

La distribuzione selettiva nel settore del lusso:
equilibrio tra la protezione del marchio e le leggi
sulla concorrenza

Prof.ssa Raffaella Grimaldi

RELATORE

Prof. Giacomo Sillari

CORRELATORE

Francesca Maraga 749561

CANDIDATO

Indice

Introduzione	3
Capitolo primo.....	8
<i>Gli accordi verticali</i>	8
1.1. Considerazioni introduttive	8
1.2. Effetti positivi ed effetti negativi.....	10
1.3. Le regole comunitarie previste per le intese verticali.....	13
1.3.1 L'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.....	14
1.3.2. Applicazione dell'articolo 101 TFUE, in seguito alla c.d. modernizzazione	15
1.3.3. Il regolamento 720 del 2022.....	17
1.4. Le principali restrizioni verticali	19
1.4.1. Resale price maintenance	19
1.4.2. Distribuzione esclusiva.....	23
1.4.3. La distribuzione selettiva: cenni.....	26
1.4.4. Restrizioni territoriali e della clientela	27
1.4.5. Vendite online	28
1.4.6. Restrizione della vendita di pezzi di ricambio.....	30
1.5. Le restrizioni escluse	31
1.6. Le zone di sicurezza	33
1.7. Revoca e non applicazione del regolamento di esenzione per categoria.....	35
Capitolo secondo	39
<i>La distribuzione selettiva</i>	39
2.1 La fattispecie	39
2.2 I diversi criteri di selezione: selezione qualitativa e quantitativa	47
2.3 La disciplina italiana e europea: la centralità dell' articolo 101. TFUE e le previsioni del Regolamento (UE) 330/2010.....	50
2.3.1 Regolamento 720/22. Le principali novità introdotte.....	62
Capitolo terzo	66
<i>La tutela della distribuzione selettiva nel settore del lusso</i>	66
3.1 L'importanza rivestita dal marchio di lusso	66
3.2 La tutela prevista per il marchio di lusso.....	70
3.3 La rilevanza delle novità introdotte dal recente VBER per il settore del lusso	74
3.4 Aurea di lusso quale motivo legittimo di esclusione dall'esaurimento del marchio nella distribuzione selettiva.....	78
Conclusioni.....	83
Bibliografia.....	85
Riassunto	89

Introduzione

Il diritto della concorrenza è nato con la necessità di massimizzare l'efficienza dei mercati. Il concetto stesso di concorrenza è associato, nella dottrina economica, all'idea di efficienza. Il regime, ipotetico ed ideale, di concorrenza perfetta è quello che massimizza l'efficienza dei mercati nella redistribuzione della ricchezza generata. E' sempre la concorrenza perfetta a garantire quella equità negli scambi che porta la funzione economica ad essere centrale per la realizzazione stessa delle finalità di interesse collettivo. Al pari dei modelli ipotetici utilizzati negli studi di fisica o chimica, la concorrenza perfetta è un regime che difficilmente caratterizza i mercati dei beni. E', però, un modello attraverso il quale interpretare la realtà che quotidianamente caratterizza gli scambi economici, all'interno dei quali il profitto e la volontà di generare valore caratterizza gli attori coinvolti. Il consumatore vuole massimizzare la sua funzione di utilità, il produttore massimizzare il valore generato dall'impresa che ha costituito. Lo stesso produttore desidera essere remunerato per il rischio che corre e che deve sopportare all'interno del contesto economico e di mercato, appropriandosi di quella "rendita del consumatore" al fine di realizzare le proprie finalità di permanenza all'interno del mercato, senza soluzione di continuità. Occorre chiarire che, in un contesto del genere, i soggetti deboli, gli operatori economici meno informati e meno incisivi all'interno dei potenziali equilibri di mercato, sono sicuramente oggetto di necessaria tutela da parte dello Stato, o in generale delle normative che la stessa collettività vuole sicuramente darsi per poter sopravvivere. Se, infatti, le regole che tutelano la concorrenza – da un punto di vista prettamente economico – devono essere collegate alla necessità di massimizzare l'efficienza e l'equità degli scambi, occorre anche precisare che storicamente allo Stato è riconosciuta la necessità di tentare di favorire la creazione di equilibri funzionali a tale scopo. Fu Keynes a riconoscere, per primo ed in modo autorevole oltre che razionale e verificato, il ruolo dello Stato come arbitro della partita che quotidianamente si svolge all'interno dei mercati, tra consumatori e produttori. La legislazione antitrust, in tale ottica, deve essere vista come lo specifico tentativo da parte delle autorità di non far prevalere l'interesse di una parte sull'altra, specie quando uno degli attori in gioco, il consumatore, risulta essere in una posizione di asimmetria. Da qui il susseguirsi di interventi normativi sempre molto specifici e pensati per realizzare un equilibrio importante tra la necessità di intervento e la volontà di non turbare molto il funzionamento dei mercati, al fine di sortire effetti negativi. Le intese verticali si inseriscono pienamente all'interno di tali dinamiche, essendo degli accordi che in linea di principio possono incrementare il potere di mercato di

