

UnivrFW
Univr Fashion Week



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

565055-EPP-1-2015-1-IT-EPPJMO-MODULE



UNIVERSITÀ
di **VERONA**

Dipartimento
di **SCIENZE GIURIDICHE**

Diritto della concorrenza dell'Unione europea e industria della moda

CATERINA FRATEA

Ricercatore di Diritto dell'Unione europea

Università degli Studi di Verona

caterina.fratea@univr.it

Diritto UE della concorrenza

- Regole applicabili alle **imprese**:
 - art. 101 TFUE: divieto di intese anticoncorrenziali
 - art. 102 TFUE: divieto di abuso di posizione dominante
 - reg. 1/2003 applicabile dal 1° maggio 2004
- Regole applicabili agli **Stati membri**:
 - art. 107 TFUE: divieto di concessione di aiuti di Stato alle imprese

Regole applicabili alle imprese

Art. 101, par. 1 TFUE

Sono incompatibili con il mercato interno e **vietati** tutti gli accordi tra imprese, **tutte** le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che **possano pregiudicare** il commercio **tra Stati** membri e che abbiano per **oggetto** o per **effetto** di impedire, **restringere o falsare** il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed **in particolare** quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) **ripartire i mercati** o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi (PRATICHE LEGANTI – TYING PRACTICES).

Regole applicabili alle imprese

Art. 101, par. 2-3 TFUE

Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono **nulli di pieno diritto** → EFFICACIA EX TUNC

DIVIETO NON ASSOLUTO

Le **disposizioni del par. 1** possono essere dichiarate **inapplicabili** alle intese che contribuiscano a **migliorare** la produzione o la *distribuzione* dei prodotti o a **promuovere** il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed **evitando** di:

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Regole applicabili alle imprese

Art. 102 TFUE

È incompatibile con il mercato interno e **vietato**, nella misura in cui possa essere **pregiudizievole** al commercio **tra Stati** membri, lo sfruttamento **abusivo** da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere **in particolare**:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Pregiudizio al commercio

L'influenza sul **commercio** tra Stati membri deve essere **sensibile**. Effetti irrilevanti sul commercio non vengono presi in considerazione (v. Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio 2004)

ESAME CASO PER CASO: natura dell'intesa, contesto economico, natura dei prodotti o dei servizi di cui trattasi, posizione dell'impresa interessata sul mercato rilevante

PRESUNZIONE DI NON PREGIUDIZIO se la **quota di mercato aggregata** delle parti su qualsiasi mercato rilevante interessato dall'accordo non superi il 5% e il **fatturato aggregato annuo** delle *imprese* interessate, nel caso di accordi orizzontali, e del *fornitore*, nel caso di accordi verticali, relativo ai prodotti oggetto dell'intesa non è superiore a 40 mln di euro

Regola *de minimis*

Le intese che non hanno per *oggetto* o per *effetto* una restrizione **sensibile** della **concorrenza** non rientrano nel divieto. Effetti irrilevanti sul commercio non vengono presi in considerazione.

Comunicazione del 2001 relativa agli accordi di importanza minore, pur non vincolante per giudici e autorità garanti, ha stabilito alcuni criteri quantitativi. La restrizione non è considerata sensibile se la **quota di mercato aggregata** su nessuno dei mercati rilevanti:

- nel caso di intese tra imprese **concorrenti**, non supera il 10%;
- nel caso di intese tra imprese **non concorrenti**, non supera il 15%.

Soglie ridotte al 5% quando la concorrenza sul mercato rilevante è limitata per l'effetto preclusivo prodotto cumulativamente da reti di accordi paralleli.

Regola *de minimis*. Segue.

La regola *de minimis* non si applica alle restrizioni gravi enunciate dalla Commissione nella comunicazione:

- intese orizzontali che hanno per oggetto fissazione dei prezzi, limitazione di produzione o vendite, ripartizione dei mercati o della clientela (CARTELLI);
- **intese verticali che prevedono restrizioni alla fissazione dei prezzi di rivendita o alcune restrizioni territoriali.**

Al contrario, non è escluso che intese che superino le suddette soglie possano incidere sulla concorrenza in misura insignificante e di conseguenza non ricadano nel divieto.

Regolamento 1/2003

Due principali novità al sistema precedente (reg. 17/1962):

- riforma di natura procedurale → abolizione del sistema di notifica preventiva degli accordi alla Commissione (c.d. principio dell'**eccezione legale** nell'applicazione dell'art. 101.3 TFUE)

Onere di autovalutazione da parte delle imprese

- sistema di controllo da accentratore *ex ante* a **decentrato** *ex post* → *enforcement* del diritto antitrust UE da parte delle autorità garanti e dei giudici nazionali

PLUS, poteri istruttori più penetranti per la Commissione

Eccezione legale

Sulle imprese che intendono avvalersi della deroga incombe l'onere di provare **4 condizioni cumulative** ed esaustive:

- DUE POSITIVE

- l'accordo deve produrre vantaggi, incrementi di efficienza (in termini di costi o di qualità) tali da compensare gli svantaggi che derivano dalla restrizione alla concorrenza → nesso di causalità diretto tra l'accordo e gli incrementi di efficienza,
- l'accordo deve riservare agli utilizzatori una buona parte degli utili.

