

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

L'emanazione dei regolamenti di esenzione per categoria. Gli accordi verticali.

Filomena Chirico

Coordinamento: A. Papa Malatesta

Giugno 2001

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

<u>1. INTRODUZIONE</u>	2
<u>2. ANALISI ECONOMICA DELLE INTESE VERTICALI</u>	3
<u>3. DIRITTO COMUNITARIO E INTESE VERTICALI</u>	8
<u>4. ITER DELLA RIFORMA</u>	15
<u>5. LA NUOVA DISCIPLINA DELLE RESTRIZIONI VERTICALI: PRINCIPI GENERALI</u>	18
<u>6. SEGUE: AMBITO DELL'ESENZIONE</u>	19
<u>7. SEGUE: LE CLAUSOLE VIETATE</u>	22
<u>8. SEGUE: LA QUOTA DI MERCATO</u>	25
<u>9. SEGUE: MECCANISMO DELL'ESENZIONE</u>	26
<u>10. OSSERVAZIONI</u>	29

1. Introduzione

Venendo ora all'analisi del regolamento di esenzione 2790/2000¹, è bene premettere che col termine intese verticali si vuole far riferimento agli accordi conclusi tra imprese operanti a differenti stadi della catena produttiva e che hanno ad oggetto le condizioni di acquisto, vendita e rivendita; se tali accordi hanno attitudine a restringere la concorrenza, si parla più specificamente di "restrizioni" verticali.

Il citato regolamento vede la luce dopo diversi anni di proposte e discussioni per disciplinare in maniera uniforme a livello comunitario tutte le restrizioni verticali poste in essere dalle imprese: entrato in vigore il 1° gennaio 2000, ha, infatti, sostituito a partire dal successivo 1° giugno² i precedenti regolamenti che avevano per oggetto solo alcuni specifici tipi di accordi

¹ Regolamento n. 2790/1999 del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CEE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, cit..

² Cfr. l'art. 13 del regolamento 2790/1999.

verticali, quali quelli di distribuzione esclusiva³, di acquisto esclusivo⁴ e di *franchising*⁵.

L'applicazione di tale regolamento è accompagnata da una serie di linee direttrici o *Guidelines*⁶, attraverso le quali la Commissione ha voluto fornire alle imprese uno strumento «per valutare autonomamente gli accordi verticali alla luce delle regole di concorrenza comunitarie»⁷. In sostanza, le Linee Guida della Commissione sono finalizzate ad indirizzare l'interprete nell'applicazione del regolamento agli accordi rientranti nell'ambito delle previsioni dello stesso, ed, allo stesso tempo, nel trattamento degli accordi che ne restano esclusi.

Nelle intenzioni della Commissione, regolamento e *Guidelines* dovrebbero rappresentare una riforma sostanziale nell'applicazione del diritto antitrust agli accordi verticali, in quanto costituirebbero un superamento dell'approccio settoriale finora seguito, una semplificazione delle procedure e degli adempimenti delle imprese e un importante passo avanti per il raggiungimento dell'obiettivo della maggior certezza del diritto.

2. Analisi economica delle intese verticali

Molto si è dibattuto, nel corso del tempo, sulla possibilità e sull'opportunità di assoggettare le restrizioni verticali al divieto di intese. Il problema centrale è stato, come lo è ancora, quello di dimostrare, in base a considerazioni di carattere economico, la natura anti-competitiva o pro-competitiva di un tipo di accordi conclusi non tra soggetti in diretta concorrenza, ma tra imprese operanti a stadi diversi della catena produttiva - soprattutto produttori e distributori - considerando, in particolare, le motivazioni che spingono le imprese a ricorrere a tali accordi, le condizioni di mercato in cui essi si inseriscono, i loro effetti sulla concorrenza e sul benessere sociale.

³ Regolamento n. 1983/83 del 22 giugno 1983 cit..

⁴ Regolamento n. 1984/83 del 22 giugno 1983 cit..

⁵ Regolamento n. 4087/88 del 30 novembre 1988 cit..

⁶ Le Guidelines, come già detto, sono pubblicate in GUCE C 291 del 13.10.2000, pagina 1 nonché nel sito Internet della DG Concorrenza all'indirizzo: http://europa.eu.int/comm/competition/oj_extracts/2000_c_291_10_13_0001_0044_it.pdf.

⁷ Cfr. il par. 3 delle Guidelines.

Il produttore di un determinato bene può decidere di distribuirlo sul mercato utilizzando semplicemente propri agenti, quale “prolungamento” della propria struttura imprenditoriale, senza che tale comportamento ricada nelle maglie della legislazione antitrust⁸, come anche le Autorità comunitarie hanno mostrato di ritenere⁹.

Tuttavia, spesso i produttori ritengono più proficuo fare ricorso a distributori esterni, con cui stipulano appositi contratti arricchiti di diverse clausole restrittive, ed è proprio in relazione a questi accordi che si possono porre problemi concorrenziali.

I tipi più comuni di restrizioni verticali sono:

- la fissazione di prezzi di rivendita (in inglese *Resale Price Maintenance* o RPM): il produttore impone ai rivenditori un prezzo fisso, massimo o minimo o si limita a raccomandare un determinato prezzo di rivendita;

- le clausole di esclusiva: il produttore concede ai propri distributori l'esclusiva relativamente ad un certo territorio o ad una particolare categoria di consumatori (distribuzione esclusiva), ovvero impone loro di approvvigionarsi soltanto da lui (acquisto esclusivo, tipico degli accordi di distribuzione dei carburanti o di birra);

- la selezione dei distributori: il produttore limita il numero di distributori autorizzati alla vendita di un certo prodotto, rifiutandosi di rifornire soggetti non rientranti nella propria rete (come avviene, ad esempio, nel settore dei cosmetici);

- l'imposizione di quantitativi minimi di acquisto da parte dei distributori;

- le clausole leganti, con cui si impongono contrattualmente ai distributori la vendita abbinata di prodotti o l'acquisto dell'intera gamma del produttore;

⁸ Osserva POSNER (*Antitrust Law*, Chicago 1976, p. 196), che se ogni operazione di integrazione verticale fosse ritenuta “attività sospetta” ai sensi della legge antitrust, a causa dei suoi possibili effetti di limitazione della concorrenza, tutte le attività commerciali si troverebbero addosso l'ombra di una potenziale responsabilità antitrust. In altre parole, ogni espansione dell'impresa che comportasse una riduzione della concorrenza dovrebbe essere sottoposta ad attenta analisi delle autorità antitrust.

⁹ Decisione della Commissione nel caso IV/24055 Kodak del 30.6.1970, in GUCE L 147 del 7.7.1970, p. 24. Decisione del caso Viho del 15.7.1992, e sentenza del TPG del 12.1.1995, causa T-102/92, in Racc. 1995, p. II-17.

- l'imposizione di obblighi di fornire servizi pre- o post-vendita o di praticare determinate offerte promozionali.

L'interesse economico all'imposizione di simili obblighi discende dall'esigenza di risolvere alcune inefficienze che possono sorgere nel processo di fornitura o distribuzione, a causa da un lato delle azioni dei distributori intese a massimizzare i loro profitti anche a danno del produttore-fornitore, e dall'altro a causa della concorrenza degli altri produttori.

Un primo esempio di comportamento inefficiente è rappresentato dalla c.d. «doppia marginalizzazione». In particolare ciò si verifica quando i distributori, detentori di un certo potere di mercato, tenendo comportamenti indipendenti rispetto ai produttori, praticano un prezzo di vendita superiore alla somma del costo d'acquisto e del costo marginale di distribuzione; in altre parole, viene applicato un doppio *mark-up* che porta all'aumento del prezzo finale di rivendita. Tale comportamento riduce i profitti del produttore¹⁰ ma causa anche una perdita a livello di benessere sociale, in quanto induce una riduzione della domanda del bene considerato.

Un secondo esempio di inefficienza si può verificare a seguito del normale comportamento concorrenziale dei distributori: questi, infatti, sono portati a ridurre il prezzo di rivendita per fronteggiare i concorrenti; tuttavia, ciò può avere come effetto una riduzione dei loro profitti tale da ridurre il numero dei soggetti interessati a distribuire il prodotto in un determinato territorio. Tale conseguenza può rendere insufficiente l'offerta del prodotto sul mercato in questione¹¹.

Un'altra inefficienza che comunemente si verifica in assenza di accordi verticali, è il c.d. *free ride* poiché i singoli distributori ricevono una esternalità positiva¹² dall'attività promozionale e dai servizi aggiuntivi forniti dai

¹⁰ Dal punto di vista del produttore, il mantenimento di prezzi bassi e le strategie pubblicitarie adeguatamente poste in essere da parte dei distributori producono una esternalità positiva, in quanto il produttore viene avvantaggiato da ogni unità in più di prodotto che viene venduta in conseguenza di tali comportamenti. Pertanto, il produttore ritiene non convenienti i rialzi dei prezzi praticati dai distributori.

¹¹ Anche in questo caso, oltre all'interesse del produttore ad una più capillare penetrazione del suo prodotto sul mercato, vi potrebbe essere anche l'esigenza di evitare la riduzione del benessere sociale conseguente ad un eccessivo indebolimento dell'offerta.

¹² Cioè vedono aumentare le proprie vendite. Il riferimento è alle considerazioni svolte da TELSER "Why should manufacturers Want Fair Trade?", in *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, pp. 86-103.

concorrenti, è interesse dei rivenditori approfittare del fatto che altri hanno sostenuto i costi per la pubblicità del proprio prodotto. La conseguenza di tale ragionamento potrebbe essere un livello troppo basso di propaganda e di servizi offerti. Anche in questo caso, ne può derivare una riduzione del benessere sociale.

