

Dott. Gianluca Faella

IL NUOVO REGOLAMENTO COMUNITARIO SULLE INTESE VERTICALI E LE RELATIVE LINEE DIRETTRICI: DAL FORMALISMO GIURIDICO ALL’AFFERMAZIONE (PARZIALE) DEL RAGIONAMENTO ECONOMICO

Il regolamento n. 2790/99 ha superato l’approccio formalistico adottato in passato dalla Commissione in materia di accordi verticali, basato sull’interpretazione ampia del divieto di cui all’art. 85, par. 1, del Trattato CE e sull’adozione di regolamenti di esenzione per categoria. Il nuovo regolamento si ispira alle indicazioni dell’analisi economica, prevedendo un’esenzione per categoria per tutti gli accordi verticali stipulati da imprese che detengano una quota di mercato inferiore al 30%. La possibilità di fruire del beneficio dell’esenzione per categoria è subordinata al rispetto delle condizioni di applicazione e all’assenza delle clausole incluse nella c.d. *black list*. L’utilizzo delle quote di mercato per individuare gli accordi meno pericolosi dal punto di vista della concorrenza, sebbene comporti l’insorgere di alcuni rilevanti problemi applicativi, appare un compromesso accettabile tra aderenza alla realtà economica e certezza del diritto. La *black list* e le condizioni di applicazione, invece, appaiono ancora eccessivamente restrittive alla luce degli insegnamenti dell’analisi economica, anche a causa dell’influenza esercitata dall’obiettivo politico dell’integrazione dei mercati nazionali.

Abstract

Regulation n. 2790/99 has replaced the formalistic approach adopted in the past years by the European Commission towards vertical agreements. This attitude had been based on a broad interpretation of the prohibition set out in art. 85.1 of the EC Treaty and on the adoption of block exemption regulations. The new regulation is aimed to comply with standards coming from economic analysis; it therefore provides all vertical agreements, signed by undertakings holding a market share lower than 30%, with block exemptions.

In order to benefit from those particular means, undertakings must comply with requirements set out in the above mentioned regulation, especially paying attention not to insert any of the clauses contained in the so called “black list”. Using market shares in order to assess whether agreements can be of any danger toward competition is an acceptable compromise between economic reality and legal certainty.

Under an economic perspective, black list and requirements seem to be still quite restrictive. This approach is particularly caused by market integration effects, an additional regulation goal.

Sommario

1. L'approccio formalistico adottato in passato. 2. Linee essenziali del regolamento n. 2790/99. 3. Analisi del regolamento alla luce della teoria economica. 4. Valutazioni conclusive.

1. L'approccio formalistico adottato in passato.

Con l'emanazione del regolamento n. 2790/99, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato di Roma a categorie di accordi e pratiche concordate verticali, la Commissione europea ha operato una svolta radicale, sul piano tanto teorico quanto applicativo, nella politica di concorrenza comunitaria in materia di intese verticali. Il regolamento fa seguito ad un ampio dibattito, relativo al trattamento a fini concorrenziali da riservare agli accordi verticali, animato da critiche radicali da parte di accademici e membri delle autorità nazionali di tutela della concorrenza, nonché dalle voci, provenienti dal mondo degli affari, favorevoli ad un approccio maggiormente improntato a considerazioni di carattere economico¹. La Commissione Europea, mostrando una apprezzabile sensibilità nei confronti delle sollecitazioni provenienti dall'esterno, ha progressivamente delineato, dapprima col libro verde pubblicato il 22 gennaio 1997, poi con la comunicazione del 30 settembre 1998², i punti fondamentali del nuovo approccio comunitario alle restrizioni verticali della concorrenza, cui il Reg. 2790/99 e le relative Linee direttrici hanno infine dato concretezza.

Il nuovo quadro normativo dovrebbe consentire il superamento degli inconvenienti applicativi e delle incongruenze manifestatesi nella pregressa prassi applicativa della Commissione. Quest'ultima, come noto, è stata tradizionalmente incline all'adozione di un'interpretazione ampia e formalistica dell'ex art. 85, par. 1, ora art. 81, par. 1, tendendo a far coincidere la nozione di restrizione della concorrenza con ogni accordo

¹ In realtà, il nuovo regolamento si inserisce nell'ambito di una più generale fase di transizione e di rinnovamento della politica di concorrenza comunitaria, volta ad adeguare l'apparato normativo e la prassi applicativa ai mutamenti che si sono verificati nel mondo dell'economia, nello stato di integrazione raggiunto all'interno del mercato comune e nei risultati del pensiero economico. Cfr. in particolare il *Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, Bruxelles, 20 aprile 1999, che dovrebbe costituire il primo passaggio verso una radicale evoluzione della politica di concorrenza comunitaria, ed in particolare delle regole che presiedono alla realizzazione del divieto delle intese restrittive.

² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie alle restrizioni verticali – Seguito del Libro verde sulle restrizioni verticali, in G.U.C.E. 1998 C365/03.

che limiti la libertà d'azione di almeno una delle parti contraenti e determini effetti sensibili sulla situazione dei terzi, siano essi concorrenti o consumatori (teoria c.d. della *freedom of action*)³; in tale contesto, ogni approfondimento circa l'effettivo impatto economico della pratica sul mercato era rinviato al momento dell'esame riguardante l'ammissibilità della concessione di un'esenzione ex art. 85 par. 3⁴.

Nonostante un'interpretazione del concetto di restrizione della concorrenza infelice in quanto sostanzialmente disancorato dall'effettivo impatto dell'accordo sul mercato⁵, la Commissione ha potuto rimediare al conseguente allargamento oltre ragionevole misura della portata del divieto ex par. 1 dell'art. 85 attraverso il ricorso allo strumento dell'esenzione di cui al par. 3. Tuttavia, l'interpretazione ampia dell'art. 85, par. 1, accompagnata dalla gravità delle conseguenze del divieto per le parti, vale a dire la nullità dell'accordo ex art. 85, par. 2, ha allarmato le imprese inducendole a presentare, nei primi anni di azione della Commissione, un numero talmente elevato (circa 30.000) di notificazioni, al fine di ottenere una esenzione individuale, da porre la Commissione

³ "In materia di accordi verticali la Commissione si è ... sempre basata su un'analisi condotta in due fasi in base alla struttura dell'art. 85 del Trattato CE. In una prima fase l'esclusiva di un rapporto contrattuale fra produttore e distributore viene esaminata come restrizione della concorrenza, poiché limita la libertà d'azione delle parti nel territorio cui si riferisce. In una seconda fase l'accordo può essere normalmente esentato in base all'art. 85, paragrafo 3, del Trattato CE purché non contenga disposizioni tali da creare una protezione territoriale assoluta per il distributore o, per lo meno, non abbia oggettivamente tale effetto". XXIII Relazione sulla politica di concorrenza, 1993, paragrafo n. 212.

⁴ Cfr. sul punto, tra gli altri, CARLIN F.M., *Vertical Restraints: Time for Change?*, European Competition Law Review, 1996, p. 283, e LUGARD H.H.P., *Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?*, European Competition Law Review, 1996, pp. 166-168. Diversi fattori hanno influito sulla scelta, operata dalla Commissione, di aderire alla "freedom of action theory", e potrebbero spiegare lo scarso interesse mostrato per l'analisi economica nell'ambito del par. 1 dell'art. 85. Anzitutto, l'obiettivo politico dell'integrazione dei mercati nazionali, divenuto rilevante ex art. 85 nell'ambito di un'interpretazione sistematica di tale norma, operata tenendo conto degli scopi del Trattato in cui essa s'inserisce, ha portato in determinate ipotesi a privilegiare l'abbattimento degli ostacoli al commercio tra gli Stati membri rispetto a considerazioni di efficienza economica. Inoltre, la presenza dell'art. 85 par. 3, sull'esenzione dal divieto delle intese restrittive, ha indotto molti a ritenere che ogni analisi dell'impatto di una pratica sul mercato dovesse essere posticipata in tale sede. Infine, gli stessi interessi istituzionali della Commissione potrebbero aver spinto nel senso dell'ampliamento della portata del divieto, salvo il ricorso all'esenzione. Infatti, l'aver fornito un'interpretazione ampia, quasi meccanica, dell'art. 85 par. 1, e rinviato ogni approfondimento relativo ai concreti effetti della pratica al momento di valutare la sussistenza delle condizioni per la concessione di un'esenzione ex art. 85 par. 3, ha rafforzato il suo monopolio nell'applicazione del par. 3 stesso. Cfr. HAWK B.E., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, Common Market Law Review, 1995, pp. 977-982, e BRIGHT C., *Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85 (1)*, International Antitrust Law & Policy, Fordham University School of Law, 1994, pp. 514-516.

⁵ "Article 85(1) forbids only agreements that have the object or effect of *restricting competition*. For the agreement to be forbidden, the object or effect must be to restrict competition and *not merely conduct*": KORAH V. e WARWICK R.A., *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, Londra, 1992, p. 40.

stessa nell'impossibilità di far fronte a tanto lavoro con le sue risorse limitate. Di fronte ad un simile accumulo di notificazioni, e riconosciuti i vantaggi che possono derivare dall'utilizzo di restrizioni verticali nei contratti di distribuzione, la risposta obbligata è stata l'emanazione di regolamenti di esenzione per categoria, destinati a disciplinare determinate formule distributive e settori economici⁶.

Tale approccio regolatorio è stato oggetto, negli anni precedenti la riforma, di una serie di critiche, fondate in particolare sull'evoluzione della dottrina economica nell'analisi delle restrizioni verticali. I regolamenti di esenzione contenevano elenchi di clausole che potevano, o non potevano, essere inserite nei contratti, indipendentemente dal contesto economico e giuridico rilevante. Tuttavia, l'analisi economica insegna come sia difficilissimo dire, a priori, se un particolare tipo di restrizione verticale abbia un effetto anticompetitivo e quale possa essere il suo impatto complessivo sull'efficienza economica. Infatti, sia le restrizioni sul prezzo che gli altri accordi verticali possono promuovere o ridurre l'efficienza economica, ed essere procompetitive o anticompetitive, dipendendo gli effetti concreti della pratica interessata dalla struttura del mercato ed in generale dal contesto economico in cui essa si inserisce, e, in par-

⁶ Ai nostri fini vengono in rilievo il Reg. 1983/83, sugli accordi di distribuzione esclusiva, e il Reg. 1984/83, sugli accordi di acquisto esclusivo, che hanno sostituito il precedente Reg. 67/67, il Reg. 1475/95, sugli accordi per la distribuzione di autoveicoli ed il servizio assistenza alla clientela, che ha sostituito il Reg. 123/85, ed il Reg. n. 4087/88 sugli accordi di franchising. Tali regolamenti erano strutturati attraverso la previsione di alcuni elenchi di clausole alle quali veniva riservato un diverso apprezzamento in relazione all'art. 85: la "grey-list", elenco delle obbligazioni considerate restrittive della concorrenza cui le parti potevano liberamente impegnarsi, senza che potesse farsi applicazione dell'art. 85, par. 1; la "white-list", contenente obblighi che si riteneva non avessero normalmente carattere restrittivo della concorrenza; infine, la "black-list", in cui venivano indicate le obbligazioni cui i contraenti non potevano impegnarsi, pena l'inapplicabilità dell'esenzione automatica. Su tali regolamenti cfr. FRIGNANI A. e WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, GHIDINI G. e HASSAN S., *Diritto industriale e della concorrenza nella CEE con cenni alla normativa antitrust italiana*, Milano, 1991, VAN BAEL I. e BELLIS J.F., *Il diritto della concorrenza nella comunità europea*, Torino, 1995, KORAH V., *An introductory guide to EC competition law and practice*, Londra, 1994, KORAH V. e WARWICK R.A., *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, Londra, 1992. Con specifico riferimento al contratto di franchising, cfr. GANDIN R., *La disciplina CEE del franchising alla luce del regolamento comunitario n. 4087/88*, Giurisprudenza commerciale, 1991, e KORAH V., *Franchising and the EEC competition rules. Regulation 4087/88*, Oxford, 1989. Sugli accordi di distribuzione selettiva di automobili, cfr. ROSCIONI G., *Osservazioni a margine del nuovo regolamento comunitario in tema di distribuzione selettiva di automobili*, Disciplina del commercio, 1996, e VEZZOSO S., *Il nuovo Regolamento comunitario di esenzione per categoria in materia di distribuzione di autoveicoli*, Giurisprudenza comunitaria, 1996.

ticolare, dalla posizione delle parti sul mercato stesso, dalla posizione dei più diretti concorrenti, dalla presenza e dalla consistenza delle barriere all'ingresso⁷.

La posizione della Commissione è stata pertanto criticata per la sua mancanza di flessibilità e per l'accento posto sulla forma piuttosto che sull'impatto economico di un accordo. La rigidità lamentata si è poi trasmessa anche alla prassi degli affari, ove le imprese, al fine di beneficiare delle esenzioni per categoria, sono state indotte a standardizzare i loro contratti, conformando in maniera sistematica il contenuto di questi alle previsioni regolamentari applicabili⁸. Tale fenomeno, noto come effetto di "straitjacket", costringeva l'autonomia contrattuale degli operatori e il libero operare delle forze di mercato in un settore, come quello della distribuzione, altrimenti caratterizzato da un elevato dinamismo⁹.

Simili effetti distorsivi ha posto la disparità di trattamento, spesso ingiustificata sul piano economico, delle stesse restrizioni verticali in relazione al settore economico o alla formula distributiva utilizzata, disparità in grado anch'essa di condizionare la scelta delle modalità di distribuzione da parte delle imprese¹⁰. Al contrario, in un sistema antitrust maturo la scelta tra le diverse forme distributive dovrebbe essere lasciata alle libere valutazioni, di convenienza e di efficienza, degli operatori economici, piuttosto che essere condizionata da quelle stesse regole che quella libertà di scelta vorrebbero

⁷ L'approccio della Commissione, pertanto, ha comportato non solo che venissero presunte restrittive ex art. 85.1, ed esentate ex art. 85.3, una serie di clausole che avrebbero potuto in concreto, e nella maggior parte dei casi, risultare non restrittive *tout court*, ma presentava un duplice rischio: in primo luogo, che fossero considerate restrittive ex art. 85.1 e mai esentabili clausole che in certe circostanze potevano essere giustificate da valide motivazioni economiche; in secondo luogo, che fossero automaticamente escluse dal divieto pattuizioni conformi alle previsioni dei regolamenti di esenzione, trascurando il fatto che, in presenza di determinate condizioni di mercato, queste potevano nondimeno produrre restrizioni della concorrenza. Cfr., tra gli altri, PERA A. e TODINO M., *Il Sistema di Tutela della Concorrenza nell'Ordinamento Comunitario. Un'ipotesi di Riforma*, Diritto del commercio internazionale, 1997, pp. 428-430, MASSEY P., *Reform of EC Competition Law: Substance, Procedure and Institutions*, International Antitrust Law & Policy, Fordham University School of Law, 1996, p. 109, DEACON D., *Vertical Restraints Under EU Competition Law: New Directions*, International Antitrust Law & Policy, Fordham University School of Law, 1996, pp. 310-311.