- DUE NEGATIVE

- l'accordo non deve condurre ad una *sostanziale* riduzione della concorrenza sul mercato rilevante (art. 101.3 non pregiudica applicazione dell'art. 102),
- l'accordo non deve imporre restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi di cui alle prime 2 condizioni (proporzionalità dell'acc. in quanto tale e delle singole restrizioni).

Intese vietate

Seppur non specificato nei trattati, esistono due tipologie di accordi tra imprese:

- INTESE ORIZZONTALI
- INTESE VERTICALI

(CG ha confermato che entrambe rientrano nel divieto: *Costen & Grundig*, 1964)

Intese orizzontali

Intese poste in essere da imprese che si trovano allo **stesso stadio** della catena di produzione o di distribuzione di beni o servizi e operano nello stesso mercato rilevante

IMPRESE TRA LORO CONCORRENTI *ATTUALI* O *POTENZIALI* (es. accordi tra produttori o tra grossisti)

È concorrente **potenziale** un'impresa di cui si possa presumere che, nell'ipotesi di un incremento modesto ma permanente dei prezzi, sia in grado, effettuando investimenti supplementari o sostenendo altri costi di conversione, di entrare nel mercato rilevante in un breve lasso di tempo. ESAME CASO PER CASO (v. linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale 2011)

Intese vietate orizzontali. Segue.

- Le intese orizzontali che hanno per oggetto la fissazione dei prezzi, la limitazione di produzione o vendite, la ripartizione dei mercati o della clientela (CARTELLI) costituiscono alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza e sono severamente sanzionate.

Ad esse non si applica l'eccezione *de minimis*.

- Alcune forme di cooperazione orizzontale (anche tra non concorrenti) consentono invece di apportare miglioramenti in termini di efficienza e sono dunque suscettibili di esenzione:
 - acc. di ricerca e sviluppo,
 - acc. di produzione e specializzazione,
 - acc. di acquisto,
 - acc. di commercializzazione,
 - acc. di standardizzazione,
 - acc. relativi alla protezione dell'ambiente.

Intese verticali

Intese poste in essere da due o più imprese operanti a un **livello differente** della catena di produzione o di distribuzione di beni o servizi (es. tra un produttore e un grossista o un dettagliante o tra questi ultimi). Art. 1, reg. 330/2010 (*infra*)

Si riferiscono alle **condizioni** in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi → indurre l'acquirente ad eseguire attività per lui vantaggiose e costose per il produttore

Possono rappresentare un'alternativa alle fusioni (M&A).

Intese verticali. Segue

Oltre che agli accordi tra fabbricanti, grossisti e dettaglianti, si considerano anche gli accordi tra *due fabbricanti* di cui uno produce le materie prime che vengono utilizzate come *input* dall'altro.

Accordi verticali che determinano solamente il prezzo e la quantità per una transazione di norma non restringono la concorrenza. Diversamente se l'accordo contiene limitazioni per il fornitore o per il compratore.

Intese verticali. Segue.

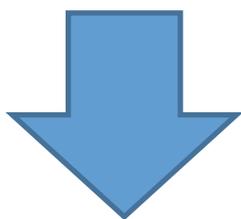
In generale considerate meno nocive rispetto alle restrizioni orizzontali:

- **effetti negativi** → possibile creazione di barriere all'ingresso con conseguente effetto di preclusione del mercato (*foreclosure*), indebolimento della concorrenza tra il fornitore o l'acquirente e i relativi concorrenti, creazione di ostacoli all'integrazione dei mercati;
- **effetti positivi** → promozione della concorrenza non basata sui prezzi, miglioramenti in termini di efficienza (es. consentendo economie di scala nella distribuzione e qualità dei servizi, come nel caso della distribuzione selettiva e del *franchising* che impongono al distributore un certo livello di qualità collegata all'immagine del marchio), consentire a un produttore di entrare in un nuovo mercato.

Intese verticali e *rule of reason*

Punto di partenza

Fornitore che conclude un accordo di esclusiva per distribuire i propri beni o servizi non può essere spinto dalla ricerca di un profitto anticoncorrenziale a danno dei consumatori



L'eventuale incremento di prezzi derivante dall'esclusiva (oltre che in via di principio essere incamerato dal distributore e non dal fornitore) si tradurrebbe in una contrazione delle vendite

Intese verticali e *rule of reason*

L'esclusiva, che può comportare pertanto anche un pregiudizio economico per il produttore, trova radice nell'interesse a che il distributore offra, insieme al bene o al servizio, anche beni o servizi aggiuntivi che ne incrementino le vendite.