Una situazione riconducibile a quella appena descritta, è quella del *free ride* di «certificazione», in cui alcuni distributori approfittano della convinzione che si è ingenerata nei consumatori che il prodotto sia di alta qualità, per il fatto che è venduto da soggetti particolarmente qualificati¹³.

Altra esternalità negativa – dal punto di vista del produttore – può derivare dalla scelta circa l'ubicazione dell'impresa del rivenditore che può concretarsi in una barriera all'ingresso: un distributore, infatti, in assenza di specifici vincoli, si comporterà in modo da massimizzare il proprio profitto collocando la propria attività sufficientemente distante dagli altri rivenditori, ma non abbastanza da rendere vantaggioso l'ingresso sullo stesso mercato di nuovi entranti, a causa della presenza di costi non recuperabili. Da ciò può conseguire una «densità sub-ottimale» di distributori¹⁴.

Le inefficienze appena descritte riguardano la concorrenza che si svolge tra distributori di una stessa marca (*intra-brand*); ci sono, però, inefficienze che possono riguardare la concorrenza che si fanno gli stessi produttori, e quindi tra marche diverse (*inter-brand*).

Infatti, ad esempio, i produttori affrontano spese per investimenti a favore dei distributori al fine di aumentarne il volume delle vendite o di ridurne i costi: ricerche di mercato, informazioni sui potenziali clienti, supporto tecnico. Ciò, tuttavia, può andare a vantaggio anche delle marche concorrenti vendute dal medesimo distributore, con la conseguenza di creare un problema di *free ride* a vantaggio di fornitori di prodotti concorrenti che si avvantaggiano delle spese da altri sostenute e possono di conseguenza mantenere prezzi inferiori. Ciò può anche costituire un disincentivo per i produttori ad effettuare simili investimenti.

¹³ È la tesi esposta da MARVEL e MCCAFFERTY "Resale Price Maintenance and Quality Certification", in *Rand Journal of Economics*, 1984, vol. 15, pp. 346-359.

¹⁴ Cfr., ad esempio, le osservazioni di WATERSON "On Vertical Restraints and the Law: A Note", in *Rand Journal of Economics*, 1988, vol. 19, pp. 293-297.

Sempre dal punto di vista dei produttori la concorrenza tra marche diverse produce l'effetto di abbattere i profitti, effetto che sarà tanto più forte, quanto più i prodotti concorrenti saranno dai consumatori ritenuti sostituibili. Quest'ultima conclusione può essere più facilmente ingenerata se tali prodotti sono venduti da un medesimo distributore.

Per far fronte a ciascuna delle accennate esigenze, pertanto, si sono delineate peculiari fattispecie contrattuali tra produttori e distributori contenenti una serie di vincoli per le parti, in grado, in determinati casi, di restringere la concorrenza.

Così, per evitare il fenomeno della «doppia marginalizzazione», possono essere utili le clausole che fissano limiti quantitativi o soglie di prezzo; la fissazione dei prezzi di rivendita (RPM), invece, si rivela efficace sia per evitare la concorrenza «dannosa» tra rivenditori, sia per prevenire i fenomeni di *free ride*, sia per raggiungere un livello ottimale ed economie di scala nella distribuzione. Anche le clausole di esclusiva si rivelano molto utili per eliminare il problema del *free ride* dei rivenditori e dei produttori concorrenti e quello della concorrenza «dannosa».

Tuttavia, le differenti restrizioni che possono essere disposte per fronteggiare i descritti problemi nella fornitura e nella distribuzione, sono viste con occhio diverso dalle autorità antitrust, in considerazione dei differenti effetti prodotti sulla concorrenza e sul benessere sociale. Infatti, se è vero che vi è un legittimo interesse delle parti all'imposizione di restrizioni verticali, quando rendono possibile "internalizzare" oppure evitare una esternalità, è altrettanto vero che non sempre gli effetti in termini di benessere generale saranno necessariamente positivi o, quantomeno, tali da bilanciare gli effetti negativi della riduzione della competizione.

Le restrizioni verticali, infatti, hanno l'attitudine a ridurre la concorrenza *intra-brand* e possono arrecare pregiudizio anche a quella *inter-brand*; inoltre, contribuiscono a creare preclusioni del mercato e barriere all'ingresso¹⁵.

¹⁵ A ciò, dal punto di vista del diritto comunitario, va aggiunto il rischio di compartimentazione dei mercati nazionali, effetto che in particolare le esclusive territoriali sono atte a produrre, e che la politica comunitaria, anche antitrust, ha sempre avversato. Si v. infatti la giurisprudenza della Commissione e della Corte di Giustizia, nonché il testo delle *Guidelines* che in più punti sottolineano questo aspetto negativo delle intese verticali (ad esempio, cfr. i paragrafi 103 e ss.)

Ad esempio, gli accordi di distribuzione esclusiva o di distribuzione selettiva¹⁶ pregiudicano la concorrenza all'interno del marchio, in quanto riducono il numero dei distributori del prodotto. Inoltre, la riduzione del numero dei rivenditori agevola le pratiche collusive. Ne può derivare anche un indebolimento della concorrenza tra marche.

È evidente, inoltre, come l'imposizione dei prezzi di rivendita (RPM) elimini quello che è il cuore della concorrenza, ossia la possibilità di una competizione fondata sui prezzi¹⁷, con grave pregiudizio per i consumatori.

Gli obblighi di non concorrenza, l'imposizione di quantitativi minimi di acquisto, le vendite abbinata, che inducono il rivenditore a rifornirsi presso un unico produttore, hanno l'effetto di precludere l'accesso al mercato agli altri fornitori, di favorire il consolidarsi delle quote di mercato detenute e conseguentemente di agevolare le pratiche collusive. Ne risulta una riduzione della concorrenza *interbrand* a livello dei singoli rivenditori.

3. Diritto comunitario e intese verticali

Nei primi anni di applicazione delle regole di concorrenza comunitarie non era chiaro se il divieto di intese restrittive di cui all'art. 81 (ex art. 85) riguardasse anche le c.d. intese verticali. Si sosteneva in particolare che, a rigore, tali accordi non essendo stipulati tra imprese in competizione tra loro, non erano idonei a restringere la concorrenza, come invece avveniva in caso di intese «orizzontali» e che tutt'al più, ricorrendone i presupposti, avrebbero potuto essere assoggettati al disposto dell'art. 82 (ex 86) del Trattato, relativo all'abuso di posizione dominante.

Le autorità comunitarie, tuttavia, si sono mostrate di avviso diverso. Infatti, la Commissione e la Corte di Giustizia hanno sempre interpretato l'art. 81 in maniera estensiva, aderendo alla dottrina della «economic freedom»¹⁸

¹⁶ La distribuzione selettiva, infatti, è stata considerata una forma più blanda di distribuzione esclusiva. Cfr. BIRO – FLETCHER “The EC Green Paper on Vertical Restraints: an Economic Comment”, in *ECLR* 1998, n. 3, p. 133

¹⁷ Se sono chiare le conseguenze negative dell'imposizione di prezzi minimi, non altrettanto immediata è l'individuazione degli effetti della semplice indicazione di prezzi “raccomandati” o massimi. Infatti, la politica recente della Commissione è nel senso di non condannare questo tipo di accordi.

¹⁸ Sul punto, v. RILEY “Vertical Restraints: a revolution?”, in *ECLR* 1998, n. 8, p. 483

incentrata sul controllo dei comportamenti degli operatori del mercato, con la conseguenza che potenzialmente ogni contratto, vincolando la condotta delle parti, poteva essere considerato una restrizione della concorrenza.

Gli accordi verticali, pertanto, ancorché riconosciuti meno pregiudizievole per la concorrenza rispetto a quelli orizzontali, sono stati comunque assoggettati al divieto di intese restrittive: la concorrenza all'interno della stessa marca doveva essere assicurata come quella tra marche diverse, anche se l'approccio poteva essere più blando.

La Corte di Giustizia ha consacrato tale impostazione nella storica sentenza *Grundig-Consten*¹⁹. In questa pronuncia, infatti, la Corte ha osservato che né il tenore dell'art. 81, né quello dell'art. 82 potevano giustificare una «specializzazione» delle due norme del Trattato «in funzione dello stadio economico al quale i due contraenti operano»: l'art. 81 non fa, infatti, alcuna distinzione tra imprese concorrenti allo stesso stadio economico e imprese non concorrenti.

La Corte ha inoltre delineato tutti i possibili rischi per la concorrenza che possono discendere da un'intesa verticale. Ha, infatti, precisato che «la concorrenza può essere alterata... non solo da accordi che la limitano tra le parti, ma anche da accordi che impediscono o restringono la concorrenza che potrebbe aver luogo tra una di esse e i terzi». Infatti non sarebbe da escludere che anche «un accordo tra operatori economici che agiscono in stadi diversi sia atto a pregiudicare il commercio tra Stati membri e nel contempo abbia ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, ricadendo, così sotto il divieto dell'articolo 85 paragrafo 1».

Gli accordi di distribuzione, infine, nell'analisi dei giudici di Lussemburgo, non sarebbero paragonabili alle ipotesi di integrazione verticale in cui un produttore si serve di propri rappresentanti per commercializzare il proprio prodotto: si tratterebbe, infatti, di situazioni giuridicamente distinte ed aventi valore differente, fondate su una mera «analogia economica – del resto incompleta», ed in contrasto con una norma fondamentale del Trattato, l'art. 81²⁰.

