicata dalla Commissione al crescente potere di mercato della grande distribuzione.
- *Tie-in*, o vendita abbinata.
- *RPM*.

Per ciascun gruppo di restrizioni gli Orientamenti delineano possibili scenari di danno competitivo, facendo leva su fattori quali: la natura dell'intesa; la posizione di mercato delle parti, dei concorrenti e dei compratori dei prodotti contrattuali; le barriere all'ingresso; il grado di maturità del mercato; il livello del traffico commerciale; la natura del prodotto (e quanto altro possa tornare utile all'analisi). Il passo successivo consisterà, dunque, nel valutare la plausibilità dello scenario di danno competitivo in vista delle caratteristiche fattuali del mercato.

Supponiamo, per meglio intendere il processo su delineato, di avere riguardo ad un accordo di fornitura esclusiva. Al riguardo, gli orientamenti spiegano che il principale effetto di una tale restrizione consiste nella preclusione del mercato ad altri acquirenti. Perché tale *foreclosure* si riveli davvero significativa, occorre che l'acquirente disponga di una rilevante quota di mercato a valle (e non a monte, con buona pace della nuova soglia introdotta dal Reg. 330/10), tale da consentirgli d'imporre a controparte produttrice un'esclusiva che tagli fuori altri compratori. L'effetto preclusivo risulta tanto più incisivo quanto maggiori sono portata e durata dell'accordo. Contano altresì la posizione di mercato dei concorrenti nel mercato a monte (posto che l'effetto negativo è più probabile nei confronti di rivali di dimensioni assai più ridotte), il contropotere negoziale dei fornitori, il livello della catena commerciale e la natura dei prodotti (preclusione meno probabile se il prodotto è intermedio e omogeneo). Dato questo quadro (che, peraltro, non considera il rischio di facilitazione di comportamenti collusivi e la riduzione della concorrenza *inter-brand*), una situazione caratterizzata dalla posizione marginale dell'acquirente nel mercato a valle e dalla breve durata dell'obbligo esclusivo dovrebbe indurre a propendere per la sostanziale irrilevanza della restrizione competitiva.

Ove, invece, sia stata monitorata una consistente incidenza negativa sull'assetto concorrenziale, bisognerà considerare la possibilità di integrare le quattro condizioni necessarie per valersi dell'esenzione di cui all'art. 101(3) (v. voci **OSTI e voce ZAMPA**). Tocca alle imprese interessate dimostrare che la restrizione attiva efficienze sostanziali e spiegare perché essa sia indispensabile per apportare benefici ai consumatori senza eliminare la concorrenza. Anche su questo versante gli Orientamenti s'incaricano di indicare, per ciascuno dei gruppi di pattuizioni su ricordate, le possibili ricadute efficientistiche. Per tornare al nostro esempio di fornitura esclusiva, i vantaggi di efficienza vengono individuati nel contributo a risolvere problemi di *hold-up*, mentre poco credito riscuote la giustificazione fondata sul conseguimento di economie di scala a livello di distribuzione, anche in vista dell'opportunità di approdare allo stesso risultato ricorrendo alla meno penalizzante alternativa di un obbligo di fornitura minima.

Nell'impossibilità di spingersi più oltre, dato il carattere risolutamente fattuale dell'indagine da svolgere caso per caso, non sarà inutile ricordare come molte delle giustificazioni obiettive per le restrizioni verticali si fondino su prospettazioni comportamentali (incentivi all'investimento per l'acquirente, nel caso della fornitura esclusiva) piuttosto che su dati strutturali: quanto basta per rendere problematica la loro prova, a fronte del presumibile scetticismo delle autorità preposte all'*enforcement* antimonopolistico.