determinate aziende, a discapito del consumatore ma anche di altre imprese che potrebbero essere fortemente limitate proprio da tali pratiche di collaborazione troppo incisive. In effetti, di recente e più precisamente nel maggio del 2022, la Commissione Europea ha adottato un nuovo regolamento chiamato VBER (Vertical Block Exemption Regulation), che sostituisce le precedenti disposizioni normative del 2010, riguardanti gli accordi verticali. Secondo la vicepresidente responsabile della politica di concorrenza, questo nuovo regolamento è il risultato di un'attenta analisi e aiuterà le imprese a valutare i loro accordi verticali nel corso delle loro attività quotidiane. Come ribadito in modo costante nel corso dei tre capitoli che caratterizzano tale lavoro di tesi, gli accordi verticali sono intesi stipulati tra imprese che operano in diverse fasi della catena di produzione o distribuzione e disciplinano le condizioni di acquisto, vendita o rivendita di beni e/o servizi specifici. Attualmente, è pratica comune che i produttori non gestiscano direttamente la commercializzazione dei loro prodotti, ma si avvalgano di intermediari, rivenditori al dettaglio e grossisti. Questo processo produttivo, a sua volta, coinvolge diverse fasi svolte da attori economici diversi, come l'approvvigionamento delle materie prime, la lavorazione e la produzione finale. In questo contesto, si sviluppa una "catena del valore" in cui ogni attore economico svolge un ruolo specifico nella realizzazione del prodotto finale per i consumatori. Il primo capitolo del presente lavoro ed anche parte del secondo ribadiscono in modo costante che le imprese stipulano accordi verticali al fine di beneficiare di questa catena del valore, cercando di garantire una migliore coordinazione, stabilità delle forniture, costi ridotti e una fornitura stabile dei beni nel lungo termine. Pertanto, gli accordi verticali non implicano necessariamente un interesse comune nell'attuare pratiche anti-competitive, ma possono diventare anticoncorrenziali se limitano l'autonomia di una delle parti, dando origine a restrizioni verticali.

A differenza degli accordi orizzontali, in cui imprese che offrono beni simili cercano di ridurre la pressione concorrenziale per aumentare i profitti complessivi, gli accordi verticali implicano una forma di cooperazione tra imprese anziché una competizione diretta. Questo rende gli accordi verticali più favorevoli dal punto di vista della concorrenza.

Nel valutare l'incidenza degli accordi verticali sulla concorrenza è stata introdotta una distinzione tra restrizioni intrabrand. Le restrizioni intrabrand regolamentano la vendita di prodotti o servizi della stessa marca da parte di diversi acquirenti, senza impedire loro di commercializzare beni di altri produttori.

Le restrizioni verticali contribuiscono anche al successo del lancio di un nuovo prodotto. Se un prodotto è caratterizzato da alta qualità e complessità, è importante che il produttore lo