⁸ Cfr., tra gli altri, VAN THEMAAT W.V. e WAELBROECK D., *The EC Commission proposals on vertical restraints: a new way of thinking*, The European Antitrust Review, 1999, p. 15.

⁹ Quali potessero essere gli effetti negativi, in termini di flessibilità delle imprese nel modo di organizzare la propria attività e di sviluppo di formule contrattuali più efficienti e innovative, è facile immaginare. Cfr. EHLERMANN C.D. e LAUDATI L.L., *Proceedings of the European Competition Forum*, 1997.

¹⁰ Un trattamento di spiccato favore è stato riservato, come noto, al franchising, inducendo in tal modo le imprese a rivestire i propri contratti dei connotati caratteristici di tale contratto.

proteggere e garantire, quantomeno nei casi in cui alla base del diverso trattamento non vi sia un serio fondamento di analisi economica.

2. Linee essenziali del regolamento n. 2790/99.

Il nuovo regolamento di esenzione per categoria ha profondamente riformato l'approccio comunitario alle intese verticali, al fine di porre rimedio agli inconvenienti applicativi sopra visti e adeguare l'esame antitrust ai risultati dell'analisi economica. Il contenuto del regolamento è stato oggetto di diverse trattazioni in dottrina¹¹; in questa sede, pertanto, sarà sufficiente richiamarne i punti salienti, ai fini dell'analisi che sarà svolta nel paragrafo successivo. In primo luogo, va rilevato come la nuova politica di concorrenza comunitaria in materia di accordi verticali sia ispirata dal perseguimento di due obiettivi fondamentali, che la Commissione ha enunciato nelle linee direttrici. L'obiettivo definito primario, da perseguire servendosi di un'impostazione di stampo economico, è costituito dalla tutela della concorrenza, dal momento che essa "favorisce i consumatori e determina una efficiente allocazione delle risorse"; in secondo luogo, la Commissione ha riaffermato il valore dell'integrazione dei mercati nazionali come obiettivo "ulteriore" della politica di concorrenza.

Gli obiettivi riferiti vengono perseguiti attraverso l'emanazione di un unico regolamento, avente portata generale. L'adozione di un unico testo normativo permette di porre fine alle ingiustificate disparità di trattamento, indotte dai precedenti regolamenti applicabili a diversi settori e forme distributive, causa in passato di evidenti effetti distorsivi¹². Inoltre, l'ampia portata del regolamento¹³ dovrebbe porre rimedio alla situazione per cui la maggior parte delle imprese non potevano, negli anni passati, benefi-

¹¹ Cfr., tra gli altri, RINALDI R., *Il Nuovo Regolamento della Commissione Europea sugli Accordi Verticali*, Diritto del Commercio Internazionale, 2000, GRIFFITHS M., *A Glorification of de minimis – The Regulation on Vertical Agreements*, European Competition Law Review, 2000, BRUZZONE G., *Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali*, Mercato, concorrenza, regole, 2000, WHISH R., *Recent developments in Community competition law 1998/1999*, European Law Review, 2000.

¹² La riforma ha in effetti abolito il sistema di tutela differenziato per i settori della birra e della benzina, così come cessa il trattamento privilegiato del franchising. Sfugge ancora all'esenzione unica, invece, il settore degli autoveicoli, attualmente disciplinato da uno specifico regolamento d'esenzione, in scadenza nel 2002.

ciare di alcuna delle diverse esenzioni per categoria ed erano pertanto costrette a notificare l'accordo o correre il rischio di vederselo dichiarato nullo.

Oggetto dell'esenzione sono gli accordi verticali conclusi tra imprese che detengano una quota di mercato inferiore al 30%¹⁴. In particolare, secondo quanto previsto dall'art. 3 del regolamento, la quota di mercato che rileva ai fini dell'applicazione dell'esenzione per categoria è quella detenuta dal fornitore sul mercato in cui esso vende i beni o i servizi oggetto del contratto. Fanno eccezione gli accordi verticali che prevedano obblighi di "fornitura esclusiva", intesi, ai sensi dell'art. 1, lett. c, come "qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone al fornitore di vendere i beni o i servizi specificati nell'accordo ad un unico acquirente all'interno della Comunità, ai fini di un'utilizzazione specifica o della rivendita", per i quali la Commissione ha ritenuto opportuno assumere a parametro di riferimento la quota di mercato dell'acquirente sul mercato rilevante in cui esso acquista i beni o i servizi oggetto del contratto.

La possibilità di fruire del beneficio dell'esenzione per categoria è peraltro preclusa ove gli accordi contengano determinate clausole inserite nella c.d. *black list*. Tale elenco di restrizioni, c.d. *hardcore*, sono escluse dall'esenzione per categoria a prescindere da ogni valutazione in merito alla quota di mercato e difficilmente possono essere ammesse a godere di una esenzione individuale, in ragione del ritenuto intollerabile impatto anticompetitivo e dello scarso rilievo dei possibili effetti proconcorrenziali¹⁵.

¹³ La nuova esenzione per categoria copre infatti i servizi, i prodotti intermedi, i prodotti destinati alla rivendita previa trasformazione, la distribuzione selettiva, gli accordi coinvolgenti più di due imprese, categorie tutte precedentemente escluse dai regolamenti d'esenzione. Cfr. *Linee Diretrici sulle restrizioni verticali*, par. 23-24.

¹⁴ Nelle prime bozze della comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie alle restrizioni verticali la Commissione aveva proposto un complesso sistema con due diverse soglie espresse in termini di quote di mercato, fissate al 20 e al 40 per cento, le quali avrebbero dovuto applicarsi alle diverse forme di restrizioni verticali, classificate sulla base della loro presunta gravità. E' chiaro peraltro che un simile sistema avrebbe riproposto in certa misura gli stessi problemi di formalismo giuridico caratteristici del vecchio approccio comunitario alle restrizioni verticali e compromesso in parte la semplicità applicativa che si voleva assicurare, per quanto possibile, al nuovo regolamento. Pertanto la Commissione ha infine optato per un'unica soglia fissata al 30%. Cfr. NAZERALI J. e COWAN D., *Reforming E.U. Distribution Rules – Has the Commission Found Vertical Reality?*, *European Competition Law Review*, 1999, p. 161 ss.

¹⁵ In particolare, le pattuizioni incluse nella lista nera sono, ai sensi dell'art. 4, quelle aventi ad "oggetto":

- a) la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il prezzo di rivendita, fatta salva la facoltà per il fornitore di fissare un prezzo massimo o di raccomandare un dato prezzo, purché questi ultimi non equivalgano ad un prezzo fisso o minimo in conseguenza di pressioni o di incentivi;
- b) le restrizioni relative al territorio in cui, o alla clientela alla quale, l'acquirente può vendere i beni o servizi oggetto del contratto. Sono tuttavia ammessi gli accordi aventi ad oggetto:

La Commissione ha invece abbandonato l'impiego di *white list* e *grey list*, al fine di liberare le imprese dall'effetto costrittivo dovuto alla necessità di adeguare, positivamente, il contenuto dei propri accordi alle previsioni regolamentari¹⁶.

Accanto alle restrizioni fondamentali inserite nella lista nera, il regolamento contiene, all'art. 5, alcune previsioni definite "condizioni di applicazione" del regolamento stesso, serie di obblighi cui l'esenzione per categoria non si applica, indipendentemente dal fatto che la soglia del 30% di quota di mercato sia superata¹⁷.

-
- la restrizione delle vendite attive nel territorio esclusivo od alla clientela esclusiva riservati al fornitore o ad un altro acquirente, a patto che tale restrizione non limiti le vendite da parte dei clienti dell'acquirente;
 - la restrizione delle vendite agli utenti finali da parte di un grossista;
 - la restrizione delle vendite ai distributori non autorizzati da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva;
 - la restrizione della facoltà dell'acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore;
- c) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;
- d) la restrizione delle forniture incrociate tra distributori all'interno di un sistema di distribuzione selettiva, ivi inclusi i distributori operanti a differenti livelli commerciali;
- e) la restrizione pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, che limiti la possibilità del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, riparatori o altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o manutenzione dei propri prodotti.

La scelta degli accordi da inserire nella lista nera rappresenta probabilmente il punto di contatto più evidente che lega la politica di concorrenza comunitaria quale si è sviluppata negli anni passati al nuovo approccio sancito dal regolamento. In linea con la tradizione della prassi decisionale e giurisprudenziale comunitaria, infatti, il divieto per se di cui la *black list* costituisce espressione si indirizza in primo luogo verso gli accordi verticali relativi ai prezzi di rivendita minimo o fisso, con la novità, rispetto al passato, dell'ammissione del prezzo imposto massimo, coerentemente alle indicazioni dell'analisi economica. Rispecchia principi tradizionalmente accolti nell'antitrust comunitario anche il trattamento delle restrizioni territoriali e relative alla clientela, oggetto di un generale divieto, con alcune eccezioni; trattamento che conferma il peso che l'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali ancora riveste, nella politica di concorrenza comunitaria in generale ed in materia di accordi verticali in particolare. Alcune previsioni, inoltre, riprendono principi affermati in materia di distribuzione selettiva.

¹⁶ La svolta è, almeno in linea di principio, di assoluto rilievo in quanto adesso, assecondando il libero operare delle forze di mercato in luogo di costringerle entro schemi predefiniti, non si dice più alle imprese come devono strutturare i propri accordi di distribuzione per evitare di incorrere in sanzioni, ma si indica semplicemente quali sono le pattuizioni vietate, lasciando per il resto la più ampia autonomia agli operatori che non detengano un significativo potere di mercato.

¹⁷ Sotto tale profilo, le "condizioni di applicazione" sembrerebbero costituire una vera e propria integrazione della *black list*. Una differenza applicativa è tuttavia esplicitata nelle Linee direttrici: mentre infatti la presenza di una o più restrizioni fondamentali comporta l'esclusione dal beneficio dell'esenzione per l'intero accordo, in caso di inosservanza di alcuna delle previsioni dell'art. 5 l'esenzione non si applica esclusivamente a quella parte dell'accordo che non risulti conforme alle condizioni d'applicazione, mentre continua ad applicarsi alla restante parte, nella misura in cui quest'ultima sia separabile dagli obblighi non esentati (c.d. regola della separabilità). Cfr. *Linee direttrici*, cit., par. 67. In particolare, le obbligazioni non coperte dall'esenzione sono:

- a) un obbligo di non concorrenza (categoria che include, accanto ad obblighi di non concorrenza in senso stretto, obblighi di acquisto esclusivo), diretto o indiretto, la cui durata sia indeterminata o superiore a cinque anni, con la precisazione per cui un obbligo di non concorrenza tacitamente rinnovabile oltre i cinque anni si considera concluso per una durata indeterminata. Il limite dei cinque anni contempla una sola eccezione, per il

Gli accordi verticali non coperti dal regolamento d'esenzione per categoria non sono considerati senz'altro illegali, ma possono essere assoggettati a un esame individuale da parte della Commissione. Nell'ambito di tale esame, ricade sulla Commissione l'onere di provare che l'accordo interessato viola l'art. 81, par. 1, ed è data facoltà alle parti di dimostrare la meritevolezza di un'esenzione individuale in virtù del rispetto delle condizioni previste dal par. 3. La Commissione ha espresso l'intento di seguire, nello svolgimento delle valutazioni relative all'esame individuale delle restrizioni verticali alla luce dell'art. 81, un approccio economico, incentrato sull'idea di restringere le ipotesi di divieto a quei casi che, in relazione al potere di mercato detenuto dalle parti dell'accordo, minacciano di incidere realmente in maniera negativa sulla concorrenza¹⁸. Riconosciuta l'applicabilità dell'art. 81.1 nel caso di specie, un apprezzamento complessivo dell'impatto delle restrizioni verticali interessate sulla concorrenza impone di valutare l'incidenza di possibili effetti positivi sul piano dell'efficienza, sulla base degli insegnamenti provenienti dall'analisi economica¹⁹.

caso in cui i beni o servizi oggetto del contratto siano venduti dall'acquirente in locali e terreni di proprietà del fornitore o da questi affittati presso terzi non collegati all'acquirente, purché la durata dell'obbligo di non concorrenza non sia superiore al periodo di occupazione dei locali e terreni da parte dell'acquirente;

b) un obbligo, diretto o indiretto, che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi, salvo che tale obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali, sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale, e sia indispensabile per proteggere il know-how trasferito dal fornitore all'acquirente, a patto che la durata dell'obbligo non ecceda un anno dalla scadenza dell'accordo;

c) un obbligo diretto o indiretto che imponga ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di non vendere marche di particolari fornitori concorrenti.

Anche le condizioni di applicazione, come le restrizioni fondamentali, rappresentano in buona parte una traduzione ed un adattamento di principi e criteri consolidati nella politica di concorrenza comunitaria all'interno del nuovo sistema di esenzione, basato sulle soglie espresse in termini di quote di mercato.

¹⁸ Secondo le indicazioni contenute nelle Linee direttrici, ai fini dell'applicazione dell'art. 81.1 è necessario condurre una approfondita analisi diretta a stabilire se l'accordo in esame comporta un'apprezzabile restrizione della concorrenza, utilizzando come riferimento essenzialmente parametri di carattere strutturale, o comunque relativi al contesto di mercato: si tratta principalmente della posizione di mercato del fornitore e dei suoi concorrenti, della posizione di mercato dell'acquirente, della presenza e consistenza di barriere all'entrata, del grado di maturità del mercato, del livello della catena di produzione interessato, della natura del prodotto. Cfr. *Linee direttrici*, cit., par. 121-133.

¹⁹ Buona parte di tali teorie sono riprese nelle Linee direttrici, par. 115-118, e rappresentano pertanto un utile riferimento per gli interpreti in merito alle argomentazioni efficientiste cui la Commissione ritiene di poter dar credito; con l'avvertenza, peraltro, che tali indicazioni, da un lato, debbono essere concretamente verificate nel caso in esame e, dall'altro, non possono essere ritenute esaustive, ben potendo verificarsi situazioni in cui le reali motivazioni per l'utilizzo di determinate pratiche risiedono altrove.

L'art. 6 del regolamento prevede la possibilità per la Commissione di revocare il beneficio dell'esenzione, con effetto *ex nunc*, qualora constati, in un caso determinato, che accordi verticali rientranti nel campo d'applicazione del regolamento producono nondimeno taluni effetti incompatibili con le condizioni dell'art. 81, par. 3²⁰. L'art. 7 del regolamento attribuisce la medesima facoltà di revoca alle autorità competenti degli Stati membri qualora, in un caso determinato, gli accordi verticali cui si applica l'esenzione per categoria producano effetti incompatibili con le condizioni di cui all'art. 81.3 del trattato, limitatamente al territorio di uno Stato membro, o in una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto²¹.