¹⁹ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 luglio 1966, *Consten e Grundig c/ Commissione*, cause riunite 56 e 58/64, in *Racc.* 1966, p. 458.

²⁰ Tutti i passi citati sono tratti dalla sentenza *Grundig-Consten* sopra citata.

Le autorità comunitarie, tuttavia, come si è già osservato, intendevano trattare gli accordi verticali con minor rigore rispetto a quelli orizzontali ed infatti già la Commissione si era fatta abilitare, con il noto regolamento 19/65²¹, ad occuparsi dell'esenzione di alcune categorie di intese verticali.

La prima attuazione della delega si è avuta con il regolamento 67/67²² relativo agli accordi di esclusiva, poi sostituito da due regolamenti distinti che si occupavano degli accordi di distribuzione esclusiva e di acquisto esclusivo n. 1983 e 1984/83²³. Nel 1988 è stato poi emanato il regolamento di esenzione degli accordi di *franchising*²⁴ n. 4087/88.

La posizione complessiva delle autorità comunitarie riguardo alle principali tipologie di restrizioni, è desumibile sia dai sopra citati regolamenti di esenzione, sia dalle pronunce della Commissione e della Corte di Giustizia

La clausola contrattuale che ha dato più da discutere alle autorità comunitarie è stata senza dubbio la clausola di esclusiva. A grandi linee, si può dire che il confine tra le esclusive lecite e quelle illecite è stato individuato in base al grado di protezione territoriale assicurato da tali clausole: ammessa la c.d. protezione territoriale relativa, vietata e non esentabile quella c.d. assoluta. Nel primo caso, l'esclusività riguarda solo il rapporto contrattuale tra il titolare del diritto e il concessionario: il titolare si impegna soltanto a non concedere altre licenze per la stessa zona e a non fare egli stesso concorrenza al concessionario nell'ambito di tale zona²⁵. In tal modo, gli acquirenti hanno la possibilità di ottenere i prodotti oggetto del contratto da fonti di approvvigionamento alternative. Nel secondo caso – di protezione territoriale assoluta – invece, il fornitore si impegna a proteggere il distributore anche dalla concorrenza degli altri concessionari, per esempio imponendo loro divieti di esportazione miranti a bloccare le importazioni parallele.

²¹ Regolamento del Consiglio del 2 marzo 1965 relativo all'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, in GUCE 36 del 6 marzo 1965, p. 533/65.

²² Regolamento n. 67/67 del 23 marzo 1967, in GUCE

²³ Con norme particolari per i settori della distribuzione della birra e della benzina.

²⁴ Tale regolamento definisce il contratto di *franchising* come quello "col quale un'impresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi".

²⁵ Tale definizione si rinviene anche nella sentenza della Corte di Giustizia Nungesser K.G. e Eisele c. Commissione CE, 8 giugno 1982, causa 258/78, in Racc. 1982, p.

L'origine della disciplina delle esclusive può rinvenirsi nelle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Grundig e Société Technique Minière²⁶. In esse, di fronte alla iniziale posizione di generale condanna da parte della Commissione di ogni tipo di esclusiva territoriale, la Corte di Giustizia ha posto alcuni punti fermi condannando decisamente le esclusive c.d. chiuse, ma negando che una esclusiva che attribuisse soltanto una protezione territoriale relativa (c.d. esclusiva aperta) fosse atta a pregiudicare *per se* la concorrenza e il commercio intracomunitario²⁷. Pertanto non necessariamente tale ultimo tipo di clausole doveva essere considerato vietato dall'art. 81.1.

Si deve osservare, tuttavia, che la Commissione aveva comunque valutato positivamente le clausole di esclusiva aperta alla luce dell'art. 81.3, facendone oggetto di appositi regolamenti di esenzione²⁸ in cui la protezione territoriale – relativa – costituisce anzi un requisito per l'applicazione dell'esenzione all'accordo di distribuzione esclusiva.

Negli accordi di acquisto esclusivo, invece, nessuna protezione territoriale poteva essere disposta, a pena di inapplicabilità dell'esenzione²⁹. Per quanto riguarda l'esclusiva territoriale nei rapporti di franchising, invece, essa è stata generalmente ammessa³⁰.

²⁶ Sentenza della Corte del 30/6/1966 Société Technique Minière c/ Maschinenbau ULM, causa 56/65, in Racc. p. 262.

²⁷ La Corte di Giustizia ha infatti affermato nella sentenza Société Technique Minière appena citata, che perché l'art. 81.1 sia applicabile ad un accordo di esclusiva aperta, è necessario verificare che vi sia "un complesso di elementi oggettivi di diritto e di fatto" tale da far "ragionevolmente prevedere ch'esso possa esercitare un influsso diretto o indiretto, attuale o potenziale, sulle correnti di scambi tra Stati Membri, influenza atta ad ostacolare la realizzazione di un mercato unico tra detti Stati". Inoltre, per qualificare un tale accordo come restrittivo della concorrenza, "si deve tener conto in specie del rigore delle clausole che costituiscono l'esclusiva; la natura e la quantità dei prodotti che costituiscono oggetto dell'accordo; la posizione del concedente e quella del concessionario sul mercato dei prodotti di cui trattasi e il numero dei partecipanti all'accordo o, eventualmente, ad altri accordi facenti parte di uno stesso sistema".

²⁸ Prima il n. 67/67 e poi i due regolamenti separati per le esclusive di distribuzione e di acquisto, i nn. 1983 e 1984/83, già citati.

²⁹ In sostanza la Commissione ha inteso vietare gli accordi di esclusiva reciproca, in cui all'impegno del distributore di acquistare da un unico fornitore si affiancasse il corrispondente impegno di quest'ultimo a rifornire soltanto quel distributore all'interno di un determinato territorio. Cfr. l'art. 16 del regolamento 1984/83.

³⁰ Cfr. il regolamento 4087/88, art. 2, lett. a). Diversamente, nella sentenza Pronuptia de Paris GmbH c/ Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, causa 161/84, sentenza del 28/01/1986, in Racc. 1986, p. 353, la Corte di Giustizia ha affermato che la clausola di esclusiva in un rapporto di franchising ha carattere restrittivo, ma che comunque può

Al contrario, le esclusive che attribuiscono una protezione territoriale assoluta, o “chiuse”, sono sempre state considerate vietate dall’art. 81.1 e non suscettibili di esenzione ai sensi del 3° comma, in quanto si è sempre ritenuto che esse arrecassero pregiudizio ai terzi, quali gli importatori paralleli e i concessionari per altre zone e mirassero ad isolare i mercati nazionali, contravvenendo ai principi fondamentali del mercato unico.

Infatti, in questo contesto, la tutela delle importazioni parallele ha sempre rappresentato la preoccupazione principale delle autorità comunitarie, tant’è che la Commissione le ha indicate come indispensabili per garantire la concorrenza allo stadio del commercio e l’equa partecipazione degli utilizzatori ai vantaggi di un sistema di distribuzione esclusiva³¹.

Nell’ambito della categoria delle clausole che comportano una esclusiva chiusa, come la Commissione stessa ha riassunto nel Libro Verde³², sono stati ricompresi non solo i divieti espliciti di esportazione o riesportazione³³, ma anche le pratiche di differenziazione del prodotto in funzione del mercato geografico³⁴; l’imposizione agli acquirenti delle condizioni di vendita del Paese in cui essi risiedono piuttosto che quelle del Paese del venditore³⁵; la concessione di sconti ed agevolazioni in caso di vendita all’interno del territorio contrattuale³⁶, ovvero, al contrario, l’imposizione di “penali” o “commissioni” in caso di esportazione dei prodotti³⁷.

beneficiare di un’esenzione, in quanto altrimenti i concessionari non affronterebbero il rischio di entrare a far parte della catena di distribuzione.

³¹ Cfr. i considerando 12 e 13 del Regolamento 1983/83.

³² Paragrafi 135 e 136.

³³ Cfr. tra le varie, la decisione della Commissione 13/7/1987, Sandoz in GUCE L 222 del 1987, p. 28 e la successiva sentenza della Corte dell’11/1/1990, nella causa C-277/87, in Racc. 1990, p. 45.

³⁴ Cfr. la decisione Zera-Montedison del 22 giugno 1993, in GUCE L 272 del 4.11.1993, p. 28.

³⁵ Cfr. la decisione del caso Kodak, cit., punti 16 e 17.

³⁶ Cfr. la decisione Ford Agricultural del 15/12/1992, in GUCE L 20 del 28/1/1993, p. 1.

³⁷ Cfr. ad esempio, la Decisione della Commissione del 20/12/1977 nel caso Distillers (IV/28.282), in GUCE L 50 del 22/02/1978 pag. 16. Ulteriore esemplificazione di clausole ritenute illecite dalla Commissione, è fornita da FRIGNANI e WAELBROECK, op. cit. pp. 588 e ss..

Tra le altre clausole di cui le autorità comunitarie si sono occupate, sono sempre state ritenute contrarie all'art. 81 del Trattato e generalmente non esentabili quelle dirette in qualsiasi modo alla fissazione di prezzi di rivendita, che si tratti di prezzi massimi, minimi o fissi (RPM)³⁸. La motivazione di tale posizione è che queste restrizioni impediscono o ostacolano la concorrenza sul prezzo, che è sempre stata considerata dalle autorità comunitarie la forma di competizione in grado di avvantaggiare maggiormente i consumatori³⁹. Sempre consentito, invece, “raccomandare” un prezzo di rivendita, purché non accompagnato da altre misure dirette a rendere tale “suggerimento” vincolante.