6.- Vendite *on-line*. Il Reg. 330/10 (come già il suo predecessore, ma in un'epoca in cui il fenomeno era agli albori) nulla dice sulle vendite *on-line*: ad esse deve applicarsi, per conseguenza, la disciplina a valere per tutte le restrizioni verticali, segnatamente per quanto attiene alle clausole proscritte dall'art. 4 (b) sulle limitazioni di territorio e clientela (con eccezione per il divieto di

vendite attive nei contratti di distribuzione esclusiva) e dall'art. 4 (c) sulle limitazioni di vendite attive e passive a utilizzatori finali nei sistemi di distribuzione selettiva. Senonché, l'insufficienza delle scarse indicazioni disponibili per l'addietro¹⁶ e l'animato dibattito accesi nell'imminenza del varo della nuova disciplina hanno indotto la Commissione a dettare, negli Orientamenti, un'assai più dettagliata disciplina, che finisce, sotto certi profili, per correggere il tiro rispetto all'impostazione generale.

6.1.- Pro e contro la commercializzazione in *internet*. La crescita esponenziale dell'*e-commerce* ha esacerbato le criticità conseguenti alla possibilità, per le imprese che gestivano reti di distribuzione selettiva, di imporre criteri di ammissione –uno per tutti, la previa gestione di un punto di vendita tradizionale- atti a tagliar fuori distributori operanti soltanto in rete (“*pure internet players*”). La linea di resistenza alle molte pressioni miranti alla piena liberalizzazione delle vendite *on-line* si fondava sul pericolo, ventilato con particolare veemenza dai produttori di beni di marca (in particolare, articoli di lusso, cosmetici, prodotti di alta tecnologia etc.), che la commercializzazione in rete potesse sfruttare –e, alla fine, sterilizzare- gli sforzi promozionali, particolarmente importanti per queste tipologie di prodotti, ad opera del commercio tradizionale. I produttori –così correva l'argomento principe- che si avvalgono di sistemi di distribuzione esclusiva/selettiva dovrebbero poter controllare le vendite in *internet* con le stesse tecniche utilizzate per le reti fisiche di rivenditori (sino a poter escludere soggetti, come *eBay*, operanti solo sul versante del commercio elettronico); e proprio questa eventualità veniva denunciata come minaccia incombente dai protagonisti dell'*e-commerce*¹⁷. Al termine di un tormentato braccio di ferro è emersa una linea di compromesso, che rischia di scontentare un po' tutti. In prima battuta, gli Orientamenti, al § 52, esprimono un inequivoco *favor* per la commercializzazione *on-line*, in vista della sua capacità di raggiungere clienti altrimenti inaccessibili, e mettono in chiaro come talune limitazioni all'uso di *internet* vadano trattate alla stregua di restrizioni alla (ri)vendita, evidentemente proscritte. Questa formulazione di massima apre la via ad una serie di indicazioni assai minuziose (e controvertibili).

6.2.- Vendite passive e attive. Dissipando talune delle incertezze pregresse, gli Orientamenti iscrivono come vendite passive la più parte delle modalità di commercializzazione in rete: la creazione/utilizzazione di un sito, il contatto attivato dal cliente, la sua richiesta di informazioni a venire, la scelta delle lingue utilizzate nel sito¹⁸. La dicotomia 'vendite attive/passive' viene

¹⁶ Le linee-guida del Reg. 2790/99 consentivano, ai fornitori con quota di mercato inferiore al 30% che facessero ricorso alla distribuzione selettiva, di imporre anche ai rivenditori *on-line* vincoli qualitativi, compreso quello di associare a tale tipo di commercializzazione quella attuata attraverso un negozio fisico e finanche di escludere *in toto* il sistema di vendita in *internet* in presenza di una giustificazione oggettiva, quale la necessità che gli operatori *on-line* si avvantaggiassero parassitariamente degli investimenti e dell'assistenza post-vendita effettuati da chi gestisce un punto di vendita tradizionale. Al di fuori della distribuzione selettiva, la restrizione delle vendite passive (peraltro definite in modo assai incerto) veniva invece riguardata alla stregua di una forma di compartimentazione dei mercati.

¹⁷ Per inciso, si è fatta valere anche l'argomentazione contraria, a tenore della quale *internet* potrebbe mitigare i costi dell'informazione necessaria alla migliore commercializzazione dei prodotti, con massima opportunità di monitoraggio da parte del produttore (il che rispingerebbe i rilievi cennati nel testo sul solo versante degli articoli la cui vendita richiede un'esperienza sensoriale; e, in prospettiva aziendalistica, si è osservato che il *free riding* potrebbe funzionare all'incontrario, con i clienti impegnati nell'esplorazione del *web* prima di recarsi nei punti di vendita fisici.