In alternativa al ritiro dell'esenzione per categoria, la Commissione può adottare, nei casi in cui reti parallele di restrizioni verticali simili coprano più del 50% di un mercato rilevante, un atto avente natura regolamentare, che disponga, relativamente a tale mercato, la non applicabilità del regolamento d'esenzione agli accordi verticali contenenti determinate restrizioni²².

²⁰ Attraverso il meccanismo della revoca il legislatore comunitario ha inteso in particolare fronteggiare il problema delle reti parallele di accordi verticali simili praticati da fornitori o acquirenti concorrenti. Si tratta di ipotesi di restrizioni verticali tra loro autonome, che individualmente ricadrebbero nella sfera d'applicazione del regolamento, ma che, qualora siano realizzate contemporaneamente da più operatori, possono avere un impatto negativo sulla concorrenza, segnatamente in termini di chiusura del mercato o di supporto a pratiche collusive orizzontali. In tali casi, comunque, possono essere assoggettati a revoca esclusivamente quegli accordi che contribuiscono in maniera significativa all'effetto cumulativo di blocco.

²¹ Le decisioni di revoca delle autorità competenti degli Stati membri, adottate in conformità con le procedure stabilite dalla legislazione nazionale, hanno effetto limitatamente al territorio dello Stato membro interessato. La norma di cui all'art. 7, fra le più controverse per i problemi di coordinamento e uniformità del diritto che solleva, si inserisca all'interno di una fase di ripensamento più generale nella politica di concorrenza della Commissione, in direzione di un sostanziale decentramento nell'applicazione delle norme antitrust comunitarie. Nel Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE, infatti, la Commissione ha espresso il proposito di consentire alle autorità nazionali garanti della concorrenza ed alle autorità giudiziarie degli Stati membri di applicare a livello decentrato l'art. 81.3, attualmente rientrante nella sua competenza esclusiva. In tal modo si avrebbe il passaggio dall'attuale regime d'autorizzazione, in cui solo un intervento dell'organo competente, con una decisione costitutiva di diritti, può rimuovere il divieto sancito dalla legge, ad un regime di eccezione legale, in cui l'operatività del divieto delle intese restrittive della concorrenza è esclusa quando queste rispondano ai requisiti fissati dalla legge. All'attuale necessità di notifica si sostituirebbe, pertanto, un controllo a posteriori, che potrebbe essere svolto a livello decentrato dalle autorità antitrust e dagli organi giudiziari degli Stati membri.

²² La scelta della soluzione più appropriata tra revoca individuale e regolamento di disapplicazione può dipendere in particolare da fattori quali il numero di imprese concorrenti che contribuiscono all'effetto cumulativo, o il numero di mercati geografici interessati. Va evidenziata la differenza tra i due strumenti sul piano degli effetti. Mentre infatti la revoca comporta una decisione di non compatibilità dell'accordo con il diritto comunitario della concorrenza, e quindi un accertamento della violazione dell'art. 81, un regolamento adottato ai sensi dell'art. 8 implica semplicemente l'esclusione dal beneficio dell'esenzione per categoria delle restrizioni e dei mercati interessati e il ritorno ad una valutazione caso per caso alla luce dell'art. 81, paragrafi 1 e 3.

A completamento della complessiva riforma della politica di concorrenza comunitaria in materia di accordi verticali, l'art. 1 del Reg. 1216/99 ha modificato l'art. 4, par. 2, del Reg. n. 17/62, estendendo alle restrizioni verticali la previsione della facoltà della Commissione di concedere, per determinati accordi, un'esenzione individuale con effetto retroattivo a partire dal momento della conclusione dell'accordo. La possibilità di adottare una decisione di esenzione con effetto *ex tunc* dovrebbe ridurre l'incentivo per le imprese a notificare preventivamente i propri accordi al fine di porsi al riparo dai divieti dell'antitrust²³. Inoltre, tale modifica dovrebbe comportare la drastica riduzione delle controversie artificiose sollevate dagli operatori al fine di sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali mediante contestazione della validità del contratto, non tempestivamente notificato, per violazione dell'art. 81.1 (c.d. "euro defence")²⁴.

²³ In aggiunta, secondo la Commissione, la modifica introdotta dovrebbe mitigare in maniera sostanziale i problemi di incertezza giuridica per le imprese causati dall'adozione delle quote di mercato come parametro decisivo ai fini dell'esenzione per categoria. Infatti, qualora un'impresa, a seguito dell'erronea valutazione della propria quota di mercato, avesse falsamente confidato nell'esenzione per categoria, essa potrebbe comunque beneficiare di un'esenzione individuale con effetto retroattivo, purché naturalmente siano soddisfatte sin dal principio le condizioni di cui all'art. 81.3. Cfr. *Linee direttrici*, cit., par. 63.

²⁴ Quanto in concreto la nuova norma riuscirà nell'intento di ridurre il numero delle notifiche individuali resta da vedere nei primi anni di applicazione della riforma. In ogni caso, l'incidenza della modifica in discorso sulla possibile riduzione del numero di notificazioni individuali non va sopravvalutata sotto diversi aspetti. In primo luogo, infatti, la certezza giuridica assicurata alle imprese è comunque limitata in quanto, non potendo esse prevedere con certezza le valutazioni che saranno compiute dalla Commissione, solo un provvedimento d'esenzione le pone realmente al riparo da eventuali rivendicazioni di fronte ai tribunali nazionali. In secondo luogo, è possibile che le imprese desiderose di sottrarsi ai propri obblighi contrattuali continuino a ricorrere alla *euro defence*, quantomeno come mezzo procedurale per ritardare l'esecuzione dei contratti. Cfr. su tali punti NAZERALI J. e COWAN D., *Reforming E.U. Distribution Rules – Has the Commission Found Vertical Reality?*, cit., pp. 164-165, e NAZERALI J. e COWAN D., *The Commission's Draft Communication on Distribution Agreements - Market Shares are Predictably Back on the Table!*, *European Competition Law Review*, 1998, p. 410. Infine, vi è un problema legato allo stesso accoglimento di parametri di valutazione economici, i quali per loro natura implicano un apprezzamento ai fini concorrenziali che può variare in relazione al mutare del contesto di mercato di riferimento. In particolare, è possibile che un accordo, pur non rientrando nell'ambito di applicazione dell'esenzione per categoria, nei primi anni della sua esecuzione sia, alla luce di una valutazione complessiva di effetti anticompetitivi ed effetti benefici, esentabile, ma successivamente, in conseguenza di un mutamento del contesto di mercato (ipotizziamo: maggiore conoscenza nel pubblico di un prodotto tecnicamente complesso che renda non più necessario il ricorso a determinate restrizioni, riduzione del livello di concorrenza interbrand che accentui il potenziale anticompetitivo dell'accordo) presenti un'incidenza sulla concorrenza tale da non consentire più la concessione dell'esenzione. In tal caso, a meno di non voler ammettere la possibilità per la Commissione di concedere un'esenzione con riferimento ad un certo periodo nel passato, con effetto cioè dalla data della stipulazione fino al momento della sopravvenuta restrittività, ancora una volta la strada più sicura per le imprese resta quella della previa notificazione dell'accordo. La difficoltà riferita sarebbe comunque superata dal verosimile passaggio dal sistema d'autorizzazione al sistema d'eccezione legale prospettato nel libro bianco dalla Commissione, in quanto in tal caso il beneficio di cui all'art. 81.3 non sarebbe più legato ad un provvedimento

3. Analisi del regolamento alla luce della teoria economica.

Il nuovo approccio comunitario alle restrizioni verticali va nel complesso accolto con favore in quanto supera un sistema che appariva sempre meno al passo coi progressi dell'analisi economica, e apre a considerazioni di carattere economico al fine di un più corretto apprezzamento del reale impatto di una pratica sulla concorrenza. Come visto, tale approccio si fonda sul riconoscimento del processo concorrenziale, inteso come strumento di efficiente allocazione delle risorse, quale obiettivo della politica di concorrenza comunitaria, da affiancare al fine politico dell'integrazione dei mercati nazionali. Proprio la scelta di improntare l'esame a fini antitrust degli accordi verticali a criteri economici, tuttavia, implica che una coerente analisi critica del contenuto del regolamento e delle Linee direttrici debba essere svolta alla luce dei risultati dell'analisi economica, di cui conviene richiamare i punti essenziali.

Pur consapevoli della relatività del criterio, e del fatto che, come vedremo, restrizioni della concorrenza all'interno di una marca possono avere effetti sulla concorrenza tra produttori di marche diverse, ci sembra che sul piano concettuale, prima ancora che applicativo, sia corretto svolgere l'analisi economica con riferimento a restrizioni verticali intrabrand, da una parte, e interbrand, dall'altra²⁵. Le prime, caratteristiche del settore distributivo, comprendono una serie di pattuizioni volte a regolare le vendite da parte del distributore di prodotti di una determinata marca, senza porre limitazioni alla vendita di prodotti provenienti da altri produttori. Tali restrizioni vengono a loro volta solitamente divise in quelle afferenti al prezzo (RPM), con le quali il produttore controlla il prezzo a cui un bene può essere rivenduto, e nelle “*nonprice restraints*”, comprendenti una serie di diverse pattuizioni le più comuni delle quali sono le restrizioni territoriali e quelle relative alla clientela.

autorizzativo ma direttamente operativo e gli organi giudiziari nazionali non dovrebbero far altro che dichiarare l'automatica inapplicabilità del divieto per il periodo in cui siano state presenti le condizioni per l'esenzione.

²⁵ Tale distinzione è accolta con una certa frequenza nella letteratura antitrust statunitense. Cfr. HOVENKAMP H., *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, St. Paul, 1994, p. 393 ss.

Le restrizioni interbrand, viceversa, sono intese come quelle che limitano la possibilità per un'impresa situata a valle di utilizzare prodotti provenienti da imprese diverse da quella parte dell'accordo. Le più rilevanti tra tali ultime restrizioni, delle quali diverse e meno ricorrenti pattuizioni rappresentano delle variazioni sul tema o comunque ne riproducono gli effetti principali, sono gli accordi di acquisto esclusivo (exclusive dealing, requirements contracts), con i quali, come noto, l'acquirente promette di acquistare tutto il suo fabbisogno di uno o più prodotti esclusivamente da un determinato venditore, e le tying clauses, o clausole gemellate, pattuizioni in virtù delle quali la vendita, o comunque la concessione in godimento, di un prodotto (prodotto legante) è subordinata all'acquisto di un altro prodotto (prodotto legato).

Per quanto concerne le restrizioni verticali intrabrand, va detto anzitutto che con esse il produttore rende il settore distributivo meno competitivo, impedendo che la concorrenza tra distributori si svolga sui prezzi o creando delle sacche di potere monopolistico all'interno di un determinato territorio o clientela. Il punto è però che un tale risultato sembra andare contro gli stessi interessi del produttore, il quale è normalmente avvantaggiato dal mantenimento dei prezzi di rivendita al più basso livello possibile e quindi dall'esistenza di un settore distributivo competitivo, in quanto dei prezzi contenuti massimizzano le sue vendite. Nel tentativo di superare quello che è stato definito un "paradosso teorico"²⁶ e di spiegare l'uso di tali restrizioni, sono state avanzate diverse teorie, delle quali alcune hanno sottolineato i guadagni di efficienza e gli effetti procompetitivi, altre invece hanno rilevato le conseguenze anticompetitive che le intese verticali possono avere.

Come noto, un'importanza cruciale nelle riflessioni degli studiosi ha rivestito l'argomento del *free-riding*²⁷. La vendita di alcuni prodotti è fortemente influenzata dalla prestazione di specifici servizi prevendita (ad esempio attività informative e

²⁶ Cfr. SCHERER F.M. e ROSS D., *Industrial market structure and economic performance*, 1990, p. 541 ss. e ARQUIT K.J., *Resale Price Maintenance: Consumers' Friend or Foe?*, *Antitrust Law Journal*, 1992, p. 450-451.

²⁷ La teoria risale a TELSER L.G., *Why should manufacturers want fair trade?*, *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 86-105.

promozionali)²⁸ da parte del distributore. Questi però si vede esposto al rischio che il potenziale cliente fruisca dei suoi servizi prevendita, maturando le proprie scelte d'acquisto, e poi si rechi presso un concorrente (*free-rider*) che, non affrontando i costi relativi a tali attività, può praticare prezzi inferiori. E' possibile allora che i distributori, al fine di restare competitivi nei confronti dei *free-rider*, decidano di interrompere la fornitura di tali servizi, a scapito dell'interesse del produttore al mantenimento della più alta domanda possibile dei suoi beni. In questo contesto, assicurare al distributore dei margini più elevati, tramite la fissazione di un prezzo che deve essere osservato da tutti o la concessione di una posizione di monopolio all'interno di un determinato "territorio" (geografico o delineato in base alla clientela), può costituire un valido incentivo a svolgere quelle attività ritenute necessarie alla migliore commercializzazione dei prodotti²⁹. La pratica si traduce in guadagni di efficienza in quanto si sostiene che, nonostante il costo di fornitura dei servizi, sommato a quello di produzione, accresca il prezzo finale del bene, l'aumento di utilità derivante ai consumatori dal complesso bene+servizi abbia un effetto espansivo della domanda, provocando un incremento dell'*output*³⁰.

²⁸ Si pensi all'acquisto di un'automobile o di un computer, il quale è spesso effettuato dopo che il consumatore ottiene dal negoziante le necessarie informazioni circa le caratteristiche dei prodotti che egli commercializza. In effetti, il problema sorge in quanto vi sono alcuni tipi di servizi che possono essere svolti più efficacemente nei punti vendita e, inoltre, i distributori operano a stretto contatto con i consumatori e sono in grado di conoscere i loro bisogni e desideri meglio del produttore: cfr. BORK R.H., *The Rule of Reason and Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, The Yale Law Journal, 1966, p. 436 ss.

²⁹ Ciò in quanto l'RPM sposta la concorrenza dai prezzi al miglioramento dei servizi offerti, mentre le restrizioni territoriali attribuiscono al rivenditore una posizione di potere di mercato che permette di tenere i prezzi abbastanza alti da fornire i servizi, godendo al contempo di una protezione dai *free-rider*. Sotto questo profilo la pratica si rivela addirittura procompetitiva, seppure alimentando una concorrenza diversa da quella sui prezzi: i distributori, in luogo di competere abbassando i loro prezzi, cercheranno di aumentare la propria quota di mercato spingendo i servizi prevendita sino al livello in cui il costo marginale eguaglia il prezzo imposto, nel caso dell'RPM, o comunque fornendo il livello ottimale di servizi al fine della promozione delle vendite, nel caso della protezione territoriale. Ma perché non convenire direttamente coi distributori il livello di servizi ritenuto ottimale? E' stato rilevato che accordi del genere possono essere in concreto difficili sia da creare che da far rispettare: spesso infatti può rivelarsi problematico, da un lato, stabilire quali e quanti debbano essere tali servizi, dall'altro controllare che in concreto tali obblighi siano rispettati. Inoltre, spesso i distributori dispongono di conoscenze ed informazioni migliori al fine di vagliare il grado di promozione più efficace. Cfr. su tale questione ARQUIT K.J., *op. cit.*, p. 452.