Più benevolo, invece, il giudizio relativo alle clausole di non concorrenza, ossia gli obblighi di non fabbricare o vendere prodotti concorrenti con quelli oggetto del contratto: infatti esse sono state considerate generalmente ammesse⁴⁰, purché di durata non superiore a quella del contratto (ovvero a cinque anni⁴¹). Se, invece, la clausola di non concorrenza si esplicitava nel divieto di vendere pezzi di ricambio o accessori, essa è stata esclusa dall'esenzione⁴².

Gli accordi di distribuzione selettiva, infine, non erano mai stati oggetto di uno specifico regolamento di esenzione⁴³, pertanto la disciplina applicabile era quella ricavabile dalle pronunce della Corte di Giustizia. Fattispecie tipiche di accordi di distribuzione selettiva – in cui si sono verificate la maggior parte

³⁸ Cfr. i regolamenti 1983 e 1984/83 al considerando n. 8, nonché il regolamento 4087/88 considerando 13 e art. 5 lettera e).

³⁹ Cfr. la decisione della Commissione del 22 dicembre 1976, nel caso Gerofabriek (IV/24.510), in GUCE L 16/8 del 19 gennaio 1977. Inoltre, nella sentenza Materie Coloranti del 14 luglio 1972, causa 48/69, in Racc. 1972, p. 619, la Corte di Giustizia ha ricordato che “la funzione della concorrenza in materia di prezzi è quella di far sì che il livello di questi resti il più basso possibile, nonché di favorire la circolazione dei prodotti fra gli Stati membri, al fine di giungere ad una distribuzione ottimale delle attività, in funzione della produttività e della capacità di adattamento delle imprese”. Ed ancora, che “le differenze di prezzo facilitano il raggiungimento di uno degli scopi essenziali del Trattato, quello della fusione dei mercati nazionali per rendere possibile l'accesso diretto dei consumatori alle fonti di produzione dell'intera comunità”.

⁴⁰ Cfr. l'art. 2.2 lett. a) del regolamento 1983/83, l'art. 2.2 del regolamento 1984/83, gli artt. 2.2, lett. c) e 3.1 del regolamento 4087/88.

⁴¹ Per gli accordi di acquisto esclusivo.

⁴² Cfr. ad esempio, il regolamento di esenzione degli accordi di *franchising*.

⁴³ Invero, gli accordi di distribuzione di autoveicoli costituiscono forme di distribuzione selettiva, ma formano oggetto di un regolamento di esenzione *ad hoc* il n. 1475/1995.

delle controversie – sono quelli che riguardano il settore dei cosmetici di lusso e dell'elettronica: ossia articoli di alta qualità, commercializzati a prezzi relativamente elevati e con marchi di prestigio. Per quanto riguarda i cosmetici di lusso, questi vengono per lo più messi in vendita esclusivamente tramite reti di distribuzione selettiva – formate in gran parte da profumerie specializzate e punti vendita specializzati all'interno dei grandi magazzini – soggette a condizioni analoghe⁴⁴.

Perché gli accordi di distribuzione selettiva possano essere considerati compatibili con l'art. 81.1, in base ai principi elaborati dalla giurisprudenza formatasi sui casi suddetti, devono essere soddisfatte talune condizioni:

- che la decisione di selezionare i distributori autorizzati sia necessaria in considerazione della natura dei prodotti in questione, per assicurarne il livello qualitativo e l'uso corretto⁴⁵;

- che la scelta dei rivenditori avvenga in base a criteri qualitativi e non meramente quantitativi e non abbia carattere discriminatorio⁴⁶;

- che il sistema di accordi sia strutturato in maniera da raggiungere risultati di efficienza in grado di controbilanciare gli effetti restrittivi⁴⁷;

- che i criteri di selezione non vadano al di là di quanto strettamente necessario per assicurare una commercializzazione ottimale del prodotto⁴⁸.

⁴⁴ Si pensi alla fattispecie del caso L'Oréal (Sentenza della Corte L'Oréal c/ Pvb De Nieuwe Amck dell'11 dicembre 1980, causa 31/80, in Racc. p. 3775): Le società L'Oréal avevano costituito in Belgio una rete di distribuzione selettiva per la vendita delle lozioni per capelli Kerastase, rete da cui la società "De Nieuwe Amck" era rimasta esclusa. Nella politica commerciale della società L'Oréal, sui prodotti Kerastase, era espressamente indicato che potevano essere messi in commercio esclusivamente dai parrucchieri-consulenti ufficiali della rete Kerastase. Secondo la società esclusa tale pratica costituiva attività contraria alla corretta condotta commerciale. Nelle sentenze Metro (v. note seguenti), invece, il mercato in questione è quello dell'elettronica da svago, con una controversia sorta a causa dell'esclusione della società Metro dalla rete di distribuzione SABA ed incentrata su alcune clausole dei contratti che SABA intendeva stipulare con i suoi rivenditori, tra cui il divieto di vendere a consumatori finali professionali, cioè a commercianti o artigiani non facenti parte del settore dell'elettronica, ma che impiegano il materiale acquistato nelle loro aziende a fini professionali.

⁴⁵ Sentenza L'Oréal cit.; sentenza del Tribunale di Primo Grado Vichy c/ Commissione del 27 febbraio 1992, causa T-19/91, in Racc. p. II-415; sentenze del Tribunale di Primo Grado Groupement d'achat Edouard Leclerc c/ Commissione del 12 dicembre 1996, cause T-19 e 88/92, in Racc. pag. II-1851 e II-1961.

⁴⁶ Sentenza L'Oréal precitata; sentenza della Corte AEG c/ Telefunken, del 25 ottobre 1983, causa 107/82, in Racc. p. 3151.

⁴⁷ Sentenze L'Oréal, AEG già citate; sentenza Metro II, del 22 ottobre 1986, causa 75/84, Racc. p. 3076.

4. Iter della riforma

La situazione così delineata era, tuttavia, produttiva di effetti negativi, in termini di rigidità, di costi e di incertezza giuridica per le imprese operanti nel settore della distribuzione⁴⁹.

Infatti, tutti i regolamenti ricordati predisponavano, secondo un approccio abbastanza uniforme, un meccanismo fondato su liste di clausole lecite o vietate. Le imprese, pertanto, al fine di una maggiore certezza riguardo la validità dell'intesa, non avevano altra scelta che configurare l'accordo⁵⁰ in maniera che contenesse soltanto le disposizioni "bianche" con l'esclusione non soltanto di quelle "nere", ma anche di quelle non espressamente "colorate" dalla Commissione per evitare di dover soggiacere alle lungaggini e complessità della procedura di esenzione individuale o alle incertezze della procedura di opposizione, ove prevista.

Altra fonte di incertezza era rappresentata dalla prassi delle lettere di archiviazione (*comfort letters*)⁵¹ che lasciavano sia la Commissione sia i giudici e le autorità nazionali liberi di decidere in senso inverso. Senza contare che le imprese restavano sempre esposte all'eventualità che la controparte rifiutasse di adempiere un contratto invocandone la nullità ai sensi delle norme comunitarie.

Pertanto, continuavano ad essere numerose le controversie riguardanti accordi verticali portate davanti alla Corte di Giustizia e al Tribunale di Primo Grado.

In questa situazione ed approssimandosi il termine di validità dei sopra ricordati regolamenti di esenzione, alcuni peraltro già prorogati, la

⁴⁸ Sentenze L'Oréal, Vichy, citt.

⁴⁹ Le osservazioni in merito sono state riassunte nel Libro Verde, su cui subito *infra*.

⁵⁰ Si tratta del c.d. *strait jacket effect* di regolamenti con carattere eccessivamente formalistico, che non tengono, inoltre, nel debito conto le valutazioni relative al potere di mercato delle imprese che potrebbero avvalersi dell'esenzione.

⁵¹ Si tratta di comunicazioni adottate dalla Commissione in luogo di decisioni formali per i casi ritenuti meno importanti, in cui si precisa che l'intesa non ricade nel divieto dell'art. 85.1 ovvero che sembra possedere i requisiti per un'esenzione. Trattandosi di provvedimenti "informali", le *comfort letters* non sono soggette alle regole di pubblicità e non possono avere carattere vincolante per i giudici nazionali (cfr. le sentenze della Corte nei casi Profumi) né possono formare oggetto di un ricorso giurisdizionale. Il valore giuridico di tali comunicazioni, comunque, non è del tutto chiaro.

Commissione avviava la fase di consultazione finalizzata alla predisposizione del progetto relativo al nuovo regolamento.

Nel 1997, la Commissione pubblicava il Libro Verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria⁵², in cui, la Commissione riconosceva espressamente che tali accordi sono necessari per «assicurare una distribuzione efficace» e per «penetrare in nuovi mercati»⁵³, ma osservava che, cionondimeno, essi possono entrare in conflitto con la politica di concorrenza, in quanto possono contribuire alla compartimentazione dei mercati e creare barriere all'ingresso di nuovi concorrenti⁵⁴.

Fatta tale premessa e dopo aver approfondito l'analisi della struttura e delle caratteristiche economiche della distribuzione, la Commissione presentava alcune proposte di riforma del sistema richiedendo commenti da parte degli interessati⁵⁵.

⁵² COM (96) 721 def., adottato dalla Commissione il 22.1.1997, poi seguito dalla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie alle restrizioni verticali (Seguito del Libro Verde).

⁵³ Cfr. il paragrafo 2 del Libro Verde.

⁵⁴ Cfr. il paragrafo 3 del Libro Verde.

