

Guida ABC import-export: paragrafo 2.2.3 Il distributore

Focus Normativa comunitaria Anti-Trust

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) vieta gli accordi tra imprese che limitano la concorrenza (articolo 101, paragrafo 1), ma tali accordi possono essere considerati compatibili con il mercato unico, purché contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, senza eliminare la concorrenza (articolo 101, paragrafo 3).

La Commissione europea ha adottato il nuovo Regolamento sulle intese verticali n. 2022/720, che sostituisce il Regolamento n. 2010/330, nonché le nuove Linee Guida della Commissione Europea sulle restrizioni verticali. Gli **accordi verticali** sono accordi che legano due o più imprese operanti a livelli diversi della catena di produzione o di distribuzione (ad esempio, produttore/fornitore e distributore/rivenditore, franchisor e franchisee). Il Regolamento recepisce la prassi applicativa del precedente Regolamento, puntando a garantire maggiore flessibilità ai sistemi distributivi. Le novità introdotte dal Regolamento sono molte e ne abbiamo sintetizzate alcune che riteniamo possano essere di maggior interesse per il lettore.

Il nuovo regolamento conferma l'**esenzione automatica** per tutti gli accordi verticali, a condizione che le quote di mercato del fornitore e del distributore **non superino il 30% nel mercato rilevante** in cui essi rispettivamente vendono e acquistano i beni o servizi oggetto del contratto (cosiddetta "safe harbour") e che essi non contengano restrizioni "fondamentali", cioè considerate gravemente lesive della concorrenza ("hard-core restrictions") e, quindi, tali da far venir meno il beneficio dell'esenzione per categoria. L'esenzione non si applica, dunque, agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori controllati dalle parti, hanno per oggetto principalmente:

- la **fissazione del prezzo di rivendita**, facendo invece salva la possibilità per il fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo, con la specificazione, nuova rispetto al regolamento previgente, che ciò non deve avvenire **nemmeno per effetto delle pressioni esercitate o degli incentivi offerti** (art. 4.a);

- la **restrizione relativa al territorio** in cui, o ai clienti ai quali, il distributore esclusivo può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, facendo invece salve alcune restrizioni territoriali e/o di clientela più ampie rispetto al regime previgente.

In particolare, nel caso della **distribuzione esclusiva**, il nuovo regolamento (art. 4.b.i) ammette la **restrizione delle vendite attive** da parte del distributore esclusivo o dei suoi clienti diretti (cosiddetto "pass-on", cioè possibilità di obbligare i propri distributori a imporre a loro volta a loro volta, ai loro clienti diretti) in un territorio o a un gruppo di clienti **riservati al fornitore o assegnati dal fornitore esclusivamente a un massimo di altri cinque** (e non solo uno, come in precedenza) **distributori esclusivi** ("esclusività condivisa").

Un'importante novità del Regolamento, in relazione a questi accordi, è rappresentata dalla previsione che esclude dall'esenzione gli scambi, tra fornitore e distributore, di

informazioni che non sono direttamente connessi all'esecuzione dell'accordo verticale o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto, ad esempio informazioni sui prezzi futuri o su specifici clienti del distributore, a differenza di informazioni permesse, quali quelle tecniche o logistiche o relative al mercato (art. 2.5). Le Linee Guida riportano un elenco esemplificativo, non esaustivo, delle informazioni dell'uno e dell'altro tipo.

Inoltre, il Regolamento riafferma il regime previgente, in base al quale le **clausole di non concorrenza di durata non superiore a cinque anni** possono beneficiare dell'esenzione per categoria. L'esenzione pertanto non riguarda le clausole di non concorrenza di durata indefinita, di durata determinata superiore ai cinque anni e tacitamente rinnovabili oltre i cinque anni. Il Regolamento, quindi, mantiene l'impostazione precedente, tuttavia, le Linee Guida introducono un'importante novità con riferimento alle clausole di non concorrenza che si rinnovano tacitamente oltre i cinque anni, le quali possono ora beneficiare dell'esenzione, a condizione che sia consentito al distributore di rinegoziare effettivamente o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo di non concorrenza con un ragionevole preavviso e senza incorrere in costi irragionevoli e che il distributore sia quindi in grado di passare ad un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni.

Il Regolamento garantisce una **maggiore protezione** anche per i sistemi di **distribuzione selettiva**, cioè quelli in cui il fornitore si impegna a vendere, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema (art. 4.c). Inoltre il Regolamento introduce, per la prima volta, una disciplina applicabile ai sistemi di distribuzione che non sono né esclusivi né selettivi ("distribuzione libera"), specificando quali restrizioni possono essere imposte ai distributori liberi senza perdere il beneficio dell'esenzione (art. 4.d).