³⁰ Il *free-riding rationale* si adatta per sua natura alle ipotesi in cui siano presenti dei servizi che possano risultare predabili da parte di altri rivenditori. Un'estensione dell'argomento del free-riding è stata offerta proprio al fine di spiegare alcuni casi in cui mancano dei tangibili servizi prevendita. E' stato infatti sostenuto che, in particolare in relazione ad alcuni prodotti per i quali è cruciale l'immagine che essi hanno nel pubblico (si pensi ai settori dell'abbigliamento o della profumeria), servizi "non-tangibili", consistenti nell'identificare i prodotti migliori e

Altre spiegazioni orientate in senso efficientista sono state avanzate in dottrina, e non ci è dato ripercorrerle tutte: possiamo ricordare il possibile utilizzo delle restrizioni verticali come mezzo per assicurarsi gli sforzi di vendita dei distributori³¹, per ottenere il rispetto delle condizioni pattuite minacciando il recesso o la risoluzione di un contratto particolarmente vantaggioso³², per accrescere la reperibilità del prodotto³³, per incentivare i rivenditori a correre il rischio legato alla commercializzazione di pro-

certificarne la qualità e lo stile ai consumatori, sono offerti dai rivenditori dotati di alta reputazione e prestigio. Una simile attività di “*signalling*” è costosa, richiedendo l’attenta valutazione delle diverse alternative che il mercato presenta e il mantenimento di un livello di gradevolezza ed accoglienza dei locali relativamente alto e dispendioso, e può essere soggetta a free-riding da parte di concorrenti che sfruttano la certificazione di qualità garantita da altri. Ecco allora l’importanza della protezione e dell’incentivo offerti dalle restrizioni intrabrand. Cfr. MARVEL H.P. e Mc CAFFERTY S., *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, The Rand Journal of Economics, 1984.

³¹ Cfr. HOVENKAMP H., *op. cit.*, pp. 405-406. Poiché il livello del servizio di distribuzione offerto dai rivenditori dipende dai guadagni che questi possono trarre dalla vendita del prodotto, irrigidire la concorrenza intrabrand può assicurare ai rivenditori quel più alto margine che li spinga a privilegiare la distribuzione di un prodotto rispetto agli altri. L’argomento incontra peraltro una sensibile limitazione: ipotizziamo che i rivenditori non possano influire, o possano farlo in minima parte, sul volume complessivo delle vendite, mentre hanno un peso decisivo nell’indirizzare le scelte dei consumatori verso l’uno o l’altro dei prodotti a disposizione. Un produttore può trovare conveniente fissare, ad esempio, un alto prezzo di rivendita, in modo da indurre i distributori a consigliare il suo prodotto, e sottrarre quote di mercato ai suoi concorrenti; è ragionevole ritenere però che questi ultimi, se la tattica dell’avversario si rivela vincente, la imiteranno fissando anch’essi un alto prezzo di rivendita al fine di ottenere lo stesso trattamento. La restrizione verticale, che era originariamente efficiente per il primo produttore, si diffonde nel mercato, senza che essa valga più ad assicurare un trattamento preferenziale rispetto agli altri e, soprattutto, senza spostare verso l’alto la curva di domanda; anzi, in conseguenza dei prezzi di rivendita più alti, la quantità venduta diminuisce. Sebbene i produttori nel complesso si ritrovino in una situazione peggiore della precedente, nessuno può abbandonare la politica di prezzo fisso senza incorrere nel rischio che i suoi prodotti non siano più tra quelli raccomandati dai distributori. Cfr. STEINER R.L., *The Nature of Vertical Restraints*, The Antitrust Bulletin, 1985, pp. 175-176.

³² Cfr. KLEIN B. e MURPHY K.M., *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, The Journal of Law and Economics, 1988, p. 265 ss.

³³ Merita al riguardo di essere ricordata la teoria c.d. dei “*loss leaders*”. Un prodotto rinomato potrebbe essere venduto da un distributore, magari un nuovo entrante, ad un prezzo molto basso rispetto ai rivali (c.d. prezzo civetta) al fine di crearsi la fama di *discounter* ed attirare clientela nel proprio punto vendita. L’interesse del produttore sembrerebbe coincidere con tale pratica in quanto, mantenendo i prezzi di rivendita dei suoi prodotti molto ridotti, consente un incremento nelle vendite. Tuttavia, si dice, tali vantaggi sono transitori. La pratica a lungo andare induce gli altri rivenditori a dismettere la distribuzione del prodotto in quanto essi non possono venderlo ad un prezzo abbastanza alto da meritare gli sforzi promozionali e gli *shelf space* che esso richiede. Inoltre, la conseguente ridotta reperibilità del prodotto combinata alla tendenza dei consumatori ad associare la qualità di un bene al suo prezzo comporta la perdita del suo *status* di prodotto conosciuto e rinomato. Il risultato finale è quindi un declino nelle vendite. Cfr. MARVEL H.P. e McCAFFERTY S., *The Welfare Effects of Resale Price Maintenance*, The Journal of Law and Economics, 1985, p. 374 ss. Si consideri poi il caso in cui il produttore si avvalga dei canali distributivi più efficienti, ma esistano ulteriori canali che, nonostante siano meno efficienti, aiutano a provvedere una desiderabile più intensa reperibilità ed esposizione del prodotto. Questi ultimi difficilmente vorranno trattare prodotti che, essendo forniti ad un prezzo più basso da altri, garantiscono vendite limitate. L’RPM, livellando le capacità competitive dei diversi distributori, permette ai meno efficienti di inserire nella loro gamma di offerta il prodotto e accresce la densità della sua distribuzione. Cfr. GOULD e PRESTON, *Resale Price Maintenance and Retail Outlets*, *Economica*, 1965; OVERSTREET T.R., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, 1983.

dotti nuovi di cui non si conosce ancora il seguito che potranno avere nel pubblico, in tal modo favorendo l'affermazione di nuovi prodotti o addirittura l'ingresso di nuovi produttori, con evidenti effetti benefici sul piano della concorrenza interbrand.

Tuttavia, le teorie efficientiste non sono sufficienti al fine di considerare le restrizioni verticali legittime *per se*³⁴. Infatti, al di là del fatto che esse si prestano a spiegare ipotesi specifiche e incontrano alcune limitazioni che ne ridimensionano la portata³⁵,

³⁴ In effetti, basandosi proprio su alcune teorie efficientiste, gli studiosi appartenenti alla c.d. *Chicago School* hanno avanzato la tesi per cui, in vista del perseguimento dell'obiettivo dell'efficienza economica, ogni accordo verticale dovrebbe essere legittimo *per se*, indipendentemente da qualsiasi più approfondita analisi del contesto di mercato, delle intenzioni delle parti e degli effetti della pratica, salva l'eventualità in cui sia fornita la prova di una collusione orizzontale tra rivenditori o produttori. Il concetto di partenza è che un produttore non vorrà mai imporre una restrizione della concorrenza tra i suoi rivenditori se questa ha l'effetto di ridurre l'output, poiché ciò comporta una contrazione dei suoi stessi ricavi. Se la diminuzione dell'output non può essere la motivazione che spinge il produttore, la sola alternativa plausibile è che egli crede che la restrizione incrementi sia l'output sia i suoi profitti. Gli studiosi di Chicago riconoscono che l'eliminazione della concorrenza intrabrand può avere effetti negativi sull'efficienza economica; tuttavia questi dovranno necessariamente essere più che controbilanciati dalla tendenza a creare efficienza, altrimenti il produttore non impiegherebbe la restrizione. In tale ottica, non ha senso giudicare la liceità degli accordi verticali confrontando gli effetti negativi sulla concorrenza intrabrand e quelli positivi sulla concorrenza interbrand, in quanto il mercato "automatically trades off intrabrand and interbrand competition and yields the combination of the two that maximizes social wealth": cfr. POSNER R.A., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*. The University of Chicago Law Review, 1981, pp. 22-26. Tra le opere in cui sono sviluppate le versioni più ortodosse delle tesi dei *Chicagoans* si possono ricordare BORK R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, cit.; POSNER R.A., *Antitrust Law – An Economic Perspective*, cit.; POSNER R.A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, U. Pa. Law Review, 1979.

³⁵ Con riferimento ai servizi prevendita, ad esempio, è stata messo in dubbio che in ogni ipotesi in cui le restrizioni verticali comportano l'incremento dell'output si verifichi un contemporaneo aumento dell'efficienza economica, sulla base delle differenze esistenti fra le preferenze individuali dei diversi consumatori in merito al livello dei servizi forniti. Il produttore considera nelle proprie scelte solo le preferenze dei "consumatori marginali", quelli cioè che valutano il prodotto a ridosso del suo prezzo corrente, perché il loro acquisto è quello che può essere influenzato dalla combinazione prezzo-servizi. I "consumatori inframarginali", invece, in quanto attribuiscono al prodotto un valore abbastanza più alto del suo prezzo, sono relativamente insensibili alle variazioni di questo. Essi generalmente hanno un più alto apprezzamento del prodotto in quanto ne conoscono le caratteristiche e sanno come usarlo, e quindi attribuiscono alle attività promozionali e ai servizi di informazione relativamente poca importanza. Tuttavia, il costo dei servizi prevendita, che è incluso nel prezzo del prodotto, grava sui consumatori indistintamente. Ora, mentre il produttore è interessato sostanzialmente ai consumatori marginali, l'efficienza economica si compone sia del *surplus* dei produttori che dei consumatori, e quest'ultimo dipende dalle preferenze di tutti i consumatori. Cfr. COMANOR W.S., *Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, Harvard Law Review, 1985, p. 990 ss. Sotto un altro profilo, è stato rilevato, sulla base di una visione dinamica che tiene conto del ciclo di vita del prodotto, come l'utilizzo di restrizioni intrabrand, anche se originariamente finalizzato alla promozione delle vendite, possa alla lunga avere effetti negativi sull'efficienza e sulla concorrenza. E' possibile, infatti, che col tempo il prodotto divenga sufficientemente conosciuto ed apprezzato dal pubblico, tanto che vi siano abbastanza consumatori ben informati da supportare l'offerta proveniente da nuove forme di distribuzione che non predispongono alcun servizio promozionale e perciò praticano prezzi inferiori. Tuttavia, se la restrizione sul prezzo o territoriale è utilizzata da una larga schiera dei produttori, i *discounters* avranno difficoltà a praticare prezzi più competitivi o ad ottenere prodotti di alta qualità, e ciò potrebbe impedire o rallentare la loro crescita, privando i consumatori di nuove e più efficienti forme di distribuzione. Cfr. STEINER R.L., *The Nature of Vertical Restraints*, cit., p. 143 ss.

sono state evidenziate diverse possibilità di utilizzo delle restrizioni verticali intra-brand con conseguenze anticompetitive che invitano ad una maggiore prudenza.

Una delle accuse tradizionalmente rivolte alle intese verticali è che esse possono essere adoperate al fine di facilitare ipotesi di collusione orizzontale, sia fra i rivenditori che fra i produttori. Ad esempio, nell'ipotesi di collusione tra rivenditori, a costoro può convenire, al fine di assicurare la creazione e la sopravvivenza di un cartello, coinvolgere i produttori i quali, intrattenendo relazioni commerciali con tutti i rivenditori, sono in una posizione migliore per controllarne il rispetto. D'altra parte, restrizioni della concorrenza intrabrand possono fornire un supporto anche a pratiche collusive tra produttori. La sopravvivenza di un cartello è infatti minata dalla tendenza dei produttori a concedere sconti segreti all'ingrosso, in modo da aumentare le quantità vendute, mentre i prezzi al dettaglio sono più facili da controllare in quanto generalmente pubblici e relativamente standardizzati, con minore spazio per le contrattazioni individuali. Imponendo un prezzo minimo di rivendita ai distributori viene meno l'incentivo per il produttore a praticare sconti segreti in quanto essi non potranno tradursi in una diminuzione dei prezzi praticati ai consumatori con conseguente erosione delle quote di mercato degli altri cartellisti.

Negli ultimi anni, l'analisi economica si è fatta vieppiù complessa, e sono state avanzate nuove teorie che prendono in considerazione i rapporti di forza tra le parti del rapporto distributivo ed il comportamento strategico delle imprese dotate di potere di mercato, la loro capacità cioè di agire tenendo conto delle reazioni che possono innescare nei propri concorrenti. Per cominciare, è stato sostenuto³⁶ che dei produttori oligopolisti potrebbero utilizzare delle clausole di esclusiva territoriale come mezzo per ridurre la competizione interbrand. In effetti, in conseguenza dell'attribuzione, tramite l'esclusiva, di un potere di monopolio all'interno di una certa marca, i distributori potrebbero decidere di trasferire ai consumatori solo parte di una eventuale riduzione nel prezzo praticato dal produttore. Tale effetto scoraggia il produttore dall'effettuare ri-

³⁶ Cfr. REY P. e STIGLITZ J., *The role of exclusive territories in producer's competition*, The Rand Journal of Economics, 1995, pp. 431-451.

duzioni di prezzo: minore è infatti la diminuzione indotta nei prezzi di rivendita, minore è l'incremento della domanda che egli si può attendere³⁷. Ora, si noti che i produttori possono estrarre i profitti guadagnati dai rivenditori con mezzi quali una franchise fee o altrimenti: essi hanno quindi un interesse individuale ma coincidente ad impiegare l'esclusiva territoriale, potendo al contempo indebolire la concorrenza interbrand e trarne i relativi proventi. Senza l'ombra di collusione, l'impiego strategico, da parte di produttori oligopolisti, della restrizione verticale potrebbe condurre ad analoghe perdite di *social welfare*³⁸. Clausole di esclusiva potrebbero inoltre essere adoperate in senso strategico al fine di prevenire l'ingresso od ostacolare l'espansione di operatori concorrenti nel mercato della distribuzione, o comunque nel mercato a valle, precludendo a questi ultimi l'accesso a una percentuale significativa delle fonti di approvvigionamento³⁹.

In sostanza, dall'esame dei risultati dell'analisi economica non emergono ricette sicure o spiegazioni a tutto tondo per l'impiego delle restrizioni verticali: gli effetti degli

³⁷ In sostanza, in tale ottica l'indebolimento della competizione intrabrand serve a ridurre l'elasticità della domanda percepita dai produttori per i loro prodotti; diminuisce cioè, rispetto alla situazione in cui i beni sono distribuiti da rivenditori in competizione tra loro, la variazione attesa nella domanda come conseguenza della variazione di prezzo.