Il calcolo del fornitore è che, se pure il prezzo finale sarà incrementato dalla necessità di coprire i costi dei servizi aggiuntivi, la fornitura di tali servizi porta comunque ad un aumento della domanda e quindi dei suoi profitti.

Per fare questo: contratti di distribuzione con oneri specifici per evitare *free-riding* da parte di quei distributori che tali servizi non offrono (e che quindi praticano un prezzo inferiore). Esclusiva quindi protegge tanto produttore quanto il distributore. Tutt'altro che nocivo.

Intese verticali e *rule of reason*

ALTRI VANTAGGI:

- l'esclusiva può indurre distributore a effettuare investimenti promozionali per introdurre il bene o il servizio in un nuovo mercato geografico;
- accordi di esclusiva con distributori rinomati per la qualità dei prodotti offerti al fine di certificare ai consumatori l'analoga qualità dei beni o servizi;
- attrarre investimenti per il fornitore.

Per valutare l'accordo occorre fare riferimento alla produzione:

- se aumenta → accordo concorrenziale
- se diminuisce → accordo anticoncorrenziale

Intese verticali e *rule of reason*

Semplificando:

Dato che fornitore stipula accordo di esclusiva solo al fine di aumentare le vendite, ogni esclusiva praticata sul mercato dovrebbe essere ritenuta concorrenziale. Se diminuiscono, fornitore sarà il primo a recedere dal contratto.

Troppo semplificato:

- consumatori marginali/infra-marginali
- prodotto deve essere complesso o la certificazione di qualità importante affinché l'esclusiva (e i servizi aggiuntivi che ne derivano) porti a un incremento di efficienza

OCCORRE PERTANTO GUARDARE ALL'OGGETTO
DELL'ACCORDO!!!

Intese verticali nell'UE

Due testi di riferimento:

- regolamento 330/2010 di esenzione per categoria (in *GUUE* L 102 del 23.4.2010, p. 6), che sostituisce il reg. 2790/1999, giunto a scadenza. Il nuovo reg. scadrà il 31 maggio 2022;
- orientamenti sulle restrizioni verticali 2010 (SEC(2010) 411 def., in *EurLex*), che sostituiscono le linee direttrici del 2000.

OBIETTIVO: creare un sistema che valuti le intese (verticali) nel loro contesto di mercato (*rule of reason*), che consideri maggiormente gli aspetti economici, non limitandosi ad analizzare gli accordi in termini formalistici.

Regolamento 330/2010

Basato sull'esperienza positiva del reg. 2790/1999.

Cons. 6 riconosce che alcuni tipi di restrizioni verticali possono incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una catena produttiva o distributiva permettendo un miglior coordinamento tra le imprese partecipanti:

- ridurre i costi delle transazioni commerciali e di distribuzione,
- consentire un livello ottimale dei loro investimenti e delle loro vendite.

Cons. 7: spesso sono la struttura del mercato e il potere di mercato delle parti dell'accordo (misura in cui sono esposte alla concorrenza di altri soggetti) a determinare se un accordo verticale attui una reale restrizione e, in tal caso, se i vantaggi compensino gli effetti anticoncorrenziali: ESAME CASO PER CASO...

Regolamento 330/2010. Segue

...Ciononostante la COMMISSIONE ha adottato un regolamento di **esenzione per categoria** degli accordi verticali e pratiche concordate.

Aiuto per l'autovalutazione delle imprese.

Zona di sicurezza (*safe harbour*) per la maggior parte degli accordi verticali. Attraverso l'esenzione per categoria il regolamento rende inapplicabile il divieto di cui all'art. 101.1 TFUE agli accordi verticali che soddisfano certi **requisiti**.

Requisiti per l'esenzione.

Tre categorie di requisiti:

- Art. 3 - **QUOTA DI MERCATO** (calcolata *ex art. 7*): la quota di mercato detenuta dal *fornitore* e dall'*acquirente* non deve superare il **30%** del mercato rilevante su cui rispettivamente vende e acquista i beni o i servizi oggetto del contratto

Accordo multilaterale (par. 2): *alfa* acquista da *beta* e vende a *gamma* - quota di mercato di alfa non deve superare la soglia sia come acquirente sia come fornitore.

- Art. 4 - **ASSENZA DI RESTRIZIONI FONDAMENTALI** (*hardcore restrictions*) – *BLACKLIST*
- Art. 5 - **RISPETTO DI ALCUNE CONDIZIONI SPECIFICHE DI APPLICAZIONE**

Restrizioni fondamentali

Accordo non può essere esentato se contiene una delle seguenti **cinque restrizioni fondamentali**:

- a) imposizione di prezzi di vendita: ai fornitori non è consentito fissare il prezzo (minimo) al quale i distributori possono rivendere i loro prodotti
- b) delimitazioni rispetto al territorio in cui o ai clienti ai quali l'acquirente può vendere: i distributori in via generale devono essere liberi MA alcune eccezioni in relazione alla distribuzione esclusiva e selettiva
- c) e d) riguardano la *distribuzione selettiva*: limitazione in relazione agli utenti finali (ma compatibile un divieto per i distributori selezionati di vendere a distributori non autorizzati); divieto per gli autorizzati di vendere a o acquistare da altri distributori autorizzati
- e) fornitura pezzi di ricambio

Condizioni specifiche

Il regolamento 330/2010 si applica a tutte le intese verticali diverse dalle restrizioni fondamentali.