⁵⁵ Ferma restando la politica di repressione dei sistemi di prezzi imposti e degli ostacoli al commercio parallelo, nel Libro Verde, sono proposte in particolare, quattro opzioni:

I. La prima opzione consiste nella conferma del precedente approccio, come sopra descritto, per regolamenti differenziati e liste di clausole.

II. La seconda opzione prevede una estensione delle esenzioni per categoria, senza sostanziali cambiamenti dal punto di vista procedurale, ma arrivando a coprire alcune altre clausole per aumentare la certezza giuridica e la flessibilità⁵⁵.

III. La terza opzione focalizza l'attenzione sugli aspetti restrittivi della concorrenza *intra-brand* degli accordi verticali e pertanto ne vorrebbe ridurre l'operatività rendendo le esenzioni per categoria più specifiche, per esempio fissando una quota di mercato oltre la quale i regolamenti di esenzione non fossero applicabili.

IV. La quarta opzione sottolinea l'importanza della certezza giuridica per le imprese e pertanto propone l'emanazione di un regolamento di attestazione negativa e l'introduzione di una presunzione di legittimità, confutabile in base ad un'accurata analisi economica, qualora le parti dell'accordo non detengano più di un certa quota di mercato. Per gli accordi non rientranti in tale presunzione, sono presentate due possibilità:

- estensione delle esenzioni per categoria in riferimento a tali intese, come nell'opzione II;

- applicazione di una quota di mercato massima per l'esenzione, come nell'opzione III.

Publicato il Libro Verde e ricevute le osservazioni richieste⁵⁶, la Commissione proponeva, tuttavia, un ulteriore mutamento di approccio, ritenendo che quello precedente, comprese anche le quattro opzioni, non fosse idoneo alla soluzione delle principali problematiche emerse, ossia la valorizzazione del fattore potere di mercato nella valutazione del carattere anticoncorrenziale di un accordo, nonché l'eliminazione del carattere eccessivamente formale e ristretto della regolamentazione in vigore⁵⁷.

La nuova linea che la Commissione intendeva adottare prevedeva diversi cambiamenti. Tra i principali, si possono evidenziare, innanzitutto, l'ampliamento dell'ambito delle esenzioni, attraverso l'emanazione di un unico regolamento indicante solo alcune restrizioni fondamentali vietate, in particolare la fissazione dei prezzi di rivendita e le restrizioni alla rivendita; in secondo luogo, l'introduzione di soglie (una o due) espresse in termini di quote di mercato; in terzo luogo, la predisposizione di linee direttrici per facilitare la comprensione della nuova politica della Commissione; infine, l'adozione di alcune altre misure, tra cui la modifica del regime dell'obbligo delle notifiche e l'attuazione di un maggiore decentramento⁵⁸.

In tal modo, la Commissione intendeva creare una «zona di sicurezza» escludendo, in principio l'applicabilità dell'art. 81.1 agli accordi verticali, ovvero esentandoli qualora vi fossero ricompresi, ad eccezione di quelli aventi ad oggetto le restrizioni considerate fondamentali.

L'iter si concludeva, quindi, con la pubblicazione del progetto e poi con l'emanazione del testo definitivo del regolamento 2790/1999, seguito cinque mesi dopo dalle Linee direttrici sulle restrizioni verticali.

⁵⁶ Il resoconto delle osservazioni ricevute e le nuove proposte della Commissione sono contenuti nel Seguito del Libro Verde.

⁵⁷ Così nel Seguito del Libro Verde, a p. 30.

⁵⁸ Cfr. il Seguito del Libro Verde, a p. 32.

5. La nuova disciplina delle restrizioni verticali: principi generali

Proprio dalle *Guidelines* è possibile trarre i principi guida della Commissione nella valutazione delle intese verticali⁵⁹.

Preliminarmente, occorre ricordare che il nuovo orientamento della Commissione non implica affatto l'abbandono della sua interpretazione ampia dell'art. 81.1 e del «principio di proibizione» in esso contenuto, in quanto la medesima Autorità, nel Seguito del Libro Verde, ha evidenziato l'importanza dell'effetto preventivo di tale principio nell'indurre le imprese al rispetto delle regole di concorrenza.

Pertanto, gli accordi verticali continuano ad essere assoggettati in principio al divieto di intese, ancorché valutati con occhio più benevolo rispetto agli accordi orizzontali ed esentati per regolamento. In particolare, osserva la Commissione che i primi pongono problemi sul piano antitrust solo quando appare insufficiente la concorrenza tra marche sul mercato considerato oppure quando vi siano soggetti dotati di un particolare potere di mercato⁶⁰.

In presenza di tali condizioni, a giudizio della Commissione, gli accordi di esclusiva possono essere considerati quelli maggiormente dannosi per la concorrenza in quanto restringono significativamente le possibilità di scelta dei consumatori e possono eliminare dal mercato i distributori più efficienti.

Si deve tenere presente, comunque, che, in linea di massima, le restrizioni verticali che hanno come effetto anche la riduzione della concorrenza tra marche sono considerate più dannose di quelle che riducono la concorrenza solo all'interno dello stesso marchio.

Secondo l'analisi della Commissione, inoltre, la presenza di un marchio che gode di una certa notorietà può aumentare gli effetti negativi di una restrizione verticale, soprattutto se si tratta di beni destinati ai consumatori finali, che, usufruendo di minori conoscenze specialistiche, sono maggiormente influenzati dal marchio e dall'immagine⁶¹.

⁵⁹ Si è parlato di una sorta di "interpretazione autentica del regolamento". V. VENEZIA "La nuova politica comunitaria in materia di restrizioni verticali ed il regolamento n. 2790/1999", in *I Contratti* 2000, p. 1042.

⁶⁰ Inteso come capacità di praticare prezzi superiori al livello di concorrenza ovvero di realizzare utili straordinari. Cfr. il paragrafo 119, n. 1) delle *Guidelines*.

⁶¹ Cfr. il paragrafo 119, n. 5) delle *Guidelines*.

La combinazione di più clausole restrittive è generalmente ritenuta più dannosa rispetto all'applicazione di una soltanto, anche se in taluni casi la combinazione può essere addirittura pro-concorrenziale⁶².

Sotto il profilo della giustificabilità di talune restrizioni verticali, invece, la Commissione ha riconosciuto, almeno in principio, la rilevanza di circostanze quali la presenza di investimenti non recuperabili o la novità dei prodotti in questione.

In generale, comunque, la Commissione ha dichiarato di aver tratto dalla propria esperienza la conclusione, già evidenziata dall'analisi economica, che certi accordi verticali, nonostante il carattere restrittivo della concorrenza, possono apportare svariati vantaggi in termini di efficienza economica, tra cui la riduzione dei costi di distribuzione, l'incremento di investimenti e vendite. Sono proprio tali tipi di accordi, per i quali è possibile stabilire con «sufficiente certezza» la conformità ai requisiti di cui all'art. 81.3⁶³, a formare oggetto del regolamento di esenzione per categoria.

6. Segue: ambito dell'esenzione

In attuazione del nuovo approccio adottato dalla Commissione, l'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria viene delineato non più in riferimento a tipi determinati di accordi e pratiche, ma estendendolo a tutte le intese che, complessivamente considerate, siano qualificabili come «verticali», indipendentemente dallo specifico oggetto.

Infatti, ai sensi dell'art. 2 del regolamento 2790, beneficiano dell'esenzione gli accordi e le pratiche concordate, che siano restrittivi della concorrenza, conclusi tra due o più imprese, le quali operino a differenti stadi della catena produttiva o distributiva e che abbiano ad oggetto le condizioni di acquisto, vendita o rivendita di beni o di servizi⁶⁴. Può trattarsi anche di

⁶² Ad esempio, la combinazione di una clausola di esclusiva con l'imposizione di limitazioni quantitative o di prezzi massimi di rivendita può impedire al distributore esclusivo di alzare in modo eccessivo i prezzi. Cfr. le *Guidelines*, paragrafo 119, n. 6).

⁶³ Cfr. i considerando nn. 5 e 6 del regolamento 2790/1999.

⁶⁴ Si è osservato che potrebbe ravvisarsi un eccesso di delega della Commissione nel fatto che tale definizione va a coprire anche i contratti di agenzia, in precedenza espressamente esclusi e quindi sottratti ad ogni processo di consultazione. Cfr. RINALDI "Il nuovo regolamento della Commissione Europea sugli accordi verticali", in *Dir. Comm. Int.* 2000, p.485 e ss.

accordi tra un'associazione di imprese e i suoi membri o fornitori, purché siano rispettate determinate condizioni, ai sensi del paragrafo 2 del medesimo articolo.

È importante osservare che alla luce di tale disposizione, oltre all'ampliamento «soggettivo» del numero delle possibili parti degli accordi esentati⁶⁵, si realizza anche un ampliamento relativo al possibile contenuto materiale degli accordi di acquisto, vendita e rivendita, che non è più limitato ai beni destinati alla rivendita ai consumatori, ma ricomprende anche i servizi ed i beni intermedi⁶⁶.

Altra novità è che rientrano nel campo di applicazione del regolamento anche accordi conclusi tra concorrenti, ossia accordi «orizzontali», purché non abbiano carattere di reciprocità e in presenza di alcune altre condizioni: che l'acquirente realizzi un fatturato annuo non superiore a 100 milioni di Euro ovvero che soltanto il fornitore operi a diversi stadi commerciali, mentre l'acquirente si occupi soltanto della distribuzione⁶⁷.