³⁸ La situazione è diversa laddove rivenditori oligopolisti si trovino a contrattare con produttori in concorrenza (quasi) perfetta. In questo caso è stato sostenuto, in dottrina, il possibile utilizzo strategico della clausola di prezzo imposto per indebolire la concorrenza al livello della distribuzione (c.d. *interstore competition*). L'impegno di un distributore, dotato di potere di mercato, a praticare un alto prezzo di rivendita avrebbe un ruolo strategico nell'indurre il rivale, o i rivali, a alzare i propri prezzi, in modo che il risultato ultimo di tale pratica può essere un accrescimento dei profitti per tutti i rivenditori. Cfr. SHAFFER G., *Slotting allowances and resale price maintenance: a comparison of facilitating practices*, The Rand Journal of Economics, 1991.

³⁹ Si noti che un simile effetto escludente può rispondere ad un interesse tanto del produttore quanto dei distributori. Ipotizziamo che di fronte ad una marca produttrice dotata di un forte potere di mercato vi sia un mercato della distribuzione altamente concorrenziale. In questo caso tutti gli extraprofitti connessi alla posizione di forza sono incamerati dal produttore, il quale non avrebbe interesse ad introdurre delle restrizioni verticali. Ammettiamo però che si prospetti l'ingresso sul mercato di nuove e più efficienti forme di distribuzione: il produttore potrebbe decidere di giovare delle economie offerte dai nuovi operatori per abbassare il prezzo al consumo ed incrementare le proprie vendite, assecondando lo sviluppo di tali imprese; tuttavia, un ragionamento strategico potrebbe suggerirgli di non favorire la crescita di sistemi distributivi più efficienti che, qualora dovessero assumere una posizione di dominio nel mercato della distribuzione, avrebbero la forza per reclamare parte dei sovraprofitti. L'adozione di restrizioni intrabrand, fornendo protezione ai distributori tradizionali, consente di rallentare, se non di impedire, l'affermazione del nuovo canale di rivendita. Lo stesso risultato potrebbe essere perseguito in una situazione opposta, in cui il distributore si trova in una posizione dominante mentre il produttore opera in un mercato concorrenziale. Il primo, preoccupato dell'avvento di nuove imprese che affrontano costi più bassi, può chiedere al fornitore un impegno di esclusiva, pena la cessazione del rapporto. Non potendo rinunciare allo sbocco costituito da un'impresa dominante, il produttore difficilmente negherà il privilegio richiestogli, almeno finché i nuovi distributori conquistino una quota di mercato significativa. Cfr. STEINER R.L., *The Nature of Vertical Restraints*, cit.

accordi verticali dipendono in realtà dal contesto in cui si inseriscono, inteso in senso amplissimo, come riferentesi a tutti gli elementi fattuali rilevanti per l'apprezzamento della pratica. All'interno di tali elementi, la teoria economica permette di isolare dei prerequisiti strutturali, in assenza dei quali è difficile che un restrizione verticale intrabrand possa avere effetti negativi sulla concorrenza. In primo luogo, è importante verificare lo stato della competizione tra marche diverse ed in particolare la presenza di potere di mercato del produttore, in quanto, come insegna l'analisi economica: a) una forte concorrenza interbrand ostacola lo sfruttamento del potere di mercato intrabrand ed impedisce che un'impresa sia in grado di influire significativamente su prezzo e quantità vendute; b) il potere di mercato è presupposto dello stesso utilizzo strategico in senso anticompetitivo delle restrizioni verticali; c) la concorrenza intrabrand è efficace nel tenere bassi i prezzi soprattutto quando si svolge su prodotti conosciuti e rinomati⁴⁰; d) in assenza di potere di mercato è più probabile che l'accordo sia finalizzato od abbia comunque conseguenze benefiche o procompetitive, in particolare agevolando l'ingresso di nuovi prodotti o produttori sul mercato, o migliorando la conoscenza di prodotti poco diffusi.

Se la considerazione del potere di mercato delle imprese coinvolte costituisce quindi un punto nodale, essa da sola potrebbe non essere sufficiente: le restrizioni verticali possono infatti facilitare ipotesi collusive o avere potenzialità escludenti nei casi in cui la pratica copra una porzione sufficiente del mercato della produzione, sia essa

⁴⁰ In effetti, è stato rilevato come la concorrenza intrabrand possa svolgere un ruolo fondamentale nel ridurre i margini dei distributori e quindi i prezzi. La competizione interbrand tra diversi negozi può apparire meno intensa e diretta di quella intrabrand: anzitutto, per i prodotti conosciuti, potrebbero innestarsi fenomeni di "brand loyalty", per cui difficilmente il consumatore acquista un altro prodotto anche se il prezzo di questo viene abbassato; in secondo luogo, molti consumatori potrebbero ritenere che il prezzo maggiore di un bene rifletta una sua più alta qualità: cfr. STEINER R.L., *Sylvania Economics – A Critique*, Antitrust Law Journal, 1991, p. 50 ss. Se quindi la concorrenza intrabrand resta un valore da proteggere, si riconosce che la sua incidenza varia in relazione al potere di mercato del produttore. E' infatti principalmente una vigorosa competizione intrabrand all'interno di una marca leader che riduce i margini dei distributori. Il ribasso del prezzo di un prodotto poco conosciuto potrebbe avere relativamente poco peso, in ragione della scarsa informazione che il pubblico ha su di esso; viceversa, una forte concorrenza intrabrand su marche famose non solo riduce i margini dei distributori su tali beni ma agisce indirettamente sui prezzi delle altre marche costringendo i rivenditori e produttori di queste a seguire la riduzione, in tal modo stimolando la concorrenza interbrand. Cfr. STEINER R.L., *How Manufacturers Deal With the Price-cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, Antitrust Law Journal, 1997, p. 411 ss.

costituita da una o da più imprese, anche con quote individuali abbastanza contenute⁴¹. All'utilizzo del potere di mercato va dunque affiancato il criterio della diffusione della pratica, come parametri che consentono quantomeno di isolare le intese verticali che, normalmente, non hanno effetti anticompetitivi di rilievo.

Un discorso di impostazione simile può essere svolto con riferimento alle restrizioni verticali interbrand. Gli accordi di acquisto esclusivo⁴² possono promuovere l'efficienza economica sotto vari aspetti, i quali riflettono la capacità di tale clausola di soddisfare legittime esigenze del mondo degli affari. In primo luogo, l'exclusive dealing può consentire al produttore di risolvere problemi di free-riding da parte di marche concorrenti⁴³. Il produttore può infatti trovare conveniente affrontare investimenti al fine di accrescere le vendite o comunque diminuire i costi di distribuzione dei suoi rivenditori, ad esempio fornendo informazioni sul mercato, supporto tecnico per l'attività promozionale, addestramento del personale, assistenza e manutenzione delle apparecchiature, finanziamenti. Tuttavia, i risultati benefici di tali attività generalmente non sono confinati alla vendita dei prodotti del produttore che sostiene i relativi oneri, ma si riverberano positivamente sulle eventuali altre marche che il rivenditore ha in assortimento. Le imprese concorrenti, che non affrontano i costi legati alla prestazione di tali servizi, potrebbero essere in grado di praticare prezzi all'ingrosso inferiori e guadagnare quote di mercato a scapito del produttore più intraprendente: il risultato può essere un livello sub-ottimale di investimenti da parte dei produttori. Un accordo di acquisto esclusivo consente di gestire tale problema⁴⁴.

⁴¹ E' importante però tener conto anche del grado di concentrazione del mercato e della presenza di barriere all'ingresso: il rischio di collusione è basso in presenza di numerosi piccoli operatori o dove l'entrata è facile al livello interessato dalla collusione stessa.

⁴² A tale pratica possono essere accostate, sul piano degli effetti, una serie di varianti, che si caratterizzano per la restrizione della facoltà degli operatori a valle di intrattenere rapporti con altri operatori a monte, quali, ad esempio, imposizione di quantitativi minimi di acquisto o sconti di fedeltà.

⁴³ Cfr., tra gli altri, DOBSON P.W. e WATERSON M., *Vertical Restraints and Competition Policy*, Londra, 1996, p. 16 ss.

⁴⁴ Lo stesso problema si pone con riferimento agli investimenti, essenzialmente pubblicitari, effettuati al fine di accrescere l'immagine e l'attrattiva di un prodotto. Il maggior numero di clienti attirati in un punto vendita da un certo prodotto, infatti, si risolverebbe in un beneficio anche per gli altri produttori che si servono di quel determinato rivenditore. Sotto un altro punto di vista, è stata rilevata l'esistenza di una dimensione strategica del problema in ipotesi di concorrenza oligopolistica. L'exclusive dealing accresce l'incentivo ad effettuare investimenti promozionali, ma siccome tali investimenti sono una forma di concorrenza tra i produttori i profitti di costoro

Al di là di tale argomentazione, in generale è stato evidenziato che gli accordi di acquisto esclusivo permettono alle imprese interessate, attraverso un maggiore coordinamento all'interno della catena di produzione, di raggiungere alcuni dei risultati e benefici caratteristici dell'integrazione verticale, incrementando l'efficienza della catena produttiva stessa⁴⁵.

Per contro, clausole di acquisto esclusivo possono produrre conseguenze pregiudizievoli sul piano concorrenziale, principalmente in virtù dell'effetto escludente (*foreclosure*) nei confronti dei produttori concorrenti cui viene precluso in certa misura l'accesso ai canali distributivi, o comunque ai possibili sbocchi, presenti sul mercato. In pratica il produttore, impedendo ai suoi concorrenti di distribuire i propri prodotti tramite i rivenditori vincolati dall'accordo, può tentare di innalzare barriere all'ingresso od escludere le altre imprese che operano nel proprio mercato. Tali barriere all'entrata o all'espansione, come è stato rilevato, possono essere anche il risultato dell'accrescimento dei costi dei rivali, accrescimento che può essere sfruttato per allargare la propria quota di mercato, ma anche per incrementare il divario tra i propri

potrebbero essere più alti senza gli accordi di acquisto esclusivo e con un livello inferiore di investimenti. Cfr. BESANKO D. e PERRY M.K., *Equilibrium incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly*, The Rand Journal of Economics, 1993, p. 646 ss.

⁴⁵ Così, la pratica potrebbe prevenire ipotesi di free-riding da parte di rivenditori che tengano comportamenti opportunistici riguardo alla qualità del prodotto, sostituendo prodotti di qualità inferiore e meno costosi a quelli reclamizzati dai produttori. Un accordo di acquisto esclusivo, inoltre, potrebbe consentire di assicurarsi il massimo sforzo di vendita ed impegno da parte dei distributori per i propri prodotti, e offre al produttore la possibilità di pianificare le vendite per la durata del contratto e di organizzare in modo efficiente produzione e distribuzione, ponendosi al riparo da eventuali fluttuazioni di prezzo. Un accordo di acquisto esclusivo potrebbe poi essere necessario ove il rapporto contrattuale preveda l'impiego di risorse specifiche, risorse cioè che vengono mobilitate specificamente per quel rapporto. Si pensi all'ipotesi in cui un'impresa richieda al proprio fornitore di modificare il suo processo produttivo, o riconvertire parte di esso, al fine di venire incontro alle proprie esigenze. Il fornitore che si impegna ad utilizzare risorse specifiche necessita allora di un'esclusiva che lo rassicuri circa la durata e solidità del rapporto contrattuale e quindi i ritorni del suo investimento. Ancora, con particolare riferimento alle ipotesi in cui il rapporto contrattuale debba essere periodicamente reinstaurato, la scelta dell'esclusiva può permettere di risparmiare sui costi di transazione, intesi come costi di ricerca della controparte, di contrattazione, di comunicazione, di adattamento alle rispettive esigenze. Il rivenditore, infine, può avvantaggiarsi di un accordo di esclusiva in quanto questo gli garantisca la fornitura dei prodotti di cui ha bisogno, gli assicuri protezione contro gli aumenti di prezzo, gli consenta una pianificazione a lungo termine sulla base di costi conosciuti, gli permetta di ovviare alle spese ed ai rischi di magazzinaggio di un prodotto avente una domanda fluttuante. Cfr. su tali argomentazioni MARVEL H.P., *Exclusive Dealing*, The Journal of Law and Economics, 1982, STEUER R.M., *Exclusive Dealing in Distribution*, Cornell Law Review, 1983, ORNSTEIN S.I., *Exclusive Dealing and Antitrust*, The Antitrust Bulletin, 1989, WILLIAMSON O., *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1986, HEIDE J.B., DUTTA S. e BERGEN M., *Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice*, The Journal of Law and Economics, 1998.

costi e i prezzi di mercato. Un modo per procurare un simile aumento nei costi dei concorrenti può essere appunto assicurarsi i servizi delle imprese di distribuzione più efficienti, o di tutte le imprese efficienti, presenti sul mercato⁴⁶.

In ogni caso, perché l'effetto escludente minacci seriamente di pregiudicare la concorrenza è necessario il concorso di alcune condizioni. La prima riguarda la quota del mercato a valle coperta dall'accordo, o dal complesso di accordi simili, e quindi preclusa ai rivali: se la "chiusura" riguarda una percentuale modesta del mercato ai concorrenti rimangono canali distributivi alternativi cui accedere e l'effetto escludente è minimo. In secondo luogo, anche se l'accordo interessa una porzione sostanziale del mercato a valle, il potenziale escludente è limitato se l'ingresso nel settore distributivo è agevole. Infine, l'effetto escludente dipende dalla durata dell'accordo⁴⁷: se il contratto ha una scadenza ravvicinata, o può essere risolto dando un breve preavviso, i produttori concorrenti hanno l'opportunità di competere per stipulare nuovi contratti coi distributori⁴⁸.

Spiegazioni efficientiste potrebbero essere avanzate anche con riferimento al tie-in. Ad esempio, esso potrebbe essere il mezzo col quale il produttore si assicura della qualità del prodotto legato utilizzato, al fine di tutelare la reputazione dei propri prodotti o

⁴⁶ Cfr. KRATTENMAKER T.G. e SALOP S.C., *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, The Yale Law Journal, 1986, p. 230 ss.

⁴⁷ Cfr. tra gli altri POSNER R.A., *Antitrust Law – An Economic Perspective*, cit., p. 201. Sull'utilizzo di tali parametri per valutare l'effetto escludente dell'exclusive dealing cfr. UTTON M.A., *Market dominance and antitrust policy*, Aldershot, 1995, p. 246, e BIRO Z. e FLETCHER A., *The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment*, European Competition Law Review, 1998, pp. 132-133.