¹⁸ Opzione ora avallata, sia pure con riguardo alla regolamentazione previgente, da Corte giust. 13 ottobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Demo Cosmétique*, su questione pregiudiziale sollevata dall Cour d'appel de Paris, che si è pronunciata il 31 gennaio 2013, confermando l'originaria decisione (n. 08-D-25, in data 29 ottobre 2008) dell'allora

rafforzata, a favore delle seconde, mercé l'individuazione di quattro restrizioni *hard-core*, che implicano presunzione d'incompatibilità col divieto di cui all'art. 101(1):

- clausole che impediscono a clienti dislocati in un territorio (esclusivo) di visualizzare il sito dell'esclusivista di altro territorio o che prevedono il reinstradamento automatico dei clienti verso il sito del produttore o di altri distributori;
- accordo per interrompere le transazioni con i consumatori ove risulti dai dati della carta di credito che il loro indirizzo non si trova nel territorio (esclusivo) del distributore;
- limitazione dell'ammontare complessivo di vendite che possono essere realizzate *on-line*;
- accordo in forza del quale il distributore si obbliga a pagare un prezzo più elevato per i prodotti destinati ad essere rivenduti *on-line*.

Mette conto rilevare come, per questa via, il mondo dell'*e-commerce* veda precluse strategie che possono viceversa essere legittimamente perseguite nell'ambito della distribuzione tradizionale. La discriminazione così attuata desta molti interrogativi. Di là dalle perplessità di ordine economico, consistenti riserve si appuntano sul carattere sostanzialmente innovativo di (almeno) talune delle restrizioni fondamentali testé indicate appaiono affatto innovative, ciò che vale a renderle impraticabili a livello di *soft law* (cui pertiene lo strumento delle linee direttrici). E' vero, infatti, che la Commissione si richiama all'art. 4 (b) Reg. 330/10, e quindi alla compartimentazione del mercato e della clientela; ma non c'è chi non s'avveda che restrizioni quali quelle pertinenti all'ammontare delle vendite *on-line* e al differenziale di prezzo non hanno alcuna parentela con tale previsione normativa.

Vengono invece assimilati alle vendite attive, che possono essere soggette a restrizione se rivolte a territori o clientela riservati in esclusiva ad altri distributori, la pubblicità specificamente indirizzata (es., *banner* che mostrino un collegamento territoriale su siti di terzi) e, più in generale, gli sforzi compiuti per risultare reperibili in un determinato territorio o da un determinato gruppo di clienti.

6.3.- Standard qualitativi per gli operatori in rete. La contropinta di quanti paventavano il pericolo di sciacallaggio nei confronti dei negozi fisici, i soli reputati in grado di fornire i servizi post-vendita richiesti dai clienti e necessari per sostenere la commercializzazione dei prodotti interessati, si è materializzata in un contrapposto nucleo di determinazioni, a tenore delle quali al fornitore è lasciata aperta la possibilità di esigere il rispetto di *standard* qualitativi in relazione all'uso di siti *internet* per la rivendita dei suoi beni: profilo, questo, di particolare importanza nei sistemi di distribuzione selettiva. A mo' di esempio, la Commissione addita la facoltà, per il fornitore, di subordinare l'ammissione di distributori alla propria rete alla disponibilità di punti di vendita "non virtuali"; o, ancora, di richiedere che l'uso, da parte dei propri distributori, di piattaforme di terzi per la commercializzazione dei prodotti oggetto del contratto sia conforme alle indicazioni del fornitore stesso.