distribuisca attraverso negozi qualificati con una clientela specializzata. In questo caso, l'uso di distribuzione selettiva per un periodo di tempo limitato può garantire che il prodotto venga lanciato con successo. In tal senso il secondo capitolo è totalmente indirizzato sull'analisi dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che proibisce gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri dell'Unione Europea e che limitano o falsano la concorrenza. Questi accordi sono considerati nulli, e le imprese coinvolte possono essere soggette a sanzioni pecuniarie. Per stabilire se un accordo non rientra nella violazione dell'articolo 101, comma 1, devono essere soddisfatte quattro condizioni cumulative. Come specificato nella parte centrale del secondo capitolo, le condizioni esaminate includono il miglioramento della produzione o distribuzione dei prodotti, il beneficio equo per i consumatori, la necessità della restrizione pattuita per il raggiungimento degli obiettivi dell'accordo e la non eliminazione della concorrenza per una parte significativa dei prodotti interessati. In passato, l'applicazione dell'articolo 101 era di competenza esclusiva della Commissione europea. Tuttavia, con l'introduzione del Regolamento numero 1/2003, noto come "modernizzazione", è stata eliminata l'obbligatoria notifica preventiva degli accordi e il monopolio della Commissione nell'applicazione delle eccezioni. Sia il secondo capitolo, ma in special modo la terza parte del presente lavoro sono orientate a sottolineare che il nuovo VBER (Vertical Block Exemption Regulation) è il risultato di un processo di evoluzione della normativa. Tale processo di revisione ha messo in evidenza che tali documenti siano uno strumento molto utile per l'autovalutazione degli accordi verticali e molto efficaci nel ridurre i costi di conformità per le imprese. Per comprendere meglio gli aspetti che necessitavano di un miglioramento, la Commissione Europea ha avviato una "valutazione d'impatto" con l'obiettivo di raccogliere informazioni utili attraverso discussioni con i soggetti interessati, le autorità nazionali garanti della concorrenza e relazioni di esperti specifiche. Si può quindi concludere che il Regolamento europeo 720 del 2022 è stato sviluppato attraverso un ampio processo di consultazione condotto dalla Commissione Europea che ha coinvolto tutte le parti interessate. Il filo conduttore che ha animato la trattazione, sin dal suo inizio è comunque quello che passa attraverso le specifiche analisi delle normative alle quali stiamo facendo riferimento, riferite al mercato del lusso. La distribuzione selettiva è una pratica che caratterizza il mercato del lusso e la sua capacità di andare, in modo strutturale, a basarsi sulla selezione dei clienti. Oggi, il concetto di lusso non è semplicemente legato al possesso di un determinato prodotto rispetto ad un altro, ma alla sua capacità di essere unico e non omologato. L'oggetto acquistato dal consumatore diventa un'esperienza di identità, si trasforma in un simbolo, un segno, una forma

di comunicazione.

Il lusso diventa autentico solo se è in grado di condividere una storia, di offrire al consumatore un'esperienza unica ed autentica. In un mercato in cui l'offerta di beni è vasta, l'elemento distintivo non può ridursi alla sola qualità offerta, al servizio o alla superiorità dei prodotti. I clienti cercano qualcosa di unico ed autentico, distintivo, che offra un'identificazione chiara. I beni di lusso sono una manifestazione di narcisismo ed edonismo. Fino a poco tempo fa, l'edonismo era considerato negativo, mentre i valori dominanti erano sacrificio, dovere, sopportazione e rinuncia. Ciò che poteva procurare piacere era connotato da una "interdizione morale". Oggi, c'è una tendenza opposta: il piacere e il consumismo sono socialmente legittimati. Un numero sempre maggiore di persone cerca la piena soddisfazione dei propri bisogni e desideri. Secondo quanto emerge dall'analisi della nuova normativa, con riferimento al mercato del lusso, proprio i fornitori devono impegnarsi a vendere i loro beni o servizi, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati in base a criteri specifici, che a loro volta si impegnano a non vendere tali beni o servizi a distributori non autorizzati nel territorio riservato alla distribuzione selettiva. I criteri di selezione possono essere quantitativi, limitando direttamente il numero di distributori autorizzati, o qualitativi, selezionando i distributori autorizzati sulla base di criteri qualitativi oggettivi. I sistemi di distribuzione selettiva puramente qualitativi non sono considerati restrittivi della concorrenza, a condizione che soddisfino i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza Metro. Pertanto, tali sistemi di distribuzione selettiva non richiedono una specifica esenzione individuale e non sono tenuti a beneficiare dell'esenzione prevista dal nuovo VBER. In sostanza, ciò dipende dal rispetto di tre condizioni: i beni o servizi devono richiedere un sistema di distribuzione selettiva, ad esempio, prodotti di alta qualità, alta tecnologia o di lusso; i distributori devono essere selezionati in base a criteri qualitativi oggettivi applicati in modo uniforme e non discriminatorio; e tali criteri non devono andare oltre ciò che è necessario.