Il regolamento, inoltre, consente di includere per la prima volta tra gli accordi ricompresi nell'ambito dell'esenzione per categoria, anche quelli relativi alla distribuzione c.d. «selettiva», che, come ricordato, mai in precedenza erano stati disciplinati da un regolamento di esenzione.

Se questa è la determinazione «in positivo» dell'ambito di applicazione dell'esenzione, il regolamento contiene anche varie indicazioni «in negativo», relative, cioè, agli accordi da esso non coperti.

Infatti, il regolamento non si applica agli accordi verticali che sono oggetto di altri regolamenti di esenzione⁶⁸ nonché a quelli, importantissimi, che riguardano i diritti di proprietà intellettuale, eccezion fatta per quegli accordi di

⁶⁵ Tale ampliamento è stato reso possibile grazie all'avvenuta modifica del regolamento di abilitazione n. 19/65 ad opera del regolamento 1215/1999 (GUCE L 148 del 15 giugno 1999, p. 1) che ha eliminato la limitazione, inserita originariamente nel primo regolamento, agli accordi conclusi tra due sole imprese.

⁶⁶ Cfr il paragrafo 24, terzo trattino delle *Guidelines*. Unica eccezione è rappresentata dal settore automobilistico, che forma oggetto di separato regolamento di esenzione.

⁶⁷ Cfr. art. 2 paragrafo 4 del regolamento 2790/1999.

⁶⁸ Paragrafo 5 dell'art. 2. Le *Guidelines* fanno riferimento, a tal proposito, agli accordi per il trasferimento di tecnologia, oggetto del regolamento 240/96 (GUCE L 31 del 9 febbraio 1996, p. 2), ai contratti di subfornitura (v. Comunicazione della Commissione in GUCE C 1 del 31 gennaio 1979, p. 2), nonché agli accordi verticali conclusi unitamente ad accordi orizzontali.

cessione o licenza di tali diritti che non costituiscano l'oggetto principale del contratto, ma entrino a far parte di un accordo che abbia per oggetto la distribuzione di beni ed a questa siano strettamente correlati; ovviamente, sempre che non riproducano gli effetti di una delle restrizioni fondamentali vietate⁶⁹.

Altra condizione negativa perché un accordo possa essere esentato è rappresentata dalla tanto discussa soglia relativa alla quota di mercato: il fornitore non deve detenere una quota di mercato superiore al 30 % del mercato rilevante⁷⁰, altrimenti il regolamento sarà inapplicabile e dovrà essere richiesta un'esenzione individuale. L'esenzione non si applica, inoltre, agli accordi verticali che contengano le "restrizioni fondamentali" elencate all'art. 4 o gli obblighi indicati dall'art. 5. In tale ultimo caso, tuttavia, vige la regola della «separabilità» in base alla quale le clausole vietate sono inefficaci e possono essere stralciate dall'accordo il quale, così depurato, rimane nell'ambito di applicazione del regolamento⁷¹.

L'intesa che risponde a tali requisiti entra in una «zona di sicurezza», in quanto gode di una "presunzione di legalità"⁷², superabile dalla Commissione dimostrando che l'accordo comunque produce effetti incompatibili con l'art. 81.3 del Trattato e ritirando il beneficio dell'esenzione. Viceversa, gli accordi che non ricadono nell'ambito del regolamento non sono considerati illegali *per se*, ma necessitano di essere notificati al fine di ottenere, se del caso, un'esenzione individuale⁷³.

Una simile configurazione dell'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria è il frutto della scelta della Commissione di dar vita ad un

⁶⁹ Cfr. l'art. 2, paragrafo 3 del regolamento 2790/1999 e i paragrafi 30 e ss. delle *Guidelines*. Si tratta, in particolare, degli accordi di *franchising* in cui vengono in considerazione marchi, diritti d'autore e know-how la cui cessione o il cui uso siano "necessari per e direttamente connessi" alla vendita. Qualora l'accordo di *franchising* abbia come oggetto esclusivamente o prevalentemente la licenza di diritti di proprietà intellettuale, allora non sarà coperto dall'esenzione per categoria disposta dal regolamento. Cfr. il paragrafo 43 delle *Guidelines*.

⁷⁰ Cfr. l'art. 3, paragrafo 1. Il paragrafo 2 specifica che qualora si tratti di accordi di fornitura esclusiva, è l'acquirente che non deve detenere una quota di mercato maggiore del 30 %.

⁷¹ Cfr. i paragrafi 66 e 67 delle *Guidelines*.

⁷² Cfr. i paragrafi 21 e 22 delle *Guidelines*.

⁷³ La quale si presenta peraltro difficile, quando siano presenti restrizioni fondamentali. Cfr. il punto 46 delle *Guidelines*.

regolamento onnicomprensivo, in grado di coprire tutte le intese verticali «impedendo differenziazioni ingiustificate di trattamento tra forme di distribuzione o settori, ed evitando distorsioni nella scelta della formula distributiva da parte delle imprese»⁷⁴, evitando, nello stesso tempo, di esentare accordi restrittivi della concorrenza che non producano effetti positivi ai sensi dell'art. 81.3, quali sono potenzialmente ritenuti quelli che contengono restrizioni fondamentali o che sono stipulati da imprese detentrici di un elevato potere di mercato.

7. Segue: le clausole vietate

Il regolamento di esenzione, come detto, elenca alcune clausole che contengono «restrizioni fondamentali»⁷⁵, che sono tali da rendere l'accordo non automaticamente esentabile⁷⁶ ed, inoltre, indica un'altra serie di clausole che non possono essere esentate, ma che non impediscono l'esenzione dell'accordo⁷⁷.

Le prime due *hard core restrictions* elencate nel regolamento discendono direttamente da quelli che sono i punti fermi nella politica di concorrenza della Commissione in riferimento alle restrizioni verticali, emersi dalle decisioni della Commissione stessa e dalle sentenze della Corte di Giustizia, e riaffermati nel Libro Verde: la condanna delle forme di protezione territoriale assoluta e delle imposizioni di prezzi che ingessano la concorrenza tra distributori. Si può dire che tali clausole sono considerate per se restrittive della concorrenza, prescindendo anche dal potere di mercato delle imprese coinvolte.

Pertanto, tra le c.d. *hard core restrictions*, troviamo, innanzitutto, le clausole RPM riferite, tuttavia, soltanto ai prezzi di rivendita minimi o imposti; è, invece, riconosciuta lecita la fissazione di prezzi massimi o raccomandati, a

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ All'art. 4 del regolamento 2790/1999.

⁷⁶ Secondo il paragrafo 46 delle *Guidelines*, in presenza di simili clausole è improbabile anche la concessione di un'esenzione individuale.

⁷⁷ All'art. 5 del regolamento 2790/1999.

meno che non si risolva in una restrizione del primo tipo. È vietata tanto l'imposizione diretta dei prezzi, quanto quella indiretta⁷⁸.

In secondo luogo, sono considerate restrizioni fondamentali le limitazioni territoriali o di clientela: sono ammessi soltanto i divieti di vendite attive rivolti dal fornitore ai diretti acquirenti nei territori riservati in esclusiva ad altri; i divieti di vendita agli utenti finali per i commercianti all'ingrosso; i divieti di rivendita a distributori non autorizzati all'interno di un sistema di distribuzione selettiva; i divieti di vendita di beni intermedi destinati a realizzare prodotti concorrenti. Anche in questo caso può trattarsi di limiti imposti direttamente o anche indirettamente⁷⁹.

Le *Guidelines* chiariscono che per vendita attiva debba intendersi, oltre all'apertura di punti vendita nel territorio riservato ad altri, anche qualunque attività di comunicazione, contatto o propaganda diretta nei confronti di un consumatore individuale o di un gruppo specifico. Configura, invece, vendita passiva la soddisfazione di richieste non sollecitate provenienti da singoli consumatori⁸⁰. Non ricade nel concetto di vendita attiva la pubblicità fatta attraverso Internet anche se grazie alle potenzialità della tecnologia il messaggio può oltrepassare il limite territoriale contrattualmente imposto. Pertanto, una restrizione all'uso di Internet da parte dei distributori ben difficilmente potrebbe essere coperta dal regolamento di esenzione⁸¹.

Le altre restrizioni vietate, invece, sono relative ai sistemi di distribuzione selettiva e riguardano la limitazione delle rivendite attive e passive ai consumatori e le limitazioni relative alle forniture incrociate tra distributori. Ciò significa che la distribuzione selettiva non può essere accompagnata da

⁷⁸ Le *Guidelines* al paragrafo 47 indicano alcuni esempi di imposizione indiretta dei prezzi: fissazione del margine del distributore, livello massimo degli sconti, intimidazioni e avvertimenti, mezzi di pressione che rendono fissi i prezzi massimi o raccomandati.

⁷⁹ Rifiuti o riduzione di sconti, differenziazione delle etichettature. Cfr. le *Guidelines*, paragrafi 49 e ss..

⁸⁰ Cfr. le *Guidelines*, paragrafo 50.

⁸¹ Le *Guidelines* se ne occupano specificamente al paragrafo 51, in cui si specifica che se un consumatore raggiunge il sito web di un certo distributore – anche attraverso *banner* o *link* – e lo contatta al fine di acquistarne i prodotti, tale attività viene ritenuta una forma di vendita passiva, mentre l'invio di e.mail non richieste è, invece, qualificato vendita attiva.

alcun'altra restrizione verticale diretta alla limitazione della clientela⁸² o delle fonti di approvvigionamento dei distributori autorizzati⁸³.