⁴⁸ In realtà, al di là dell'effetto escludente, che sicuramente rappresenta il principale fattore rischio legato a tali pratiche, il potenziale anticompetitivo dell'exclusive dealing è più complesso. Innanzitutto, un accordo di acquisto esclusivo potrebbe avere un ruolo strategico nell'indebolire la concorrenza tra produttori rivali. E' stato infatti sostenuto, con riferimento ad un modello in cui i prodotti sono differenziati per marche ed i rivenditori in base alla loro localizzazione, che gli accordi di acquisto esclusivo possono consentire ai produttori di fissare margini più alti, grazie alla protezione dalla pressione della c.d. "in-store interbrand competition", la concorrenza di marche diverse all'interno dello stesso punto vendita: tecnicamente, l'accordo di acquisto esclusivo rende la domanda più inelastica per il produttore. Cfr. BESANKO D. e PERRY M.K., *Exclusive dealing in a spatial model of retail competition*, International Journal of Industrial Organization, 1994, p. 297 ss. Inoltre, gli accordi di acquisto esclusivo potrebbero servire a facilitare pratiche collusive. Il fatto che un certo distributore sia vincolato a servirsi da un produttore in esclusiva gli impedisce di sfruttare eventuali offerte migliori provenienti da produttori concorrenti. In tal modo, l'accordo riduce la possibilità di comportamenti opportunistici di un produttore a danno degli altri membri di un cartello. Tuttavia, perché tali effetti anticompetitivi siano preoccupanti è necessario da un lato che l'accordo, o l'insieme di accordi, copra una porzione significativa del mercato a valle, e dall'altro che lo stato della concorrenza nel mercato a monte sia incline alla collusione o comunque debole e che un certo numero di imprese adoperino la restrizione.

di una intera rete di franchising⁴⁹, o potrebbe consentire il conseguimento di risparmi di costo nella produzione o nella distribuzione congiunta dei due prodotti. Tuttavia, il tie-in potrebbe essere adoperato in senso anticompetitivo al fine di innalzare barriere all'ingresso ed escludere i concorrenti dal mercato, sfruttando la posizione di potere sul mercato di un bene per acquisire una posizione di forza in un altro mercato⁵⁰.

⁴⁹ Per un approfondimento cfr. KLEIN B. e SAFT L.F., *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, *The Journal of Law & Economics*, 1985, p. 345 ss.

⁵⁰ L'assunto è stato sviluppato nella notissima teoria della leva (*leverage*). Si sostiene che il detentore di una posizione di monopolio, o comunque di forza, su di un mercato riesca, subordinando l'alienazione di un bene al contemporaneo acquisto di un bene ulteriore, ad estendere il suo potere monopolistico sul secondo mercato. L'obiezione di fondo alla teoria della leva, nota come *fixed sum argument*, o tesi dell'invarianza, sostiene semplicemente che il monopolista, o l'impresa comunque dotata di potere di mercato, non ha alcun incentivo ad acquisire potere di mercato su di un secondo bene, in quanto l'ammontare dei sovraprofiti che il suo potere di monopolio gli consente di realizzare costituisce una somma fissa, che può essere distribuita diversamente tra i due prodotti "legati" ma non aumentata, tramite tie-in, nel suo ammontare complessivo. La motivazione per l'adozione della pratica non può quindi essere il "leverage", ma va cercata altrove. L'argomento è stato adoperato sia in relazione alla vendita legata di beni tra loro indipendenti, sia con riguardo a beni c.d. complementari, destinati cioè ad essere usati congiuntamente. Supponiamo che un'impresa sia monopolista del bene A che un acquirente valuta VA e che costa CA , e che tale acquirente consumi anche il bene indipendente B, che egli valuta VB ma che essendo venduto in un mercato competitivo può acquistare ad un prezzo equivalente al suo costo CB . Il produttore può sì richiedere all'acquirente di acquistare il bene B presso di lui se vuole il bene A, ma non riuscirà a spuntare per tale "pacchetto" un prezzo più alto di $VA + CB$, vale a dire il prezzo di monopolio di A più il prezzo concorrenziale di B. In sostanza, i suoi sovraprofiti restano quelli che avrebbe potuto ottenere dalla vendita separata dei due beni. Simili considerazioni sono state svolte per l'ipotesi, che del resto riguarda la maggior parte dei casi di TI, di beni tra loro complementari. I prezzi di questi risultano infatti legati da un rapporto di proporzionalità inversa, per cui l'incremento nel prezzo di uno impone una diminuzione di egual misura del prezzo dell'altro, pena un calo nelle vendite di entrambi. Ciò in quanto il consumatore valuta i due beni come un unico prodotto, e per lui assume rilievo il prezzo finale della combinazione: ai maggiori profitti nel mercato del tied product farebbe allora necessariamente da contraltare una riduzione di ammontare equivalente in quelli realizzati col tying product. Tuttavia, la teoria dell'invarianza ha come riferimento immediato gli effetti di breve periodo della pratica, mentre una valutazione concorrenziale più completa impone di tener conto delle ripercussioni di lungo periodo che possono derivare dall'indubbia capacità dell'impresa di modificare a proprio vantaggio le condizioni di mercato. Consideriamo il caso di due prodotti indipendenti la cui vendita venga legata: gli studi ispirati alle posizioni della Chicago School affermano che il prezzo massimo praticabile non può comunque essere superiore alla somma del prezzo di monopolio dell'uno più il prezzo, per ipotesi concorrenziale, dell'altro. Tuttavia, tali conclusioni assumono come dati definiti e non modificabili i prezzi praticati sul mercato concorrenziale del prodotto legato. Se viceversa consideriamo che il TI può permettere di modificare la struttura stessa del mercato del prodotto legato, e quindi quegli stessi prezzi che altri modelli assumono stabili, la pratica può rivelarsi un'opzione strategicamente remunerativa per accrescere i propri profitti attraverso la vendita del prodotto legato. Vediamo invece il caso dei beni complementari: il produttore del bene legante ha generalmente interesse a mantenere una struttura concorrenziale nel mercato del prodotto legato, perché prezzi più contenuti del prodotto complementare favoriscono le vendite del suo prodotto. Se però il bene monopolizzato non è essenziale per tutti i possibili usi del prodotto complementare, vale a dire il prodotto legato ha un suo mercato anche indipendentemente dal prodotto legante, le cose possono essere diverse. Come è stato dimostrato, infatti, il monopolista può avvantaggiarsi di una riduzione della concorrenza nel secondo mercato in due ipotesi in particolare: quando esiste la possibilità di un uso diverso del *tied product*, oppure in presenza di un prodotto sostitutivo inferiore per il *tying product*. La teoria dell'invarianza non può evidentemente estendersi fino a far ritenere innocua l'acquisizione di potere di mercato nei restanti utilizzi del bene. Cfr. su tali ultimi punti WHINSTON M.D., *Tying, Foreclosure, Exclusion*, *The American Economic Review*, 1990.

Anche qui, è possibile individuare le precondizioni la cui presenza è necessaria perché il pericolo di un effetto escludente assuma concretezza, prestando attenzione, oltre al potere di mercato sul prodotto legante, presupposto principale dell'utilizzo in senso anticompetitivo della pratica, in particolare a due fattori. In primo luogo interessa la portata della *foreclosure*, il grado cioè in cui il TI nega l'accesso ai rivali, indicato dalla quota di mercato coperta dalla pratica in esame. Analogo peso assume la quota di mercato collettiva coperta da accordi dello stesso tipo posti in essere da diversi produttori: l'effetto di chiusura del mercato per il *tied product* è infatti sostanzialmente lo stesso sia ove un singolo produttore copra il 90% del mercato che nel caso in cui tre produttori vincolino ciascuno il 30% del mercato. Tuttavia, anche un tie-in che copra una larga percentuale del mercato non è anticompetitivo se l'entrata in entrambi i mercati è agevole. E' necessario infatti che esista un qualche impedimento che prevenga l'entrata in uno dei mercati, e così possa essere adoperato per restringere la concorrenza nell'altro mercato, perché il pericolo delle *entry barriers* e della *foreclosure* assuma consistenza.

Alla luce di quanto emerge dai risultati della teoria economica, ed in particolare dell'importanza, nell'apprezzamento degli effetti sulla concorrenza, delle quote di mercato, adoperate come indicatore dell'esistenza di una posizione di potere, o come misura della portata della *foreclosure*, appare allora condivisibile l'impiego di soglie basate su quote di mercato per individuare gli accordi meno pericolosi dal punto di vista della concorrenza e riservare un esame più approfondito agli accordi che, intervenendo tra imprese dotate di potere di mercato, o essendo particolarmente diffusi sul mercato, presentano un maggiore interesse. Tuttavia, in parte della dottrina, e nello stesso mondo dell'industria, che pur si è espresso favorevolmente ad un approccio maggiormente improntato a considerazioni economiche, l'impiego delle quote di mercato ha suscitato non poche perplessità.

In primo luogo, è stato correttamente rilevato che la quota di mercato non è l'equivalente del potere di mercato, il quale dipende da fattori ulteriori quali, ad esem-

pio, barriere all'entrata, concorrenza potenziale, elasticità della domanda⁵¹. Va detto, peraltro, che un'analisi che tenesse conto di tutti gli aspetti della struttura e del comportamento del mercato interessato imporrebbe costi ed oneri insostenibili ove fosse applicata ad ogni singolo caso. Per tali motivi, appare condivisibile la scelta della Commissione di utilizzare il *market share* come primo indicatore dell'esistenza di potere di mercato, sulla cui base fondare una presunzione di liceità dell'accordo: una sorta di filtro che, lasciando passare una serie di pratiche che non manifestano sensibili pericoli anticoncorrenziali, consenta di riservare un esame più approfondito ai casi realmente rilevanti.

E' stato inoltre sottolineato che le quote di mercato non costituiscono figure oggettive e di immediata evidenza, ma dipendono strettamente dal modo in cui il mercato rilevante viene definito; definizione, quest'ultima, che presenta un alto grado di incertezza e di complessità⁵². Pertanto, è diffuso il timore, condiviso in primo luogo dagli operatori economici, che le difficoltà applicative legate ad un simile parametro si ripercuotano negativamente sulla certezza del diritto. Ora, se è vero che la certezza del diritto rappresenta, in particolare nel campo del diritto commerciale, un bene di estrema importanza, essa deve in ogni caso essere coordinata con gli obiettivi del diritto antitrust, tra cui, ricordiamo, l'efficiente allocazione delle risorse. Mentre un esame

⁵¹ Cfr., tra gli altri, BORTOLOTTI F., *Il problema delle soglie di mercato nel nuovo regolamento di esenzione sulle restrizioni verticali. Osservazioni critiche e proposte*, Contratto e impresa – Europa, 1999. L'Autore sottolinea non solo le difficoltà applicative e l'approssimatezza di tale parametro, ma anche la possibile discriminazione che si creerebbe tra imprese al di sopra o al di sotto della soglia d'esenzione, in relazione alla preclusione, per i primi, della possibilità di adoperare determinati sistemi distributivi come mezzi di lotta concorrenziale. In senso contrario, è stato rilevato che obiettivo delle leggi di tutela della concorrenza dovrebbe essere non la parità di trattamento di tutti gli operatori economici ma il perseguimento dell'efficienza economica, per il quale talvolta può essere necessario trattare imprese concorrenti in maniera diversa: cfr. HAWK B. E. e STANTON N. D., *Can U.S. antitrust laws and practice provide lessons or suggestions to assist in the EC reform of competition law rules applicable to vertical restraints?*, Contratto e impresa – Europa, 1999.

⁵² La problematica è approfondita in SCHROEDER D., *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*, European Competition Law Review, 1997, pp. 431-433. Anzitutto, il mercato rilevante andrebbe definito in senso merceologico: la Commissione solitamente utilizza un criterio di "ragionevole sostituibilità" tra i prodotti rientranti nello stesso mercato, ma è chiaro che la risposta a tale questione richiede una analisi complessa e dagli esiti difficilmente prevedibili. In secondo luogo, il problema è complicato dalla necessità di definire il mercato rilevante in senso geografico. Infine, una volta definito il mercato rilevante, residua il problema della misurazione delle quote. Mentre alcuni mercati sono più o meno trasparenti e, con l'aiuto delle associazioni di industriali che raccolgono dati dai loro membri o delle compagnie che effettuano ricerche di mercato, le imprese possono essere in grado di riconoscere se sono o meno al sicuro dai divieti posti dalle norme antitrust, in altri mercati la trasparenza è minore e non vi sono fonti affidabili su cui basare delle stime.

caso per caso di ogni singolo accordo nel suo contesto di mercato permetterebbe di adeguare in maniera ideale il suo trattamento agli effetti concreti che esso esplica, è chiaro che i costi amministrativi di un tale sistema sarebbero insostenibili e la certezza giuridica sensibilmente minata. Una presunzione relativa⁵³ fondata sul *market share* dovrebbe invece rappresentare un compromesso accettabile tra certezza del diritto ed aderenza alla realtà economica, per la possibilità di riservare un esame più stringente agli accordi che presentano maggiori rischi di anticoncorrenzialità.

Del resto, le posizioni dottrinarie, pur autorevolmente sostenute, che criticano l'impiego di tale parametro per l'incertezza giuridica che ne consegue, non appaiono individuare alternative più efficaci e facilmente praticabili che permettano al contempo di ancorare l'analisi concorrenziale degli accordi verticali ad una solida base di analisi economica⁵⁴. Inoltre, non si può non tener presente che il ricorso alle quote di mercato per valutare, a un primo stadio di analisi, l'impatto concorrenziale delle restrizioni verticali costituisce strumento tradizionale di analisi in un'esperienza antitrust avanzata come quella statunitense, senza che questo abbia provocato danni intollerabili alla certezza del diritto⁵⁵.

⁵³ La presunzione di liceità al di sotto della quota è in realtà assoluta, in quanto i giudici comunitari e nazionali non possono far altro che dichiarare l'inapplicabilità dell'art. 85.1 in ogni caso in cui le quote stesse non sono superate. Il potere di procedere al ritiro dell'esenzione è infatti riservato alla Commissione e, in casi determinati, alle autorità nazionali di tutela della concorrenza.

⁵⁴ E' stato invero proposto un approccio più aperto, che prevede un'esenzione di gruppo, senza limiti di quota di mercato e col solo divieto delle *black clauses*, salva la facoltà di revoca in presenza di situazioni che, per la particolarità della posizione detenuta dalle parti e della struttura di mercato, possano comportare limitazioni della concorrenza: cfr. RINALDI R., *Il Nuovo Regolamento della Commissione Europea sugli Accordi Verticali*, cit. Un simile approccio, molto vicino ad una *per se legality*, meriterebbe in effetti di essere vagliato alla luce delle concrete possibilità applicative, per verificare, in particolare, se lo strumento della revoca sia in grado di impedire che un numero eccessivo di pratiche anticompetitive rimangano indenni, senza imporre oneri e costi superiori all'attuale sistema.