Tuttavia, anche se queste condizioni non sono soddisfatte, gli accordi di distribuzione selettiva possono comunque beneficiare dell'esenzione prevista dal nuovo VBER se le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente non superano il 30% e l'accordo non contiene restrizioni fondamentali. Oltre ai criteri qualitativi selettivi di distribuzione tradizionali relativi alla gamma di prodotti, alla formazione del personale o ai servizi del punto vendita, le nuove Linee guida riconoscono la possibilità di subordinare l'accesso alla rete di distribuzione al raggiungimento di obiettivi di sostenibilità, come il cambiamento climatico, la protezione dell'ambiente o l'uso delle risorse naturali. E' importante notare che il nuovo VBER non ha apportato modifiche

significative alle norme applicabili alla distribuzione selettiva. Le principali restrizioni già previste dal regolamento (UE) n. 330/2010 continueranno a beneficiare dell'esenzione prevista dal regolamento di esenzione per categoria.

Capitolo primo

Gli accordi verticali

1.1. Considerazioni introduttive

Il 10 maggio del 2022 la Commissione Europea ha emanato il nuovo regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali, VBER, che va a sostituire l'assetto normativo creato nel 2010. La vicepresidente, responsabile della politica di concorrenza, ha sottolineato come il regolamento è il risultato di un profondo processo di analisi che aiuterà le imprese a valutare i loro accordi verticali durante le attività quotidiane.

Come vedremo anche nel corso del presente lavoro e soprattutto nella parte finale del secondo capitolo e nella terza parte, il VBER 720/22 ha ad oggetto gli accordi verticali, i quali sono intese instaurate tra due o più imprese che operano in livelli differenti della catena di produzione o di distribuzione e possono fissare le condizioni di acquisto, vendita o rivendita di specifici beni e/o servizi a cui le parti devono sottostare.¹

E' una prassi ormai consolidata non provvedere autonomamente alla commercializzazione dei propri prodotti che verranno resi disponibili ai consumatori attraverso il ricorso di intermediari, rivenditori al dettaglio e grossisti. Lo stesso processo produttivo di un dato bene finale è il risultato di una ripartizione a più stadi, realizzati da diversi agenti economici, di attività quali: l'approvvigionamento di materie prime, la lavorazione e la realizzazione dell'output con la creazione di una "catena del valore" al cui interno ogni attore economico svolge la propria attività specifica collaborando alla realizzazione della prestazione finale verso i consumatori².

A tale scopo diciamo che le imprese firmano veri e propri accordi contrattuali volti a garantire un coordinamento migliore basato su una stabilità di fornitura, su costi minimi e su una stabilità di offerta del bene, perseguendo una prospettiva di programmazione a lungo termine³. Sono, poi, le stesse imprese a perseguire obiettivi ed interessi divergenti, se da un lato una parte contraente ricerca la riduzione dei costi delle materie prime o dei servizi distributivi, l'altra parte contraente potrebbe risentirne con un minor profitto. Dunque, negli accordi verticali non sussiste, *ab origine*, un interesse comune nell'attuare un disegno anti-competitivo. I risultati anticoncorrenziali si otterranno qualora all'interno di un accordo verrà limitato il grado di autonomia di una parte contraente, tale accordo darà vita ad una restrizione verticale⁴.

¹ Cfr. articolo 1 lettera a) del regolamento europeo 720 del 2022

² PACE F., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2020

³ Ibidem

⁴ MAGRI R., *Le intese verticali. Il regolamento di esenzione UE 330/10*, Lulu Press Inc, 2013