L'esenzione tuttavia non si applica alle seguenti clausole contenute in accordi verticali:

- a) un obbligo di non concorrenza, diretto o indiretto, la cui durata sia indeterminata o superiore a 5 anni;
[obbligo non concorrenza tacitamente rinnovabile oltre i 5 anni si considera concluso per una durata indeterminata]
- b) un obbligo diretto o indiretto che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi;
- c) un obbligo diretto o indiretto che imponga ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di non vendere marche di particolari fornitori concorrenti.

Condizioni specifiche. Segue

In deroga alla lettera b), l'esenzione ~~non~~ si applica a 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, qualora:

- tale obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali;
- sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale;
- sia indispensabile per proteggere il *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente;
- la durata di quest'obbligo di non concorrenza sia limitata ad un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo.

N.B.: errore materiale nella prima riga rettificato (in *GUUE* L 71 del 9.3.2012, p. 55)

Condizioni specifiche. Segue

Se le condizioni (relative a obblighi di non concorrenza durante il contratto; obblighi di non concorrenza dopo la scadenza del contratto; esclusione di marchi specifici in un sistema di distribuzione selettiva) non sono soddisfatte, l'accordo verticale è **escluso dall'esenzione** del reg. 330.

Tuttavia, il regolamento continua ad essere applicato alla parte rimanente dell'accordo se tale parte è **separabile** dalle singole restrizioni verticali non esentate (a differenza delle *hardcore restrictions* che rendono l'accordo nullo nella sua interezza).

N.B.: rispetto al regolamento 1999 eliminata la possibilità di revocare il beneficio dell'esenzione per categoria da parte della Commissione e delle autorità garanti nazionali

Orientamenti sulle restrizioni verticali

Descrivono l'approccio adottato nei confronti degli accordi verticali non coperti dal reg. di esenzione per categoria.

Tale regolamento non si applica se la quota di mercato del fornitore e/o acquirente supera il 30% (+ *blacklist* e condizioni di applicazione).

Tuttavia, il **superamento della soglia del 30% non crea una presunzione di illegalità**. Lo scopo della soglia è distinguere gli accordi che godono di una presunzione di legalità da quelli che richiedono una valutazione individuale.

Gli orientamenti assistono le imprese in tale valutazione.

Orientamenti sulle restrizioni verticali. Segue.

Gli orientamenti stabiliscono **regole generali** per la valutazione delle restrizioni verticali e forniscono i criteri per la valutazione dei tipi più comuni di restrizione verticale:

- monomarchismo (obblighi di non concorrenza),
- distribuzione esclusiva,
- attribuzione esclusiva di clienti,
- distribuzione selettiva,
- accordi di *franchising*,
- accordi di fornitura esclusiva.

Regole generali applicate dalla Commissione e dalle autorità garanti quando valutano le restrizioni verticali nelle situazioni in cui non si applica il regolamento di esenzione per categoria.

Monomarchismo

Clausola contrattuale che obbliga l'acquirente a soddisfare **tutto il suo fabbisogno** in un certo mercato presso **un solo fornitore**. Questo non significa che l'acquirente sia tenuto ad approvvigionarsi direttamente presso il fornitore, ma significa che non comprerà, né rivenderà, né inserirà tra i suoi prodotti beni o servizi concorrenti (grandi marchi e *prêt-à-porter*).

Dal punto di vista della concorrenza, le clausole di questo tipo rischiano di precludere l'accesso al mercato dei fornitori concorrenti o potenziali, di facilitare la collusione tra fornitori in caso di uso cumulativo della clausola stessa e, quando l'acquirente è un dettagliante che vende ai consumatori finali, di indebolire la concorrenza tra marchi all'interno del punto vendita.

Monomarchismo. Segue

Effetti negativi per la concorrenza tanto più gravi quanto maggiori sono il potere di mercato del fornitore, la durata degli obblighi di non concorrenza e la percentuale di mercato già vincolata da accordi monomarca.

Pertanto, un fornitore in posizione dominante non potrà ricorrere a forme di distribuzione monomarca, a meno che non sussista una giustificazione obiettiva (quale potrebbe essere l'esigenza di recuperare gli investimenti specifici e non riutilizzabili sostenuti per l'instaurazione del rapporto di fornitura o di distribuzione, ovvero quello di proteggere il proprio *know-how*, trasferito ai distributori, dalla possibilità che venga utilizzato per commercializzare prodotti concorrenti) → altrimenti ABUSO *ex art.* 102 TFUE.