6.4.- Una disciplina troppo analitica? Le ragioni per un trattamento delle vendite *on-line* diverso da quello riservato alla distribuzione tradizionale non sono ovvie. Con ogni probabilità, esse attengono al profilo dell'integrazione del mercato e al pericolo, controintuitivo rispetto alla

Conseil de la concurrence, di condanna per l'accordo di distribuzione selettiva che impediva l'attivazione di siti per la vendita *on-line*.

globalizzazione promossa da *internet* epperò non suscettibile di negazione pregiudiziale, che le opportunità offerte dalle nuove frontiere della tecnologia siano utilizzate per isolare i mercati.

Rimane, in ogni caso, l'impressione di un'eccessiva analiticità, esposta al rischio di tradursi in una rigidità ingiustificata alla luce delle ancora ridotte esperienze in materia.

7.- La distribuzione di autoveicoli. Il Reg. 461/10 ha segnato, sia pure con dilazione al 1° giugno 2013, la fine del regime particolaristico per gli accordi primari (tra produttori e distributori) in materia di distribuzione di autoveicoli. La disciplina settoriale permane, invece, per quanto attiene alla distribuzione di pezzi di ricambio e alla prestazione di servizi di riparazione e di manutenzione (c.d. mercato secondario, o *aftermarket*).

7.1.- Un riaccorpamento sofferto e scampoli di disciplina transitoria. La nuova disciplina dà corpo a un parziale movimento di ritorno, posto che quella previgente, ossia il Reg. 1400/02 sulle intese verticali stipulate nel settore automobilistico¹⁹, aveva rimosso il *favor* accordato ai costruttori di autoveicoli dai precedenti regolamenti d'esenzione (Reg. 123/85 e Reg. 1475/95), sostituendolo con un trattamento notevolmente più severo e restrittivo di quello riservato alle imprese attive in altri ambiti merceologici. Tale scelta era stata giustificata da una serie di fattori, tra i quali: *a*) l'esigenza di adeguare la disciplina di settore alla nuova filosofia comunitaria in tema di intese verticali; *b*) l'evoluzione registrata, nel comparto automobilistico; e, soprattutto, *c*) la constatazione del mancato raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal precedente regolamento, che non aveva garantito ai consumatori gli effetti benefici derivanti dal processo d'integrazione comunitaria²⁰.

Sin dai suoi albori, peraltro, il Reg. 1400/02 era parso contraddire la deriva liberalizzatrice in campo distributivo, lasciando intravedere vere e proprie distonie sistemiche, rivelatrici di una sorta di vocazione a indirizzare lo sviluppo e le condizioni di concorrenza del settore. Nessuna sorpresa, dunque, che la Commissione si sia indotta a tornare sui suoi passi. In un rapporto valutativo del 2008, essa ha dovuto prendere atto: *i*) del deludente impatto del regolamento sulla concorrenza *intra-brand*, con tanto di mancato raggiungimento dell'obiettivo d'incoraggiare la diversificazione dei modelli di distribuzione; *ii*) dell'infruttuosità del tentativo di promuovere la commercializzazione di marche diverse nel medesimo salone d'esposizione, escludendo gli obblighi di non concorrenza dal beneficio dell'esenzione per categoria, al duplice fine di garantire l'accesso dei costruttori al mercato e accrescere l'indipendenza e l'autonomia dei rivenditori; *c*) degli esiti a tutto concedere modesti delle norme concernenti la tutela contrattuale del distributore/contraente

¹⁹ Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in GU L 203 dell' 1.8.2002, p. 30–41.

²⁰ Relazione sulla valutazione del Reg. 95/1475 sull'applicazione dell'art. 85(3) del Trattato a certe categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e relativo servizio di assistenza alla clientela [COM (2000), 743 definitivo]. Nell'ottica della Commissione, gli elevati differenziali di prezzo tra gli Stati membri, solo in parte giustificati da diversi livelli di tassazione, apparivano il frutto di un livello di concorrenza insufficiente e della compartimentazione del mercato interno, cui il previgente regime non aveva posto rimedio. I comportamenti illeciti attuati, negli anni precedenti la riforma del 2002, da alcuni costruttori — che avevano ostacolato le vendite transfrontaliere, in aperta violazione del dogma dell'integrazione dei mercati nazionali [Commissione 10 ottobre 2001, COMP/36.264, *Mercedes Benz*, parzialmente annullata da Trib. I grado 15 settembre 2005, T-325/01; Commissione 20 settembre 2000, COMP/36.653, *Opel Nederland/General Motor Nederland*; Commissione 28 gennaio 1998, IV/35.733, *Volkswagen*, decisione confermata da Trib. I grado 6 luglio 2000, T-62/98, salva la riduzione dell'importo della sanzione; la sentenza del Trib. I grado è stata confermata da Corte giust. 18 settembre 2003, C-338/00] — avevano acuito la segmentazione del mercato comune, rafforzando la determinazione dell'esecutivo comunitario a rinnovare la disciplina di settore, per promuovere la convergenza dei prezzi nell'Unione.