Occorre specificare che nelle intese orizzontali le imprese contraenti, offrendo beni uguali, condividono il medesimo interesse ossia quello di attenuare la pressione concorrenziale, dando vita a comportamenti anti-competitivi al fine di ottenere un aumento generale dei profitti. Per tale ragione le intese orizzontali sono ritenute più pregiudizievoli per la concorrenza⁵. Con riferimento agli accordi verticali, invece, emerge una sorta di cooperazione tra le imprese al contrario di ciò che si instaura attraverso gli accordi orizzontali, le cui imprese sono abitualmente in concorrenza⁶. Per identificare l'incidenza degli accordi verticali sulla concorrenza, è stata utilizzata negli anni la distinzione tra restrizioni *intra-brand* e *inter-brand*. Le restrizioni intra brand regolano la vendita di prodotti o servizi, della medesima marca, offerti da diversi acquirenti, senza precludergli la facoltà di poter commercializzare beni di altri produttori. Instaurando un tale accordo, il fornitore darà vita ad un contesto distributivo meno concorrenziale inficiando sulla competitività sui prezzi tra i distributori, in quanto conferirà ad alcuni di essi esclusive forme di protezione quali diritti specifici in determinati territori o verso una data clientela, sottraendo così il rivenditore dalla concorrenza con i restanti player di mercato⁷.

Al contrario, le restrizioni inter-brand influenzano il rapporto competitivo fra i vari marchi e fornitori⁸. Tali pattuizioni hanno l'obiettivo di fissare delle condizioni limitative rispetto all'acquisto e alla commercializzazione di determinati prodotti in capo all'impresa a valle nel mercato⁹.

L'attenzione del diritto della concorrenza, con riferimento a tali pratiche, è da ricercare nella possibilità di condizionare negativamente sia la concorrenza intra brand che quella inter-brand. Infatti, le restrizioni, che regolano la competitività di più imprese rispetto alla commercializzazione di beni di un solo produttore, possono da un lato restringere la concorrenza interna al marchio e dall'altro aumentare la pressione concorrenziale inter-brand, incentivando la competizione sulla base dell'efficienza dei sistemi di produzione e distribuzione dei marchi¹⁰.

In generale, un accordo verticale può essere considerato una restrizione verticale quando impone limitazioni alla libertà di commercio o di concorrenza tra le parti coinvolte nella catena

⁵ Ibidem

⁶ PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

⁷ RAFFAELLI E.A., BELLIS J.F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Vita e pensiero, Milano, 2006

⁸ CAZZATO C.E., FIMMANO F. et Al., *Diritto antitrust*, Giuffrè, Roma 2021

⁹ RAFFAELLI E.A., BELLIS J.F., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Vita e pensiero, Milano, 2006

¹⁰ CAZZATO C.E., FIMMANO F. et Al., *Diritto antitrust*, Giuffrè, Roma 2021

di produzione e distribuzione di un prodotto o servizio.¹¹

Sempre rispetto alla valutazione degli accordi verticali è importante soffermarsi sulla differenza tra la creazione di effetti positivi e negativi che ci vengono esplicitati negli orientamenti¹².

1.2. Effetti positivi ed effetti negativi

Gli accordi verticali, in virtù della natura complementare delle attività svolte dalle parti contraenti, poste in livelli diversi della catena del valore, danno vita ad azioni favorevoli che creano vantaggi per le imprese aderenti e per i consumatori. Ciò accade grazie all'ottimizzazione dei processi, di produzione e commercializzazione, e dei servizi offerti, ottenuta tramite l'accordo¹³. Nel proseguo, verranno illustrati più nello specifico alcuni effetti positivi come ad esempio, quelli riferiti al fenomeno del parassitismo, noto anche come free riding, che sussiste qualora alcune imprese ottengano vantaggi in virtù degli sforzi compiuti da altre parti contraenti dell'intesa¹⁴. In particolare, si distinguono due tipologie di parassitismo: tra concorrenti e tra acquirenti.

Il free riding tra concorrenti sorge qualora un produttore effettui un investimento, ad esempio, per migliorare la promozione nei negozi di distribuzione della propria rete, ed i concorrenti si avvantaggiano di ciò senza alcun costo aggiuntivo sostenuto a loro volta. Infatti, investimenti volti a migliorare l'assetto espositivo, attraverso l'acquisto di materiali particolari o una formazione più specializzata del personale di vendita, andranno ad aumentare il traffico all'interno del negozio e quindi i prodotti dei concorrenti presenti nello store goderanno di tale beneficio. Per poter limitare tale fenomeno le restrizioni verticali più adeguate sono gli obblighi di non concorrenza¹⁵. Tale investimento può essere sostenuto da parte dei distributori. In tal caso, il rischio fronteggiato potrebbe riguardare l'eventualità in cui i clienti beneficino dei servizi di prevendita di tale distributore ma andranno poi a concludere l'acquisto da un rivale che rivende i medesimi prodotti a prezzi più convenienti, grazie ai mancati investimenti sostenuti. Il fenomeno appena descritto esplicita il parassitismo tra gli acquirenti che può essere arginato attraverso sistemi di distribuzione esclusiva¹⁶.