Distribuzione esclusiva

Il fornitore accetta di vendere i suoi prodotti ad un **unico distributore** per la loro rivendita in un **territorio determinato**. Allo stesso tempo, il distributore è spesso limitato nelle sue vendite attive verso altri territori esclusivi.

Dal punto di vista della concorrenza, questo sistema rischia di indebolire soprattutto la concorrenza all'interno del marchio e di precludere l'accesso al mercato, in modo tale che ne potrebbe risultare una differenziazione dei prezzi. Quando la maggioranza o la totalità dei fornitori applica la distribuzione esclusiva, ciò può facilitare le collusioni, sia al loro livello che al livello dei distributori.

Distribuzione esclusiva. Segue

Vantaggi pro-competitivi:

attribuire al fornitore risparmi nei costi della logistica e incentivare il distributore a investire nella promozione o nello sviluppo dell'immagine del marchio.

In generale, quanto maggiore è il potere di mercato del fornitore, tanto minore è la probabilità che la concorrenza tra marche compensi la riduzione di concorrenza *intra-brand* causata dalla distribuzione esclusiva. Pertanto, quando il fornitore ha una quota di mercato superiore al 30%, la riduzione della concorrenza *intra-brand* potrà essere compensata solo da significativi aumenti di efficienza.

Distribuzione esclusiva. Segue

Un tipico accordo pro-concorrenziale è la combinazione di distribuzione esclusiva e monomarchismo al livello di commercio all'ingrosso → incentivano i distributori a concentrare i propri sforzi su una singola marca, facilitando il lancio di nuovi prodotti o la penetrazione di nuovi mercati geografici.

Tali accordi possono pertanto essere meritevoli di esenzione, a condizione che non generino effetti escludenti. Viceversa, la combinazione di distribuzione esclusiva e obblighi di acquisto esclusivo genera divisioni territoriali rigide, eliminando la possibilità di forniture incrociate tra i vari territori e permettono al distributore di discriminare sui prezzi.

Attribuzione clienti in esclusiva

Il fornitore accetta di limitare le vendite dei propri prodotti ad un **unico distributore ai fini della rivendita ad una determinata categoria di clienti**. Allo stesso tempo, il distributore è spesso limitato nelle sue vendite attive ad altri clienti attribuiti ad altri in via esclusiva (grandi marchi).

Dal punto di vista della concorrenza, questo sistema rischia soprattutto di indebolire la concorrenza all'interno del marchio e di precludere l'accesso al mercato, in modo tale che potrebbe derivarne una differenziazione dei prezzi. Quando la maggioranza o la totalità dei fornitori applicano l'attribuzione dei clienti in esclusiva, ciò può facilitare le collusioni, sia a livello dei fornitori stessi che al livello dei distributori.

Distribuzione selettiva

Tale contratto, prevede la costituzione di un sistema di distribuzione con il quale il fornitore seleziona i **distributori autorizzati** sulla basi di criteri qualitativi o quantitativi.

Gli accordi di distribuzione selettiva restringono da una parte il **numero dei distributori autorizzati** e d'altra parte le loro **possibilità di rivendita**.

Contrariamente a quanto accade con la distribuzione esclusiva però, il numero dei rivenditori autorizzati non dipende dal numero dei territori, ma da criteri di selezione legati innanzitutto alla natura del prodotto.

Distribuzione selettiva. Segue

Principali effetti negativi sulla concorrenza:

- riduzione della concorrenza intramarca e, in caso di effetto cumulativo di reti distributive concorrenti, nell'esclusione dei distributori non autorizzati dal mercato e nella possibile collusione tra fornitori concorrenti. In effetti, il carattere chiuso delle reti di distribuzione selettiva riduce la pressione sui margini del produttore e dei distributori autorizzati, normalmente esercitata da quei distributori che tendono ad offrire prezzi più bassi a discapito della qualità

Distribuzione selettiva. Segue

Principali effetti positivi:

- facilitare la creazione di un'immagine di marchio, incentivando i distributori a fornire un livello elevato di assistenza alla vendita grazie all'eliminazione del problema di *free-riding*.

In linea generale, la distribuzione selettiva puramente qualitativa non restringe la concorrenza, quando la selezione dei distributori autorizzati avviene sulla base di criteri oggettivi, non discriminatori, legati alla natura del prodotto.

Distribuzione selettiva. Segue

Quando invece i criteri di selezione prevedono anche elementi quantitativi, le riduzioni della concorrenza saranno tanto più gravi quanto maggiore è il potere di mercato del fornitore e quanto minore è la pertinenza dei criteri di selezione rispetto alla natura del prodotto distribuito.

Franchising

Il *franchisor* cede al *franchisee*, dietro corrispettivo, la propria formula commerciale per l'utilizzo o la distribuzione di prodotti o servizi. A tal fine, il *franchisor* concede al *franchisee* una o più licenze di diritti di proprietà intellettuale (marchio, insegne, *know-how*, ecc.), nonché assistenza tecnica e commerciale (*prêt-à-porter*).