debole. Il rapporto si concludeva col riconoscimento che le disposizioni devianti rispetto al solco della disciplina generale in materia di intese verticali risultavano “eccessivamente rigide, troppo complesse e/o ridondanti”, sì che “un approccio più basato sugli effetti e flessibile avrebbe propiziato risultati migliori per i consumatori”. Di qui l’auspicio per il riaccorpamento alla disciplina generale sulle intese verticali: che peraltro, come già ricordato, si è verificato, per quanto riguarda il mercato primario, solo dopo un triennio di transizione, durante il quale la Commissione ha avallato, sia pure a tempo determinato, un pacchetto di previsioni che si erano dimostrate inefficaci, quando non “*cost inducive*” (si pensi all’implausibile *multi-branding* o ai “punti di vendita addizionali”, inutilmente concepiti come mezzi per aprire nuovi mercati e promuovere la concorrenza *intra-brand*).

7.2. - Disciplina settoriale degli *aftermarkets*. Per gli accordi verticali inerenti la distribuzione di pezzi di ricambio e per la fornitura di servizi di riparazione e di manutenzione la nuova disciplina è entrata in vigore dal 1° giugno 2010, “in modo da continuare a garantire un’adeguata tutela della concorrenza sui mercati dei servizi di assistenza post-vendita per autoveicoli” (*considerando* n. 19). In questo settore, infatti, il Reg. 1400/02 aveva conseguito risultati più soddisfacenti, contribuendo a salvaguardare la capacità competitiva degli operatori non appartenenti alle reti ufficiali, mercé l’agevolazione dell’accesso alle informazioni tecniche, alle apparecchiature e ai pezzi di ricambio.

Il Reg. 461/10 ha inteso preservare e, per certi profili, completare il quadro previgente. Gli accordi verticali relativi ai mercati secondari fruiscono di esenzione se:

- I) non contengono una delle restrizioni fondamentali di cui all’art. 5 Reg. 461/10, ossia: *a*) restrizione delle vendite di ricambi da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a riparatori indipendenti che li usino per riparare o mantenere un autoveicolo; *b*) restrizione, concordata fra un fornitore di parti di ricambio (e relativa attrezzatura) e un fabbricante di autoveicoli, della possibilità, per il primo, di vendere tali beni o servizi a distributori o riparatori indipendenti o a utilizzatori finali; *c*) restrizione, concordata tra un fabbricante che usa componenti nell’assemblaggio degli autoveicoli e il fornitore di dette componenti, della possibilità, per quest’ultimo, di imprimere il proprio marchio o logo sulle parti fornite;
- II) si conformano all’art. 4 del Reg. 330/10. Con riguardo alle reti autorizzate di assistenza e riparazione, peraltro, il superamento della soglia del 30% è pressoché inevitabile, posto che, a parere della Commissione, l’*aftermarket* dell’assistenza è tendenzialmente monopolistico perché limitato ai veicoli di una singola marca. A conti fatti, ciò porta alla conclusione, al limite del paradossale, che gli accordi relativi non possono fruire di esenzione per categoria e devono assoggettarsi a procedura individuale²¹.

Ai sensi dell’art. 6 Reg. 461/10 –e sulla falsariga dell’analoga previsione contenuta nell’art. 6 del Reg. 330/10-, la Commissione si riserva di dichiarare l’inapplicabilità del regolamento stesso agli accordi verticali a base di reti parallele di restrizioni similari che coprano più del 50% del mercato rilevante.