Infine, l'ultima delle restrizioni fondamentali vietate ha per oggetto le limitazioni imposte dal fornitore alla rivendita di pezzi di ricambio ai riparatori indipendenti.

All'art. 5 del regolamento, è contenuto il secondo elenco di clausole, cui si faceva riferimento, alle quali non è applicabile l'esenzione per categoria, ma che non sottraggono l'accordo all'applicazione del regolamento.

Innanzitutto, alla lettera a) sono indicati gli obblighi di non concorrenza, ossia gli obblighi di «non acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto»⁸⁴, che abbiano durata superiore a cinque anni o a durata indeterminata, direttamente o indirettamente imposti⁸⁵. Il limite temporale non opera soltanto nell'ipotesi di rivendita nei locali di proprietà del fornitore⁸⁶.

In secondo luogo, alla lettera b) sono contemplati gli obblighi di non concorrenza stipulati per il periodo successivo alla scadenza del contratto, a meno che non si tratti di beni o servizi in concorrenza con quelli del fornitore o il divieto sia limitato ai locali utilizzati dall'acquirente durante il periodo contrattuale. L'ultima eccezione è forse la più rilevante, in quanto riguarda la tutela del know-how: sono esentabili gli obblighi di non concorrenza che siano necessari per proteggere il know-how trasferito all'acquirente in virtù dell'accordo, purché non abbiano durata superiore a un anno. Ovviamente, tale limitazione temporale non può riguardare il know-how che non sia ancora

⁸² Cfr. le *Guidelines*, paragrafi 53 e 54, in cui, peraltro, si specifica che sono ammesse le restrizioni che riguardino la localizzazione dei locali in cui il distributore svolge la propria attività, per esempio le limitazioni all'apertura di nuovi punti vendita.

⁸³ Per esempio, a norma del paragrafo 55 delle *Guidelines*, non è possibile imporre a grossisti autorizzati "restrizioni territoriali alle loro vendite a dettaglianti autorizzati".

⁸⁴ Cfr. la definizione fornita dall'art. 1 lett. b) del regolamento 2790/1999.

⁸⁵ Tra le imposizioni indirette, l'art. 1 lett. b) del regolamento, nonché le *Guidelines*, al paragrafo 58, ricordano, in particolare, l'obbligo per l'acquirente di approvvigionarsi presso un determinato fornitore per un quantitativo superiore all' 80 % degli acquisti annui complessivi, in modo da rendere praticamente impossibile o comunque molto limitato l'acquisto di beni o servizi concorrenti.

⁸⁶ Contro la limitazione dell'ammissibilità degli obblighi di non concorrenza a quelli aventi durata massima quinquennale, si schiera RINALDI, *op. cit.*, p. 496, secondo il quale tale previsione non sarebbe coerente con le esigenze delle imprese relativamente al recupero degli investimenti di lunga durata.

caduto in pubblico dominio. Come nei precedenti regolamenti⁸⁷, anche in questo, la Commissione ha ribadito⁸⁸ la definizione di know-how che è andata elaborando nel corso del tempo, come «patrimonio di conoscenze non brevettate», che sia «segreto», «sostanziale e «individuato».

La terza categoria di obblighi non esentabili, di cui alla lettera c), è relativa alle imposizioni ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di non vendere prodotti di marche concorrenti.

8. Segue: la quota di mercato

Nel regolamento 2790/1999, la Commissione ha infine optato per la fissazione di un'unica quota di mercato massima, pari al 30 %, perché un accordo possa essere esentato, ovviamente sempre che non contenga alcuna delle restrizioni fondamentali sopra esaminate⁸⁹.

La giustificazione di tale scelta viene fornita richiamandosi all'affermazione di principio per cui l'approccio alle restrizioni verticali vuole avere carattere economico e fondarsi, pertanto, anche sulla valutazione del potere di mercato delle imprese parti di un accordo. A tal fine, la determinazione della quota di mercato da queste detenuta è stata considerata un indice idoneo.

Tale quota è calcolata in riferimento al mercato rilevante del prodotto e al mercato geografico. Il primo è determinato in relazione ai beni oggetto del contratto ed a quelli sostituibili in ragione delle caratteristiche, del prezzo e dell'uso⁹⁰. Il secondo corrisponde all'area considerata dall'accordo. Circa la determinazione del mercato rilevante, sono contenute varie specificazioni nelle

⁸⁷ In particolare quello sul *franchising* e quello sugli accordi per il trasferimento di tecnologia, rispetto ai quali si notano poche differenze terminologiche e l'eliminazione di qualche precisazione (ad esempio, quella relativa al supporto in cui il know-how andrebbe incorporato).

⁸⁸ All'art. 1 lett. f) del regolamento 2790/1999.

⁸⁹ Tuttavia, il beneficio dell'esenzione continua ad applicarsi per un periodo transitorio se la quota di mercato solo in un secondo momento supera la soglia del 30 %, prima non oltrepassata. Cfr. l'art. 9, 2° comma, lettere c) e d) del regolamento 2790/1999.

⁹⁰ Cfr. l'art. 9, 1° comma del regolamento e i paragrafi 88 e ss. delle *Guidelines*. È necessario, inoltre, tenere conto anche delle relazioni intra-gruppo. Cfr. l'art. 10.

Guidelines, da coordinare con la Comunicazione in precedenza emanata dalla Commissione⁹¹.

Le imprese, invero, si sono sempre opposte all'introduzione di tale criterio, in quanto ritenuto da una lato non sufficiente per la determinazione del potere di mercato, che dipende da molteplici fattori, e dall'altro non infallibile, considerato che l'individuazione del mercato rilevante è frutto di una valutazione per larga parte discrezionale.

Inoltre, si vanno a complicare i rapporti con l'abuso di posizione dominante di cui all'art. 82 del Trattato⁹², sebbene la Commissione nelle *Guidelines* si preoccupi di ribadire continuamente di fare salva l'applicazione delle norme sull'abuso di posizione dominante.

9. Segue: meccanismo dell'esenzione

L'esenzione per categoria ai sensi del regolamento 2790/1999 presuppone, innanzitutto, che l'intesa sia restrittiva della concorrenza e ricada, pertanto, nell'ambito dell'art. 81.1. Se così è, è necessario verificare se essa abbia i requisiti che il regolamento impone per beneficiare dell'esenzione, ossia:

1) Si tratta di accordi tra imprese tra loro concorrenti, ovvero stipulati tra imprese piccole o medie⁹³.

2) Le imprese parti dell'accordo detengono una quota di mercato non superiore al 30 %.

3) L'accordo non contiene restrizioni fondamentali.

4) L'accordo non contiene clausole vietate.

Se tali condizioni non sono rispettate, l'accordo deve essere notificato per ottenere un'esenzione individuale.

⁹¹ Comunicazione della Commissione sulla definizione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, in GUCE C 372 del 9.12.1997, p. 5.

⁹² V. caso Hoffmann – La Roche c/ Commissione, in *Racc.* 1979, p. 481 e NAZERALI – COWAN “Unlocking EU Distribution Rules – Has the European Commission found the Right Keys?”, in *ECLR* 2000, n. 1, p. 55.

⁹³ V. quanto osservato *supra* a proposito dei requisiti per esentare alcuni tipi di accordi orizzontali.

Se, invece, l'intesa possiede i suddetti requisiti, è soggetta al regolamento e non necessita di notifica.

Inoltre, dopo la modifica del regolamento 17, non è più necessaria la notifica preventiva dell'accordo per sfuggire alla nullità ed alle sanzioni previste, in quanto è ora previsto che in qualsiasi momento le imprese che avevano ritenuto un accordo esentato ai sensi del regolamento e poi si siano rese conto del contrario, possono procedere alla sua notifica che produrrà effetti retroattivamente a partire dalla sua entrata in vigore⁹⁴. I giudici nazionali, dal canto loro, dovranno valutare la possibilità che un accordo verticale possa essere esentato e, pertanto, dovranno adottare provvedimenti sospensivi del giudizio⁹⁵.

Non è prevista nel regolamento in parola alcuna procedura di opposizione. Tale procedura, ancora contemplata nel regolamento 240/96, come già osservato, non aveva mancato di sollevare varie critiche in ordine alla sua opportunità ed efficacia. La Commissione, pertanto, ha ritenuto opportuno dapprima rimetterla in discussione nel Libro Verde⁹⁶ e poi eliminarla del tutto.

Resta, invece, la previsione della facoltà della Commissione di revocare l'esenzione concessa con effetto *ex nunc*⁹⁷, qualora ravvisi che un accordo non possiede in realtà i requisiti imposti dall'art. 81.3 ed in particolare quando l'accesso o la concorrenza sul mercato rilevante subiscono restrizioni significative a causa di reti parallele di accordi⁹⁸.

In tema di revoca dell'esenzione, una novità del regolamento 2790/1999 riguarda la possibilità per le Autorità Antitrust degli Stati membri di ritirare il beneficio se l'intesa produce effetti incompatibili con l'art. 81.3 all'interno del territorio dello Stato in questione⁹⁹.

⁹⁴ Cfr. il paragrafo 63 delle *Guidelines*: la parte che notifica non è tenuta neppure a spiegare perché non vi abbia provveduto prima.

⁹⁵ Cfr. il paragrafo 64 delle *Guidelines*.

⁹⁶ Paragrafi 103 e 278.

⁹⁷ Cfr. le *Guidelines*, paragrafo 75.

⁹⁸ Art. 6 del regolamento 2790/1999.

⁹⁹ Art. 7 del regolamento 2790/1999. Si crea, in sostanza una competenza concorrente per la revoca dell'esenzione, frutto della politica di decentramento seguita dalla Commissione.