Tali accordi permettono all'affiliante di costituire, con investimenti limitati, una rete uniforme per la distribuzione di prodotti e permette all'affiliato di entrare nel mercato usufruendo dell'esperienza del *franchisor* e di una formula commerciale spesso già affermata.

Franchising. Segue

Normalmente gli accordi di *franchising* combinano restrizioni verticali riconducibili alla distribuzione monomarca, esclusiva e selettiva.

L'esenzione individuale è più probabile quando vi è un trasferimento sostanziale di *know-how* a beneficio del *franchisee*.

Inoltre, nell'ambito di tale contratto il monomarchismo è considerato, in generale, non restrittivo, quando è necessario per proteggere la reputazione e l'identità comuni di una rete di *franchising*, a condizione che gli eventuali obblighi di non concorrenza non superino la durata dell'accordo.

Restrizioni verticali e proprietà intellettuale

Reg. 330/2010, art. 2.3

L'esenzione **si applica** agli accordi verticali contenenti disposizioni relative alla cessione all'acquirente o all'uso da parte dell'acquirente di diritti di **proprietà intellettuale**, a condizione che tali disposizioni non costituiscano l'oggetto primario degli accordi e che esse siano direttamente collegate all'uso, alla vendita o alla rivendita di beni o servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti.

L'esenzione si applica inoltre a condizione che, in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, queste disposizioni non contengano restrizioni della concorrenza aventi lo stesso oggetto di restrizioni verticali non esentate in virtù del presente regolamento.

Fornitura esclusiva

Designazione di un unico acquirente dei prodotti.

Il principale effetto negativo ricollegabile alla fornitura esclusiva è il rischio che altri acquirenti siano esclusi dal mercato. Tale rischio aumenta quanto maggiori sono il potere di mercato dell'acquirente esclusivo nel mercato dell'acquisto e in quelli a valle della vendita, nonché la durata e portata degli obblighi di esclusiva.

La combinazione degli obblighi di non concorrenza e fornitura esclusiva è normalmente giustificabile quando entrambe le parti hanno sostenuto investimenti specifici al rapporto contrattuale, purché nessuna delle parti goda di una posizione dominante.

Esame individuale dell'accordo

Anticoncorrenziale per **oggetto** o per **effetto**

Per valutare se un accordo verticale ha l'**effetto** di limitare la concorrenza verrà effettuato un confronto tra la situazione effettiva o la probabile situazione futura sul mercato rilevante, caratterizzata dalle restrizioni verticali esistenti, e la situazione che si avrebbe in mancanza delle restrizioni verticali contenute nell'accordo



Effetti anticoncorrenziali sensibili sono possibili quando almeno una delle parti detenga o acquisisca un certo potere di mercato e l'accordo contribuisca a creare, mantenere o rafforzare tale potere di mercato, ovvero consenta alle parti di avvalersene

Esame individuale dell'accordo.

- Autorità amministrativa deve provare che l'accordo viola l'art. 101.1 TFUE
- Le imprese devono provare che vi sono i requisiti per un'esenzione individuale o per categoria (reg. 330) – effetti positivi superano quelli negativi

POSITIVI: promozione della concorrenza non basata sui prezzi e il miglioramento della qualità (++) per le restrizioni verticali di durata limitata che agevolino il lancio di prodotti nuovi e complessi, che proteggano investimenti specifici ad un rapporto contrattuale o che agevolino il trasferimento di *know-how*).

NEGATIVI:

- preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri fornitori o ad altri acquirenti;
- indebolimento della concorrenza e agevolazione della collusione tra il fornitore e i suoi concorrenti;
- indebolimento della concorrenza e agevolazione della collusione tra l'acquirente e i suoi concorrenti;
- creazione di ostacoli all'integrazione dei mercati.

Valutazione casistica (I)

In un mercato in cui i singoli distributori distribuiscono il marchio o i marchi di un unico fornitore, una riduzione della concorrenza tra i distributori dello stesso marchio determinerà una riduzione della concorrenza all'interno del marchio.

Tuttavia, se la concorrenza tra marchi è accesa, è improbabile che una riduzione della concorrenza all'interno del marchio abbia effetti negativi per i consumatori.

CONCORRENZA *INTERBRAND* COMPENSA LA
DIMINUZIONE DELLA CONCORRENZA *INTRABRAND*

Valutazione casistica (II)

Gli accordi di esclusiva sono in linea di massima più anticoncorrenziali di accordi che non prevedono esclusiva.

Una clausola di non concorrenza, ad es., limita i rifornimenti dell'acquirente ad un unico marchio. L'imposizione di volumi d'acquisto minimi lascia invece all'acquirente un certo margine di manovra per procurarsi beni concorrenti. L'effetto di preclusione può pertanto essere (molto) inferiore.