⁵⁵ In particolare, nell'analisi delle *territorial and customer restrictions* le corti statunitensi adoperano solitamente un *market power screen*, in cui la quota di mercato viene assunta come principale indicatore del potere di mercato di un'impresa, sulla cui base fondare una presunzione di liceità delle restrizioni verticali. Alla base degli attuali orientamenti della giurisprudenza vi è la pronuncia resa dalla Corte Suprema nel celeberrimo caso *Sylvania*, (Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 1977), in cui la Corte rovesciò l'approccio precedentemente adottato in *Schwinn* (U.S. v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365, 1967). In *Schwinn* la Corte Suprema giudicò infatti le restrizioni in questione "*per se unlawful*", indipendentemente cioè da ogni ulteriore e più approfondita analisi in merito agli effetti reali della pratica sulla concorrenza, sollevando peraltro un coro di critiche. A distanza di dieci anni, la Corte si trovò ancora una volta a dover giudicare se le vertical non-price restraints avessero un tale "*pernicious effect on competition*" e "*lack of any redeeming virtue*" da poter essere presunte "*unreasonable*" senza alcuna ulteriore indagine circa la precisa portata anticoncorrenziale e le possibili giustificazioni. Rovesciando la soluzione data in *Schwinn*, la risposta fu negativa, in quanto l'impatto sul mercato di tali

Ciò che può semmai destare qualche perplessità è il modo in cui tali quote vengono adoperate. In primo luogo: qual è il fondamento normativo della presunzione di liceità? Chiaramente, trattandosi di un regolamento "di esenzione", tale fondamento va ricercato nell'art. 81, par. 3. Sul piano teorico, tuttavia, sarebbe stato più appropriato parlare di attestazione negativa, e considerare gli accordi semplicemente non restrittivi ex art. 81.1, in quanto la quota di mercato rappresenta uno degli elementi – il più rilevante, come visto – che contribuiscono a determinare le precondizioni strutturali in presenza delle quali possono prodursi sensibili effetti sul gioco della concorrenza. Ad esempio, in assenza di potere di mercato del produttore che impone una restrizione della concorrenza all'interno della propria marca, la pressione concorrenziale proveniente dalle altre marche inibisce lo sfruttamento del potere di mercato attribuito al rivenditore ed il prodursi di soluzioni inefficienti. La pratica non restringe la concorrenza in maniera apprezzabile e non andrebbe assoggettata a divieto anche se in concreto non si possano dimostrare effettivi guadagni di efficienza⁵⁶.

restrizioni fu ritenuto complesso e tale da richiedere che si tenesse conto, nell'ambito di un approccio definito di *rule of reason*, non solo delle ripercussioni sulla concorrenza intrabrand, ma anche degli effetti sulla concorrenza interbrand e dei rapporti tra le due. *Sylvania* ha avuto l'indiscutibile merito di aprire in maniera decisa all'analisi economica nell'apprezzamento delle restrizioni verticali; nondimeno, la decisione recava al suo interno alcune difficoltà di ordine concettuale nonché applicativo. La Corte infatti trascurò di delineare una formulazione analitica della *rule of reason*, in generale o con specifico riguardo agli accordi verticali, di dare in sostanza una struttura operativa a tale regola, limitandosi a sottolineare l'esigenza di bilanciare effetti perniciosi sulla concorrenza intrabrand ed effetti benefici sulla concorrenza interbrand, formula che si è peraltro rivelata misteriosa nonché difficilmente praticabile: cfr. EASTERBROOK F.H., *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, *Antitrust Law Journal*, 1984, e POSNER R.A., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, cit., pp. 18-22. Nel tentativo di dare concretezza alla generica adesione alla *rule of reason*, le corti inferiori, che raramente si sono misurate con il predetto bilanciamento, hanno con una certa frequenza fatto ricorso ad un approccio siffatto: in primo luogo, esse adoperano un "market power screen", per il quale l'accordo è presunto essere procompetitivo nel caso in cui il produttore non abbia potere di mercato. Qualora, invece, l'impresa sia dotata di potere di mercato l'accordo non è necessariamente illegale. In secondo luogo, infatti, le corti solitamente richiedono che l'impresa dia una plausibile giustificazione dell'adozione della pratica verticale, in sostanza tenendo conto delle "redeeming virtues". Se un "plausible business rationale" viene fornito, il convenuto sposta sull'attore l'onere di superarlo offrendo la specifica prova di dannosi effetti anticompetitivi. In pratica, l'impatto di *Sylvania* sulla giurisprudenza si è risolto in un regime di legalità presuntiva delle nonprice restraints, in cui le pochissime sentenze che hanno dichiarato illegali le pratiche contestate si riferivano a mercati quasi monopolistici. Per una panoramica della giurisprudenza delle corti inferiori cfr. GINSBURG D.H., *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, *Antitrust Law Journal*, 1991, p. 67 ss. Cfr. anche ARQUIT K.J., *Market Power in Vertical Cases*, *Antitrust Law Journal*, 1992, p. 921 ss.

⁵⁶ L'accordo potrebbe essere considerato restrittivo solo accogliendo la tanto criticata nozione formale di restrizione della concorrenza, intesa come limitazione della libertà commerciale delle parti.

Da notare che l'opzione IV del libro verde, che utilizzava una quota del 20%, parlava chiaramente di regolamento "di attestazione negativa", il quale introduceva una presunzione confutabile di compatibilità con l'allora art. 85 par. 1. Inoltre, nella successiva comunicazione si legge che: "al di sotto di tali soglie si presume che le restrizioni verticali non abbiano effetti negativi netti significativi. Questo significa che agli accordi non si applica l'articolo 85, paragrafo 1 oppure, quando ciò avviene, che possono godere di esenzione". Verrebbe quasi da parlare di "presunzione di attestazione negativa o di esentabilità", il che, ripetiamo, sul piano teorico non è soddisfacente, ma non sembra produrre conseguenze pratiche di rilievo. Nel momento in cui i presupposti dell'esenzione si basano su criteri economici piuttosto che formali, e ricordato che il regolamento di esenzione può essere applicato anche dalle autorità di tutela della concorrenza nonché dalle corti nazionali e comunitarie, considerare un accordo restrittivo ma esentabile o semplicemente non restrittivo non fa, sul piano pratico, molta differenza: in entrambi i casi, l'accordo non può essere dichiarato nullo dal giudice nazionale; in entrambi i casi, non si rende necessario procedere ad una notificazione al fine di ottenere una esenzione individuale.

Sotto un altro punto di vista, suscita perplessità la scelta di legare l'esenzione per categoria degli accordi di non concorrenza, obblighi di acquisto esclusivo e pattuizioni simili alla quota di mercato del fornitore. Dall'analisi svolta in precedenza, infatti, emerge che il principale pericolo anticoncorrenziale di un accordo di acquisto esclusivo, così come del tie-in e in genere delle restrizioni interbrand, è costituito dall'effetto escludente che esso esplica, nel mercato a monte, attraverso la preclusione, per i concorrenti, dell'accesso ai canali distributivi o in genere agli sbocchi sul mercato a valle. La portata della foreclosure dipende, oltre che dalla durata dell'accordo e dall'esistenza di barriere all'ingresso nel mercato a valle, proprio dalla porzione di tale mercato coperta dall'accordo in questione e dal complesso di accordi simili. Pertanto, più che alla quota di mercato detenuta dal fornitore, che rappresenta solo un indicatore indiretto della reale portata della foreclosure indotta dalla pratica in esame, sarebbe stato preferibile far riferimento a parametri direttamente legati alla capacità distributi-

va, o comunque alla potenziale clientela nel mercato a valle, che viene sottratta ai concorrenti tramite accordi di esclusiva. Tali avrebbero potuto essere, ad esempio, la quota di acquisti del prodotto oggetto dell'accordo verticale riconducibile all'operatore a valle vincolato, o la quota detenuta da quest'ultimo sul mercato a valle della rivendita.

Al contrario, l'approccio seguito dal regolamento comporta, ad esempio, che un'impresa, con una quota di mercato pari al 35%, non può beneficiare dell'esenzione per categoria anche qualora vincoli con un accordo di non concorrenza un unico operatore che rappresenti solo il 5% del mercato a valle. Non a caso le Linee direttrici indicano, tra i principali fattori di analisi nell'ambito di un esame individuale di tali restrizioni, la quota del mercato a valle concretamente preclusa all'accesso di operatori concorrenti. Ora, se è vero che è possibile correggere eventuali incongruenze prodotte dal regolamento attraverso il successivo esame ai fini della concessione di un'esenzione individuale, un regolamento di esenzione per categoria dovrebbe essere basato su parametri quanto più aderenti ai reali effetti dell'accordo sulla concorrenza, e in grado di limitare al massimo il numero di notificazioni individuali presentate dalle imprese. In conclusione, a rigore di analisi economica, la presunzione legata alla quota di mercato avrebbe dovuto prevedere una soglia da riferire alternativamente agli operatori attivi sul mercato a monte o su quello a valle, a seconda del tipo di restrizione interessata (intrabrand o interbrand)⁵⁷.

Potrebbe sembrare, a questo punto, che il legislatore comunitario abbia preferito far riferimento in ogni caso alla quota di mercato del produttore per ragioni di semplicità applicativa; senonché tale assunto è smentito dall'impiego, per gli accordi di fornitura esclusiva di cui all'art. 1, lett c), della quota di mercato detenuta dall'acquirente sul mercato rilevante in cui esso acquista i beni o i servizi oggetto del contratto, ai fini dell'applicazione dell'esenzione per categoria. Scelta, quest'ultima, anch'essa discutibile in quanto gli accordi di fornitura esclusiva, come visto, rappresentano una forma estrema di distribuzione esclusiva e, come tali, andrebbero per coerenza ricondotti ai medesimi criteri di valutazione: vale a dire, in primo luogo, la quota di mercato dei

produttori vincolati a rifornire in esclusiva un determinato acquirente. Attraverso il riferimento alla quota di mercato dell'acquirente, invece, la Commissione sembra interessata essenzialmente a impedire il consolidamento di posizioni di forza di imprese, ai limiti della dominanza ma non ancora dominanti ex art. 82 del Trattato CE. Tale circostanza, che è sicuramente rilevante nell'ambito di un esame completo dell'impatto concorrenziale di un accordo, non dovrebbe invece valere a sovvertire il principio, visto in precedenza, per cui l'effetto escludente concretamente riconducibile a un accordo di esclusiva in favore dell'acquirente dipende in primo luogo dalla quota di mercato detenuta dal produttore vincolato⁵⁸.

Un'ulteriore considerazione concerne infine la scelta del mercato cui far riferimento ai fini del calcolo delle quote. In effetti, gli accordi verticali interessano almeno due mercati: il mercato tra il fornitore e l'acquirente, da un lato, e il mercato a valle, ove l'acquirente rivende ai consumatori o a altri operatori, dall'altro. Ai fini dell'esenzione per categoria, il regolamento adotta un approccio semplificato, assumendo a riferimento le quote detenute dal fornitore, o dall'acquirente nel caso di fornitura esclusiva, sul mercato tra queste due parti. Peraltro, le restrizioni verticali possono produrre effetti anche sul mercato a valle: in particolare, accordi quali la distribuzione esclusiva o selettiva comportano in primo luogo restrizioni della concorrenza intrabrand all'interno dei territori di rivendita dei distributori⁵⁹. In casi come questi, quindi, la quota di mercato avrebbe dovuto riferirsi al mercato a valle. La scelta operata dalla Commissione è dipesa tuttavia dall'intento di semplificare l'applicazione del regolamento e accrescere il livello di certezza del diritto: nelle Linee direttrici si legge infatti che eventuali problemi relativi a mercati diversi potranno essere affrontati con lo strumento del ritiro dell'esenzione e che, in ogni caso, nell'ambito di un esame individuale di accordi ver-

⁵⁷ In questo senso di esprimono, nel loro commento al libro verde, BIRO Z. e FLETCHER A., *op. cit.*

⁵⁸ Anche in questo caso, quindi, accordi di esclusiva, stipulati in favore di un acquirente che detenga una quota di mercato pari al 35%, ma che interessino una porzione minima del mercato a monte, non supererebbero il vaglio dell'esenzione per categoria, nonostante l'ampia porzione del mercato che resterebbe disponibile per i concorrenti. Le imprese interessate potrebbero in ogni caso confidare in un'esenzione individuale, a patto che la Commissione non giudichi comunque inaccettabile l'ulteriore rafforzamento della posizione di forza dell'acquirente.

⁵⁹ Si consideri che, specie con riferimento a determinati prodotti finali particolarmente deperibili o di basso valore, il mercato a valle della rivendita può interessare ambiti geografici anche molto ristretti.

ticali non coperti dall'esenzione per categoria saranno esaminati i mercati rilevanti situati a ciascuno stadio della catena di produzione⁶⁰.

Un'ultima riflessione meritano infine le clausole incluse nella lista nera e nelle condizioni di applicazione del regolamento. Principale obiettivo del bando quasi incondizionato di cui la black list è espressione appaiono essere gli accordi sul prezzo minimo o imposto e quelli che comportano una protezione territoriale assoluta. In entrambi i casi, la scelta di politica di concorrenza non è convincente. La repressione del prezzo imposto ha sempre rappresentato una priorità nella politica antitrust sia in Europa che al di là dell'oceano⁶¹. Tuttavia, come visto, l'analisi economica di tale pratica ha sottolineato come la ratio ad essa sottesa, gli effetti anticoncorrenziali ed i vantaggi di efficienza siano sostanzialmente gli stessi delle restrizioni territoriali e di quelle relative alla clientela. Una diversità di trattamento rischia allora di risolversi nell'attuazione di un pregiudizio difficilmente giustificabile a fronte di effetti sostanzialmente equivalenti. La Commissione stessa ha riconosciuto i possibili utilizzi in senso efficientista della pratica, ma ha ritenuto giusto vietarla proprio in considerazione del fatto che gli stessi effetti positivi del prezzo imposto possono essere perseguiti attraverso altre restrizioni, che presenterebbero conseguenze negative meno gravi⁶².

In effetti, la concorrenza sul prezzo costituisce la forma più evidente di concorrenza, anche se non l'unica. Si potrebbe tuttavia obiettare che la clausola di prezzo imposto inibisce solo la concorrenza sul prezzo, mentre un'esclusiva territoriale esclude ogni tipo di concorrenza all'interno della marca. Ma assumono valore assorbente altri

⁶⁰ Cfr. *Linee direttrici*, cit., parr. 22 e 96.

⁶¹ Peraltro, il prezzo imposto massimo, negli ultimi anni, sembra essersi guadagnato, giustamente, i favori delle politiche di concorrenza. Il potenziale anticompetitivo di tale pratica è in effetti bassissimo, in quanto non ostacola lo svolgersi della concorrenza sul prezzo, essendo anzi solitamente impiegata dal produttore al fine di impedire ai rivenditori, che abbiano formato un cartello o godano comunque di potere di mercato, di praticare prezzi sovracompetitivi, o per assicurarsi che i suoi sconti promozionali siano trasferiti ai consumatori. Negli Stati Uniti è stata recentemente deposta la per se rule, a favore di un approccio di ragionevolezza: cfr. *State Oil Company v. Barkat U. Khan*, 118 S. Ct. 275 (1997). Tale nuova corrente di pensiero relativa al prezzo imposto massimo ha interessato anche la Commissione europea, la quale ha ritenuto che i prezzi di rivendita massimi e raccomandati, che non equivalgono a prezzi minimi o imposti in virtù di pressioni o incentivi provenienti da una delle parti, non solo sono esclusi dalla lista nera, ma non dovrebbero in genere incorrere nel divieto di cui al par. 1 dell'art. 81. Cfr. sull'argomento *MONTANGIE Y.*, *The New Approach to Price Ceilings: a Matter of Sound Economic Reasoning*, *European Competition Law Review*, 2000.

due rilievi. In primo luogo, la valutazione dell'indispensabilità della restrizione, e della praticabilità di mezzi alternativi meno restrittivi, andrebbe effettuata con estrema cautela, onde evitare di distorcere indebitamente le valutazioni di convenienza delle imprese. In secondo luogo, e soprattutto, vale per le restrizioni sul prezzo quanto detto per le restrizioni intrabrand in generale: in presenza di una forte concorrenza proveniente da prodotti di altre marche facilmente sostituibili, la fissazione di prezzi sovrapetitivi, che non sia più che bilanciata da guadagni di efficienza, lungi dall'incidere negativamente sulla concorrenza si ritorcerebbe contro le imprese che li praticano⁶³.