In considerazione del significativo aumento dell'**e-commerce**, il Regolamento aggiorna la definizione di «**vendite attive**», con ciò intendendo i contatti attivi e mirati ai clienti mediante visite, lettere, e-mail, telefonate o altri mezzi di comunicazione diretta o attraverso azioni di **pubblicità e promozione** mirate, **offline o online**, ad esempio attraverso: media cartacei o digitali, compresi i media online; strumenti di **confronto dei prezzi** o **pubblicità** associata a **motori di ricerca destinati a clienti in determinati territori o a gruppi di clienti**; la gestione di un **sito internet** con un **dominio** di primo livello che corrisponde a **determinati territori**; l'offerta su un **sito internet** di opzioni linguistiche comunemente utilizzate in determinati territori, quando tali **lingue** siano **diverse da quelle comunemente utilizzate nel territorio** in cui è stabilito l'**acquirente** (art. 1.1.1).

Il Regolamento conferma la recente prassi della Commissione Europea, che considera come restrizione fondamentale vietata (*hard-core restriction*) l'impedire, da parte del fornitore ai propri distributori o ai suoi clienti, l'**uso efficace di internet per vendere**, in quanto tale pratica limiterebbe il territorio in cui, o i clienti ai quali, i beni o servizi oggetto del contratto possono essere venduti ai sensi del medesimo (art. 4.e). Tuttavia, le Linee guida, recependo la giurisprudenza, chiariscono che le restrizioni relative all'utilizzo dei **marketplace** sono coperte dall'esenzione per categoria, in quanto limitano soltanto una delle modalità di vendita online e il distributore resta libero di vendere mediante il proprio sito e gli altri canali online nonché di utilizzare la pubblicità online (a condizione, però, che la restrizione non abbia l'oggetto di impedire l'uso effettivo di internet per la vendita). Novità riguardano, poi, la soppressione del

previgente "criterio di equivalenza", quindi non è più obbligatorio che i criteri imposti dai fornitori per le vendite online siano complessivamente equivalenti ai criteri imposti per i punti vendita fisici, a condizione, tuttavia, che tali **diversi criteri** non abbiano la finalità di ostacolare le vendite online. Analogamente per la "**doppia tariffazione**" (*dual pricing*), ossia la fissazione, da parte del fornitore nei confronti dello stesso distributore, di prezzi diversi per le vendite online e quelle offline, pratica precedentemente vietata ed oggi consentita, a condizione che la differenza di prezzo sia giustificata dai diversi costi sostenuti in ciascun canale e abbia come obiettivo un adeguato livello di investimenti del distributore nei due canali e non, invece, di ostacolare le vendite online e le vendite in altri Paesi.

Altra novità è quella relativa alla "**duplice distribuzione**" (*dual distribution*), cioè i casi in cui il distributore vende i propri beni sia direttamente ai consumatori finali sia tramite distributori indipendenti, quindi sostanzialmente gli accordi di distribuzione tra concorrenti, cui non si applica l'esenzione del Regolamento vieta, salvi casi determinati (art. 2.4).

Il Regolamento si occupa anche delle "**clausola di parità**" (*most-favoured-nation clauses*, MFN) con le quali il fornitore e distributore si obbligano reciprocamente a concedersi condizioni uguali o migliori rispetto a quelle offerte su qualsiasi altro canale di vendita o marketing, che ai sensi del precedente regolamento beneficiavano indistintamente dell'esenzione per categoria, mentre il nuovo Regolamento ha escluso dall'esenzione gli obblighi, diretti o indiretti, che impediscano agli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a **condizioni più favorevoli attraverso servizi di intermediazione online concorrenti**.

Per quanto riguarda i contratti **agenzia**, il nuovo Regolamento mantiene l'impostazione precedente, secondo la quale essi sono **esclusi** dall'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE e quindi del Regolamento, in caso di **mancanza di indipendenza economica dell'agente**, cioè di **assenza o non significatività del rischio** finanziario o commerciale in relazione ai contratti che l'agente conclude o negozia per conto del preponente (cosiddetto "*agency test*"). Secondo le Linee Guida, più restrittivamente che in precedenza, la significatività del rischio deve essere valutata rispetto alle provvigioni percepite, valutazione che può risultare particolarmente complessa quando si svolga attività di agenzia e di distribuzione indipendente per lo stesso fornitore (cosiddetto "*dual role*"), data la difficoltà nel distinguere gli investimenti e costi relativi alla funzione di agenzia da quelli che riguardano esclusivamente l'attività distributiva.