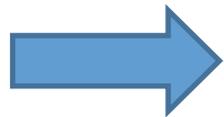
Valutazione casistica (III)

Le restrizioni verticali concordate per i beni che non sono di marca sono in linea di massima meno dannose delle restrizioni riguardanti la distribuzione di beni di marca.

La distinzione tra beni di marca e beni non di marca coincide spesso con la distinzione tra beni intermedi e beni finali.

E-commerce

- **Vendite attive:** contatto attivo con singoli clienti o gruppi di clienti o clienti situati in uno specifico territorio (posta, invio messaggi di posta elettronica)
- **Vendite passive:** risposta a ordini non sollecitati dei clienti oppure le azioni pubblicitarie di portata generale qualora sia vantaggioso per l'acquirente effettuare tali investimenti anche al di fuori della zona di esclusiva



Es. acquisti non sollecitati tramite siti *web* (se il cliente raggiunge il sito del distributore e acquista un prodotto)

E-commerce. Segue

- Alcune restrizioni alle vendite **passive** sono considerate *hardcore restrictions*

Es. obblighi per il distributore esclusivo di dirottare i clienti da aree che sono di pertinenza esclusiva di un altro distributore verso il proprio sito o il sito del produttore

Ai distributori inoltre non può essere imposto un limite alle vendite via *web* né un prezzo più alto per i prodotti venduti online – casi **PIERRE FABRE** e **COTY**

E-commerce. Segue

- Anche restrizioni alle vendite **attive** sono possibili SE PROPORZIONATE

Es. fornitore può impedire al distributore di sollecitare via internet i clienti che si trovano in aree di pertinenza esclusiva di altri distributori (inserzioni su siti di giornali locali di quelle aree)

Inoltre, il produttore può richiedere al distributore l'osservanza di certi standard qualitativi per il negozio *online* in cui sono venduti i suoi prodotti.

Distribuzione selettiva ed *e-commerce*

Tutti i contratti di distribuzione selettiva sono autorizzati per categoria (indipendentemente dal tipo di selezione e dal tipo di prodotto) a condizione che:

1. rientrino sotto la soglia di una quota di mercato del 30%,
2. consentano le vendite tra membri della rete,
3. consentano ai membri della rete di provvedere alle vendite attive o passive agli utenti finali senza limiti territoriali, purché dal loro punto vendita.

Il caso *Pierre Fabre*

CG 13 ottobre 2011, C-439/09

In questo caso si chiedeva che la vendita di prodotti cosmetici venisse curata personalmente da un diplomato in farmacia, escludendo di fatto ogni vendita su internet:

46. L'obiettivo di **preservare l'immagine di prestigio** non può rappresentare un obiettivo legittimo per restringere la concorrenza e non può quindi giustificare che una clausola contrattuale diretta ad un simile obiettivo non ricada nell'art. 101, n. 1, TFUE.

47. L'art. 101, par. 1 TFUE deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale che, nell'ambito di un sistema di distribuzione selettiva, impone che le vendite di prodotti cosmetici e di igiene personale siano effettuate in uno spazio fisico alla presenza obbligatoria di un farmacista laureato, con conseguente divieto di utilizzare internet per tali vendite, costituisce una **restrizione per oggetto** ai sensi di detta disposizione **se, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore e dell'obiettivo della clausola contrattuale in parola nonché del contesto giuridico ed economico in cui si colloca, risulta che, alla luce delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, tale clausola non è oggettivamente giustificata.**

Il caso *Pierre Fabre*

CG 13 ottobre 2011, C-439/09

54. Una clausola contrattuale che vieta di fatto la commercializzazione via internet ha **come oggetto quello di restringere le vendite passive agli utenti finali intenzionati ad acquistare tramite internet e non ubicati nella zona di riferimento fisica interessata dal sistema di distribuzione selettiva.**

59. L'esenzione per categoria prevista all'art. 2 del regolamento di esenzione **non si applica ad un contratto di distribuzione selettiva contenente una clausola che vieta, di fatto, di avvalersi di internet come modalità di commercializzazione dei prodotti oggetto del contratto.** Un simile contratto può invece beneficiare, a titolo individuale, dell'applicabilità dell'eccezione di legge dell'art. 101, par. 3, TFUE, qualora sussistano le condizioni poste da tale disposizione.

Inammissibilità di divieti assoluti di accesso a Internet

Con *Pierre Fabre* si afferma il principio che il divieto assoluto imposto ai distributori selettivi di vendere su internet:

- esclude a priori l'applicazione della *rule of reason* della giurisprudenza *Metro*, e
- esclude l'applicazione del regolamento di esenzione.

Resta solo la possibilità – più teorica che reale – che l'accordo possa beneficiare, in casi estremi, dell'art. 101, par. 3.

L'estensione del divieto a forme di mera limitazione dell'accesso a internet

Successivamente si presenta il problema di vedere se, e in che misura, i principi della sentenza *Pierre Fabre* possano essere applicati a limitazioni «non assolute». In particolare, il *Bundeskartellamt* tedesco avvia procedimenti contro *Adidas* e *Asics* che limitano in vario modo (senza escluderlo) l'accesso a Internet, facendo leva sul caso *Pierre Fabre*.