Una previsione specifica, inoltre, riguarda le reti parallele di accordi, per le quali è introdotta la nuova fattispecie della disapplicazione del regolamento di esenzione tramite altro regolamento da emanarsi da parte della Commissione¹⁰⁰.

Per quanto riguarda i casi che esulano dall'ambito di applicazione del regolamento a causa del superamento della quota di mercato massima, la Commissione è chiamata ad effettuare un'approfondita analisi delle conseguenze sotto il profilo della concorrenza, valutando prima l'applicabilità dell'art. 81.1 e poi la eventuale applicabilità dell'art. 81.3.

Nelle *Guidelines* sono indicati i fattori principali da tenere presenti – considerandone anche i possibili effetti cumulativi – nella decisione circa l'assoggettabilità al divieto dell'art. 81. Innanzitutto, la posizione di mercato del fornitore, che è determinata non solo dalla quota di mercato detenuta, ma anche da vantaggi in termini di competitività che possono derivare da rendite di posizione, speciali tecnologie o diritti di proprietà industriale. Si devono considerare, inoltre, il numero dei concorrenti e la loro forza sul mercato, oltre alla posizione dell'acquirente, in riferimento tanto al mercato a monte, quanto a quello a valle e agli sbocchi¹⁰¹.

Particolare rilevanza, in tale analisi, assume l'esistenza di barriere all'ingresso – e costi irrecuperabili – quali conseguenze di economie di scala, regolamentazioni amministrative, *essential facilities*, o della stessa rete di accordi verticali già in essere¹⁰².

Altro fattore da considerare, è la maturità del mercato, caratterizzata da stabilità della domanda e sufficiente diffusione della tecnologia, che costituisce una situazione in cui gli effetti negativi delle intese verticali sono più probabili¹⁰³.

Infine anche la natura del prodotto e il livello della catena di distribuzione possono influenzare la valutazione, in quanto effetti indesiderabili

¹⁰⁰ Art. 8 del regolamento 2790/1999, il quale specifica che deve trattarsi di reti parallele di accordi che coprono più del 50 % del mercato rilevante.

¹⁰¹ Cfr. i paragrafi 123-125 delle *Guidelines*.

¹⁰² Cfr. i paragrafi 126-129 delle *Guidelines*.

¹⁰³ Cfr. il paragrafo 130 delle *Guidelines*.

degli accordi in questione sono propri del mercato dei beni finali piuttosto che dei beni intermedi ed a livello di dettaglianti piuttosto che di grossisti¹⁰⁴.

La valutazione dell'esentabilità dell'accordo, invece, dovrà, secondo la regola generale, tenere conto delle quattro condizioni indicate dal 3° comma dell'art. 81, con una particolare attenzione alla "congruità" della parte di utile riservata ai consumatori e alla eliminazione "sostanziale" della concorrenza a causa della occupazione di una posizione dominante¹⁰⁵.

10. Osservazioni

La nuova impostazione adottata per il regolamento 2790/1999, come già si è osservato, è il frutto della intenzione della Commissione di adottare un approccio che fosse maggiormente attento agli aspetti economici rispetto ai precedenti regolamenti. Il nuovo regime dell'esenzione delle intese verticali presenta sicuramente il vantaggio di assicurare una maggiore certezza giuridica per quanto riguarda il contenuto dell'accordo nonché una maggiore flessibilità ed adattabilità alle esigenze emergenti nel settore della distribuzione e nel mercato in generale. Anche il sistema semplificato delle notifiche facilita un abbattimento dei costi per le imprese.

Restano, come già osservato, alcune perplessità legate al discusso *market share test* che, inevitabilmente, finisce per trascurare la considerazione degli altri elementi rilevanti nella valutazione del potere di mercato di un'impresa, non ultima la struttura stessa del mercato. Del resto, anche la Commissione riconosce che il potere di mercato vada ravvisato più in generale nella possibilità che un'impresa eserciti "un'influenza considerevole" sui prezzi di vendita, portandoli ad un livello superiore a quello di concorrenza, attraverso la "modulazione della produzione" e con la conseguenza della realizzazione di utili eccezionali¹⁰⁶.

Problemi specifici si pongono poi in riferimento ai prodotti innovativi, per i quali inevitabilmente la quota di mercato detenuta è particolarmente

¹⁰⁴ Cfr. i paragrafi 131-132 delle *Guidelines*.

¹⁰⁵ Cfr. i paragrafi 134-136 delle *Guidelines*, in cui si specifica che le generiche affermazioni sull'esigenza di arginare fenomeni di *free riding* o ridurre i costi non costituiscono giustificazioni sufficienti per ottenere un'esenzione.

¹⁰⁶ Cfr. il Seguito del Libro Verde, p. 9.

elevata nonché soggetta ad ampie fluttuazioni¹⁰⁷ ed in relazione ai c.d. accordi di importanza minore, che costituiscono oggetto della Comunicazione “*de minimis*”¹⁰⁸. Sono considerati accordi di importanza minore, quelli stipulati tra imprese che detengono una quota di mercato non superiore al 10 %: nella Comunicazione tali accordi sono dichiarati non soggetti al divieto dell’art. 81.1 del Trattato, in quanto non determinano restrizioni sensibili della concorrenza, mentre non è chiaro se debbano considerarsi assoggettati al regolamento qualora prevedano restrizioni fondamentali¹⁰⁹.

Neppure la *black list* è andata esente da critiche, in quanto è stata ritenuta ancora eccessivamente e immotivatamente lunga e dettagliata¹¹⁰.

Un’altra rilevante fonte di incertezza è costituita dal riconoscimento della facoltà di revoca dell’esenzione in capo alle autorità nazionali. In primo luogo, non appare esente da rilievi la concessione del potere di revoca ad un soggetto che non ha il potere di emanare l’atto, ossia l’esenzione, da revocare¹¹¹. In secondo luogo, il ritiro dell’esenzione limitato ad un mercato nazionale¹¹² lascia dubbi sulla sorte dell’accordo e sulle sue modalità di esecuzione ed apre la strada alla eventualità di ottenere interpretazioni configgenti relativamente ad una stessa intesa.

¹⁰⁷ Cfr. RILEY *op. cit.* p. 491; NAZERALI – COWAN “Reforming EU Distribution Rules – Has the Commission found Vertical Reality?”, in *ECLR* 1999, n. 3, p. 163. Cfr. anche RINALDI, *op. cit.*, p. 494.

¹⁰⁸ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore del 9 dicembre 1997, in GUCE C 372 del 9.12.1997, p. 13.

¹⁰⁹ La Commissione inizialmente era orientata a favore della fissazione di due soglie, delle quali la prima doveva rappresentare il limite inferiore per l’inclusione dell’accordo tra quelli oggetto del regolamento. La soglia fissata, invece, è stata una sola ed ora la Commissione ha manifestato l’intenzione di rivedere la Comunicazione “*de minimis*”. Cfr., inoltre, il paragrafo 7 delle *Guidelines*.

¹¹⁰ V. GRIFFITHS “Glorification of *de minimis* – The regulation on Vertical Agreements”, in *ECLR* 2000, p. 245, il quale è del parere che, fatta eccezione per le clausole RPM e di protezione territoriale assoluta, le altre *hard core restrictions*, in definitiva, potrebbero essere stralciate dall’accordo al pari delle clausole elencate all’art. 5 del regolamento, senza pregiudicare la validità dell’intesa.

¹¹¹ Cfr. RINALDI *op. cit.*, pp. 502 e ss.

¹¹² Incerta, del resto, la stessa equivalenza del concetto di “mercato distinto” con quello di “mercato nazionale”, in quanto spesso anche mercati infra-nazionali sono stati considerati “sostanziali” e pertanto rilevanti dal punto di vista della competenza della Commissione. Sul punto, cfr. RINALDI, *op. cit.* p. 503, che paventa in tal modo il rischio del *forum shopping*.

Più in generale, si può osservare, concordemente con parte della dottrina¹¹³, che la domanda principale da porsi in relazione alla «rivoluzione» nel trattamento degli accordi verticali è se davvero la Commissione abbia abbandonato la sua interpretazione ampia dell'art. 81 per accedere ad una veramente più improntata a criteri economici. Per valutare la reale portata anticoncorrenziale delle intese verticali e le correlative perdite di benessere, è necessario, infatti, tenere conto di numerosi fattori: la natura dei prodotti, la struttura del mercato e il grado di integrazione dello stesso, senza trascurare anche il costo-opportunità dell'applicazione delle regole di concorrenza¹¹⁴.

In realtà, nonostante le affermazioni di principio siano in linea con quanto si è detto, la Commissione sembra mostrare una certa riluttanza a trarre le conseguenze applicative delle sue prese di posizione; la decisione di proibire una determinata restrizione verticale dovrebbe dipendere dall'analisi degli effetti economici che concretamente produce sul mercato rilevante e non essere fondata sulla sua astratta qualificazione¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. RILEY *op. cit.* p. 491, GRIFFITHS, *cit.* p. 241 e ss..

¹¹⁴ Non ultimo il costo dell'obbligo di notificazione a carico delle imprese, oggi mitigato, come si è osservato *supra*. Cfr. su tali aspetti, ARHEL *La pratique des accords de distribution*, EFE, pp. 9 e ss.

¹¹⁵ Si è osservato che la stessa Corte di Giustizia nel caso *Volk* (sentenza 9 luglio 1969, causa 5/69) non ha condannato un accordo che assicurava una protezione territoriale assoluta.