La protezione assicurata, in linea con la tradizione comunitaria, al commercio parallelo ed alle vendite passive esula invece da valutazioni antitrust in senso stretto e si spiega alla luce dell'obiettivo politico dell'integrazione dei mercati nazionali, di cui la Commissione ribadisce il valore primario nella applicazione delle norme di tutela della concorrenza. Ora, l'opportunità di elevare l'integrazione del Mercato comune in sé ad obiettivo della politica di concorrenza è stata già in passato messa in discussione da più parti. Negli ultimi anni, con i progressi compiuti nel processo di integrazione, in molte aree ormai largamente raggiunta, tale priorità va perdendo molto del suo *appeal*, e la politica di tutela della concorrenza appare matura per assumere la dignità di valore in sé stessa, indipendentemente da una sua strumentalizzazione a vantaggio di obiettivi politici (quali il Mercato unico, o la *fairness* nelle relazioni commerciali)⁶⁴.

E' probabile che in futuro, con un mercato unico sempre più perfezionato e le economie nazionali maggiormente integrate, l'influenza di tale obiettivo nel trattamento delle restrizioni verticali, così decisiva finora, sia molto meno pressante. Quello che preme già ora rilevare è che non sempre le scelte operate sembrano realmente funzionali all'integrazione dei mercati nazionali. Un'applicazione indiscriminata del divieto

⁶² Tale fattore assumerebbe rilievo nella valutazione del carattere indispensabile della restrizione alla luce dell'art. 81, par. 3.

⁶³ In dottrina è stato espresso l'auspicio, quantomeno, di una maggiore apertura nei confronti del prezzo imposto nell'ambito dell'esame individuale: cfr. MONTANGIE Y., *cit.*

⁶⁴ Cfr. FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, *Roundtable on Reform of EC Competition Policy*, International Antitrust Law & Policy, 1996.

della protezione territoriale assoluta potrebbe infatti colpire accordi che non solo, in concreto, non restringono la concorrenza, ma promuovono l'integrazione stessa, ad esempio favorendo gli investimenti e la penetrazione in nuovi mercati. In effetti, la penetrazione in mercati di altri Stati Membri richiede generalmente investimenti importanti e l'assunzione di rischi che potrebbero non essere affrontati in assenza di adeguati incentivi e garanzie per le parti (quale la concessione di un'esclusiva). In tale contesto, la difesa ad oltranza degli importatori paralleli trascura di considerare che la mancanza di protezione dai free-rider può dissuadere le imprese dall'intraprendere la distribuzione di un nuovo prodotto, o comunque dall'investire nelle necessarie attività promozionali, precludendo al produttore la penetrazione o il rafforzamento in un nuovo mercato⁶⁵. Ci si è chiesti allora se tale principio della unità del mercato debba applicarsi allo stadio della distribuzione, come è avvenuto finora, o a quello della produzione⁶⁶. Certamente la politica di concorrenza comunitaria dovrebbe tener presente che in presenza di imprese non dotate, individualmente o collettivamente, di potere di mercato, non solo è difficile che accordi di tipo verticale ostacolino l'integrazione economica, ma cresce la possibilità che essi la favoriscano abbassando gli ostacoli all'ingresso di un produttore in un nuovo mercato⁶⁷. In quest'ottica, protezione della concorrenza e perseguimento dell'integrazione dei mercati nazionali sarebbero molto più coerenti di quanto ritenuto in passato⁶⁸.

Infine, con riferimento alle condizioni di applicazione, la limitazione, ivi prevista, della durata degli accordi di acquisto esclusivo e in genere di non concorrenza, indi-

⁶⁵ Cfr. sul punto PERA A. e TODINO M., *op. cit.*, pp. 425-426.

⁶⁶ Cfr. EHLERMANN C.D. e LAUDATI L.L., *op. cit.*, pp. 28-29.

⁶⁷ Va detto peraltro che proprio con riferimento alle ipotesi di un prodotto nuovo, o della penetrazione in un differente mercato geografico, la Commissione nelle Linee direttrici ha tentato di attenuare la rigidità evidenziata nel testo. In particolare, le Linee direttrici affermano che le restrizioni verticali legate a nuovi prodotti o mercati geografici devono, in genere, essere considerate non restrittive della concorrenza, indipendentemente dalla quota di mercato interessata, per un periodo di due anni dalla prima immissione del prodotto sul mercato. Tale regola dovrebbe applicarsi a tutte le restrizioni verticali diverse da quelle incluse nella black list, nonché, nel caso di un nuovo mercato geografico, alle restrizioni sulle vendite attive e passive da parte di acquirenti situati in altri mercati a intermediari situati nel nuovo mercato. Cfr. *Linee direttrici*, cit., par. 119.

⁶⁸ Da notare che la formulazione dell'articolo 4, lett. c), che vieta tutte le restrizioni relative al territorio o alla clientela cui l'acquirente può rivendere, con le sole eccezioni ivi previste, rischia di riproporre, limitatamente alla categoria delle restrizioni territoriali e relative alla clientela, lo stesso problema di *straitjacket* provocato in

pendentemente dalle quote di mercato interessate, costituisce probabilmente una proibizione eccessiva. Un periodo di durata piuttosto lungo, infatti, non è comunque in grado da solo di produrre significativi effetti restrittivi della concorrenza, essendo a tal fine necessario il concorso di fattori ulteriori quali, come visto, la copertura di una consistente porzione del mercato e la presenza di barriere all'ingresso. Pertanto, la considerazione della durata del vincolo avrebbe dovuto essere rinviata alla fase della valutazione individuale, una volta riconosciuta la presenza delle altre condizioni necessarie per la restrittività della pratica. Inserita nel regolamento, invece, rischia di rendere quest'ultimo eccessivamente restrittivo e rimettere all'esame individuale più accordi di quanto sia opportuno. Inoltre, non è condivisibile l'equiparazione degli accordi rinnovabili tacitamente a quelli di durata indeterminata: a differenza di questi ultimi, infatti, i primi consentono, a scadenze predeterminate, di liberarsi dai vincoli contrattuali e rispondere a eventuali migliori offerte rinvenibili sul mercato, senza quindi che siano posti seri ostacoli al gioco della concorrenza.

4. Valutazioni conclusive.

Il nuovo regolamento apre decisamente all'analisi economica nella valutazione degli accordi verticali. L'approccio economico si è concretizzato, in primo luogo, nell'utilizzo delle soglie espresse in termini di quote di mercato ai fini della concessione dell'esenzione per categoria. Le quote di mercato sono un indicatore imperfetto dell'esistenza di un reale potere di mercato delle parti e determinano significativi problemi applicativi, sia per quanto concerne la definizione del mercato rilevante che per il computo delle quote dei diversi operatori. Ciononostante, l'esame dei risultati della teoria economica suggerisce che le quote di mercato costituiscono un compromesso accettabile tra esigenze difficilmente conciliabili, quali aderenza alla realtà economica, da un lato, e un livello accettabile di certezza del diritto e semplicità applicativa, dall'altro. Inoltre, le quote di mercato rappresentano da tempo uno dei principali para-

passato dai regolamenti d'esenzione. Infatti, con riferimento a restrizioni verticali che sono tra le più diffuse, la norma pone un divieto di carattere generale, con le uniche eccezioni da essa contemplate.

metri di riferimento in altri settori del diritto antitrust e sono utilizzate come primario criterio di valutazione delle restrizioni verticali nella prassi antitrust statunitense.

Le clausole incluse nella lista nera e le condizioni di applicazione appaiono ancora eccessivamente restrittive alla luce dei risultati della teoria economica. Ciò è dovuto, in particolar modo, all'influenza dell'obiettivo politico dell'integrazione dei mercati nazionali, il quale conduce a soluzioni non sempre coerenti con l'obiettivo primario del regolamento, la tutela della concorrenza come strumento di efficiente allocazione delle risorse.

Infine, va sottolineato il progressivo avvicinamento tra il diritto antitrust comunitario e quello statunitense in materia di restrizioni verticali. Nell'ambito della *rule of reason* formalizzata nella prassi giurisprudenziale statunitense, il giudice utilizza un *market power screen*, basato essenzialmente sulla quota di mercato delle parti, al fine di selezionare quegli accordi che richiedono un esame più approfondito fondato su di un bilanciamento di effetti anticoncorrenziali e effetti procompetitivi. Il nuovo regolamento comunitario prevede un'esenzione per categoria basata su di una soglia espressa in termini di quote di mercato, laddove gli accordi non esentati ai sensi del regolamento sono assoggettati a un esame individuale da parte della Commissione, effettuato sulla base di una serie di criteri di valutazione di carattere economico.

Pertanto, pur all'interno di "contenitori" formalmente diversi (una regola di formazione giurisprudenziale da una parte; un regolamento d'esenzione dall'altro), i due sistemi appaiono pervenire a soluzioni sostanzialmente analoghe. Le differenze più rilevanti che permangono tra di essi dipendono essenzialmente dall'influenza ancora decisiva dell'obiettivo politico dell'integrazione dei mercati nazionali nella politica di concorrenza comunitaria. In ossequio a tale principio, il regolamento comunitario tende a mantenere un livello minimo di canali d'arbitraggio e vede con estremo sfavore forme di protezione territoriale assoluta. In sede di esame individuale, peraltro, si dovrebbe tener conto del fatto che anche pattuizioni che prevedano, ad esempio, forme di protezione territoriale assoluta non dovrebbero essere in grado di pregiudicare il commercio tra gli stati membri in maniera significativa in assenza di potere di mercato delle parti.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

ARQUIT K.J., *Market Power in Vertical Cases*, Antitrust Law Journal, 1992.

ARQUIT K.J., *Resale Price Maintenance: Consumers' Friend or Foe?*, Antitrust Law Journal, 1992.

BESANKO D. e PERRY M.K., *Exclusive dealing in a spatial model of retail competition*, International Journal of Industrial Organization, 1994.

BIRO Z. e FLETCHER A., *The E.C. Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment*, European Competition Law Review, 1998.

BORTOLOTTI F., *Il problema delle soglie di mercato nel nuovo regolamento di esenzione sulle restrizioni verticali. Osservazioni critiche e proposte*, Contratto e impresa – Europa, 1999.

BRIGHT C., *Deregulation of EC Competition Policy: Rethinking Article 85 (1)*, International Antitrust Law & Policy, Fordham University School of Law, 1994.

BRUZZONE G., *Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali*, Mercato, concorrenza, regole, 2000.

CARLIN F.M., *Vertical Restraints: Time for Change?*, European Competition Law Review, 1996.

COMANOR W.S., *Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, Harvard Law Review, 1985.

DEACON D., *Vertical Restraints Under EU Competition Law: New Directions*, International Antitrust Law & Policy, Fordham University School of Law, 1996.

DOBSON P.W. e WATERSON M., *Vertical Restraints and Competition Policy*, Londra, 1996.

EASTERBROOK F.H., *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, Antitrust Law Journal, 1984.

GINSBURG D.H., *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, Antitrust Law Journal, 1991.

GRIFFITHS M., *A Glorification of de minimis – The Regulation on Vertical Agreements*, European Competition Law Review, 2000.

HAWK B.E. e STANTON N.D., *Can U.S. antitrust laws and practice provide lessons or suggestions to assist in the EC reform of competition law rules applicable to vertical restraints?*, Contratto e impresa – Europa, 1999.

HAWK B.E., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, Common Market Law Review, 1995.

HEIDE J.B., DUTTA S. e BERGEN M., *Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice*, The Journal of Law and Economics, 1998.

KLEIN B. e MURPHY K.M., *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, The Journal of Law and Economics, 1988.

KLEIN B. e SAFT L.F., *The Law and Economics of Franchise Tying Contracts*, The Journal of Law & Economics, 1985.

KORAH V. e WARWICK R.A., *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, Londra, 1992.

KRATTENMAKER T.G. e SALOP S.C., *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, The Yale Law Journal, 1986.

LUGARD H.H.P., *Vertical Restraints under EC Competition Law: A Horizontal Approach?*, European Competition Law Review, 1996.

MARVEL H.P. e McCAFFERTY S., *The Welfare Effects of Resale Price Maintenance*, The Journal of Law and Economics, 1985.

MARVEL H.P., *Exclusive Dealing*, The Journal of Law and Economics, 1982.

MONTANGIE Y., *The New Approach to Price Ceilings: a Matter of Sound Economic Reasoning*, European Competition Law Review, 2000.

NAZERALI J. e COWAN D., *Reforming E.U. Distribution Rules – Has the Commission Found Vertical Reality?*, European Competition Law Review, 1999.

NAZERALI J. e COWAN D., *The Commission's Draft Communication on Distribution Agreements - Market Shares are Predictably Back on the Table!*, European Competition Law Review, 1998.

PERA A. e TODINO M., *Il Sistema di Tutela della Concorrenza nell'Ordinamento Comunitario. Un'ipotesi di Riforma*, Diritto del commercio internazionale, 1997.

POSNER R.A., *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*. The University of Chicago Law Review, 1981.

REY P. e STIGLITZ J., *The role of exclusive territories in producer's competition*, The Rand Journal of Economics, 1995.

RINALDI R., *Il Nuovo Regolamento della Commissione Europea sugli Accordi Verticali*, Diritto del Commercio Internazionale, 2000.

SCHROEDER D., *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*, European Competition Law Review, 1997.

SHAFFER G., *Slotting allowances and resale price maintenance: a comparison of facilitating practices*, The Rand Journal of Economics, 1991.

STEINER R.L., *How Manufacturers Deal with the Price-cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, Antitrust Law Journal, 1997.

STEINER R.L., *Sylvania Economics – A Critique*, Antitrust Law Journal, 1991.

STEINER R.L., *The Nature of Vertical Restraints*, The Antitrust Bulletin, 1985.

STEUER R.M., *Exclusive Dealing in Distribution*, Cornell Law Review, 1983.

TELSER L.G., *Why should manufacturers want fair trade?*, Journal of Law and Economics, 1960.

WHINSTON M.D., *Tying, Foreclosure, Exclusion*, The American Economic Review, 1990.