La posizione del *BKA* – *Asics* del 26 agosto 2015 (conf. da Corte federale il 18 gennaio 2018)

1. Il principio della compatibilità dei sistemi di distribuzione selettiva con l'art. 101 che si riferisce alla distribuzione di beni di consumo durevoli di alta qualità e tecnicità (sentenza *Metro*), non si applica ai prodotti di marca in quanto il mantenimento del loro prestigio non costituisce un motivo che giustifica la liceità della distribuzione selettiva.
2. Le clausole che limitano l'accesso dei distributori a Internet (e in particolare a *marketplaces* riconoscibili come terzi) hanno un oggetto restrittivo e non sono autorizzabili *ex art. 101, par. 3.*

La posizione del *BKA*

3. Le clausole in questione hanno per oggetto una restrizione relativa ai clienti ai quali l'acquirente può vendere i beni o servizi oggetto del contratto (art. 4(b) reg. 330/2010), e quindi non possono beneficiare dell'esenzione per categoria.
4. Le clausole in questione hanno per oggetto una restrizione delle vendite passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva (art. 4(c) reg. 330/2010), e quindi non possono beneficiare dell'esenzione per categoria.

Il caso *Coty*

CG 6 dicembre 2017, C-230/16

Il divieto imposto ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso, operanti come distributori sul mercato, di servirsi in maniera riconoscibile, per le vendite a mezzo internet, di imprese terze, non costituisce una restrizione della clientela dei distributori, ai sensi dell'articolo 4(b) del regolamento n. 330/2010, né una restrizione delle vendite passive dei distributori autorizzati agli utenti finali, ai sensi dell'articolo 4(c) di tale regolamento.

Possibili estensioni della giurisprudenza *Coty*

Le affermazioni della Corte valgono solo per prodotti di lusso e per clausole che vietano di servirsi in maniera riconoscibile di siti internet di terzi?

Oppure si può sostenere, al contrario, che esse valgono anche per altri prodotti oggetto di distribuzione selettiva e per altre limitazioni dell'accesso a internet che non costituiscano un divieto assoluto?

Per rispondere è necessario verificare se i motivi su cui si basa la scelta della Corte presuppongono necessariamente: (a) che si tratti di prodotti di lusso, e (b) che si tratti dello specifico divieto oggetto della sentenza *Coty*.

Tipo di prodotto

La sentenza *Coty* fa riferimento ai prodotti di lusso, perché ad essi faceva riferimento la domanda pregiudiziale, ma il ragionamento seguito per quanto riguarda il regolamento 330/2010 si basa su motivazioni più ampie.

In particolare, il ragionamento della Corte e, soprattutto quello dell'Avv. generale, non presuppone necessariamente che si tratti di prodotti di lusso, ma che si tratti di prodotti che **hanno un'immagine da preservare**. Ciò dovrebbe quindi valere anche per prodotti che richiedono il rispetto di determinate modalità di vendita (ad es. consulenza del venditore). Si può quindi ritenere che il principio per cui limitazioni dell'accesso a internet che non escludano totalmente tale canale, e che non perseguano primariamente un fine restrittivo, non costituiscano restrizioni che precludono a priori il beneficio dell'esenzione per categoria .

Tipo di restrizione

La sentenza *Coty* fa riferimento all'ipotesi specifica del divieto imposto ai membri di una rete selettiva di servirsi in maniera riconoscibile, per le vendite a mezzo internet, di imprese terze, ma il ragionamento seguito riguardo all'art. 4 del regolamento 330/2010 si basa su motivazioni più ampie, che permettono di ricomprendere anche altri divieti non assoluti di operare tramite internet, che siano giustificate da esigenze della rete.

In particolare, deve ritenersi che il ragionamento seguito dalla Corte debba valere anche per altri tipi di limitazioni non assolute delle vendite su internet, come limitazioni all'uso di *ad-words* o al ricorso a sistemi di confronto dei prezzi, purché motivate da fondate esigenze di tutela della qualità delle condizioni di vendita della rete.

Conclusioni

Si può ragionevolmente sostenere, alla luce della sentenza *Coty*, che gli artt. 4(b) e 4(c) del regolamento 330/2010 debbano essere interpretati restrittivamente, in modo da ricomprendere solo situazioni chiaramente incompatibili con gli obiettivi fondamentali di tutela della libera concorrenza. Ciò risponde del resto all'esigenza di certezza e prevedibilità alla base del regolamento 330/2010. Pertanto, restrizioni di accesso a internet, imposte a membri di una rete selettiva, destinate a preservare le finalità legittime perseguite attraverso il sistema di distribuzione selettiva, piuttosto che dirette a realizzare limitazioni *hardcore*, sono coperte dall'esenzione per categoria e potranno essere vietate solo attraverso la revoca *ex nunc* dell'esenzione.

Grazie per l'attenzione!