²¹ Cfr. Commissione 13 settembre 2007, COMP/E- 2-39.140 a 143, *Daimler_Chrysler, Fiat, Toyota, Opel*, nonché Orientamenti, § 57.

Roberto Pardolesi

Bibliografia:

D. GERADIN - A. LAYNE-FARRAR - N., PETIT, *EC Competition Law and Economics*, Oxford, 2012; F. WUCHMANS – F. TUYTSCHAEVER, *Vertical agreements in EU competition law*, Oxford, 2011; A. JONES - B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Oxford, 2008; M. MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge, 2004; R. J. VAN DEN BERGH – P. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, London, 2006 I. VAN BAELE - J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005; R. WHISH, *Competition Law*, London, 2003; S. BISHOP - M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2002; V. KORAH – D. O’SULLIVAN, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Oxford e a., 2002.

E. Z. ZEYGOLIS, “Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: legal certainty versus economic theory?” *European Competition L. Rev.* 2013 (34), 25; V. H.S. E. ROBERTSON, “Online sales under the European Commission’s block exemption regulation on vertical agreements” (part 1), *European Competition L. Rev.*, 2012 (33), 132, e (part 2), *ibid.*, 179; R. Subiotto - C. Dautricourt, “The Reform of European Distribution Law”, *World Competition*, 34 (1), 2011, 11; G. FAELLA, “Adelante con juicio: limiti e occasioni perse della nuova esenzione per categoria delle intese verticali”, *Mercato Concorrenza Regole*, 2011, 29; B. CARUSO, “Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l’analisi economica e le modifiche mancate”, *Concorrenza e mercato*, 2011, 765; R. SICCA, “Il nuovo regolamento generale di esenzione degli accordi verticali: elementi innovative e interessi in gioco”, *Concorrenza e mercato*, 2011, 811; M. BRENNING-LOUKO - A. GURIN - L. PEEPERKORN - K. VIERTIÖ, “Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade”, *Competition Policy Newsletter*, 2010, (2), 14; S.M. COLINO, “Recent changes in the regulation of motor vehicle distribution in Europe –Questioning the logic of sector-specific rules for the car industry”, *Competition L. Rev.*, 2010 (6), 203; G. M. PELECANOS, “Europe’s Reform of the Regulatory Framework of Motor Vehicle Distribution”, *CPI Antitrust J.*, April 2010 (1); I. LIANOS, “New Kids on the Block: Retailer-driven Vertical Practices and the New Regulation of Vertical Restraints in EU Competition Law”, *The CPI Antitrust Journal*, June 2010 (2); M. LAO, “Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and Free Rider Issues”, *Antitrust Bulletin*, 55 (2), 2010, 473; G. T. GUNDLACH - J.P. CANNON - K. MANNING, “Free Riding and Resale Price Maintenance: Insights from Marketing Research and Practice”, *Antitrust Bulletin*, 55 (2), 2010, 381; G. BRUZZONE –A. SAJA, “Le regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche”, *Contratto e impresa/Europa*, 2010, 635; P. MARSDEN – P. WHELAN, “Selective distribution in the age of online retail”, *European Competition L. Rev.*, 2010 (31), 26; I. LIANOS, “The Vertical Horizontal Dichotomy in Competition Law: Some Reflections with Regard to Dual Distribution and Private Labels”, *Private Labels, Brands and Competition Policy* (a cura di A. Ezrachi – U. Bernitz,) Oxford, 2009, 161; I. LIANOS, “Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC”, *Common Market Law Review*, 45 (4), 2008, 1027; G. FAELLA, “Le intese verticali”, *Trattato dir.priv. UE. La concorrenza*, a cura di A. Frignani e R. Pardolesi, Torino, 2006, 105;; B. E. HAWK B.E., “System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law”, *Common Market Law Review*, 32 (4), 1995, 973; L. G. TELSER, “Why should manufacturers want fair trade?”, *The Journal of Law & Economics*, 3, 1960, 86-.