¹¹ Cfr. articolo 1 lettera b) e art. 101 comma 1 TFUE

¹² Orientamenti sulle restrizioni verticali, del 30 giugno 2022

¹³ Cfr. 12 e 13 delle Linee Guida

¹⁴ PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

¹⁵ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

¹⁶ Cfr. paragrafo 107 lettera a) delle Linee guida sugli accordi verticali

Una fattispecie particolare del fenomeno di utilizzo senza contropartita, sopraccitato, è rappresentato dall'apertura di un accesso o l'accesso diretto a nuovi mercati, in cui la Commissione si sofferma sull'analisi di rischio sotto un punto di vista geografico¹⁷. L'orientamento citato sostiene che qualora un produttore desideri entrare in nuovi mercati, sarà fondamentale l'avvalersi, da parte sua, di un distributore locale che provveda a sostenere investimenti ingenti per affermare il marchio. Quindi, per convincere e per consentire al distributore di rientrare degli investimenti sostenuti, il fornitore dovrà garantire una protezione territoriale, giustificando l'imposizione di restrizioni geografiche agli altri commercianti della rete¹⁸. In tal senso le restrizioni verticali contribuiscono, anche, al successo del lancio di un nuovo prodotto. Infatti, se un prodotto è caratterizzato da un'alta qualità ed elevata complessità, per il produttore sarà importante distribuire il proprio bene in negozi qualificati e con una clientela specializzata¹⁹. Se il fornitore non perseguisse tale accorgimento, rischierebbe l'esclusione dal novero dei distributori premium e, dunque, il fallimento del lancio. Tale problema può essere arginato con il ricorso, ad esempio, alla distribuzione selettiva per un periodo di tempo ristretto finché il prodotto non viene lanciato sul mercato con successo²⁰. A questo deve essere sommata anche la possibilità di utilizzare clausole di non concorrenza o clausole che prevedono quantitativi minimi di acquisto, all'interno di restrizioni verticali, si può risolvere il problema di rinuncia all'investimento, cosiddetto "hold-up"²¹. All'interno di una relazione commerciale, una parte, che sia il fornitore o il distributore, possono dover effettuare investimenti diretti, per esempio, l'acquisto di nuovi macchinari per la produzione di determinati prodotti. In questo rapporto, la parte che investe potrà ritrovarsi in una condizione asimmetrica²² e non potrà rientrare dell'investimento in tempi brevi. La sua posizione contrattuale sarà, per l'appunto, più debole della controparte che potrà rinunciare all'investimento. L'investitore può richiedere una tutela grazie all'inserimento di specifiche clausole all'interno di un accordo di restrizione verticale²³. Nel caso di inserimento di una clausola minima di fornitura, il distributore si impegna a ordinare un certo quantitativo di prodotti dal produttore, garantendo così al produttore una certa quantità di vendite. In questo modo, il produttore può evitare il rischio di un calo improvviso delle vendite e mantenere la

¹⁷ Cfr. paragrafo 16 lettera c) delle Linee guida restrizioni verticali

¹⁸ Cfr. punto 16 lettera c) delle Linee Guida

¹⁹ PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

²⁰ Cfr. 16 lett. d) delle Linee Guida

²¹ PACE F., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2020

²² L'asimmetria consiste nel fatto che una parte si troverà ad investire più dell'altra

²³ Punto 16 lettera e) delle Linee Guida

propria posizione di forza nei confronti del distributore²⁴. Gli effetti negativi, che le restrizioni verticali possono realizzare a discapito della concorrenza sul mercato, previsti dagli Orientamenti sono in particolare quattro. Tuttavia, occorre precisare che da una restrizione possono scaturire molteplici effetti.

Il primo che viene menzionato dalle Linee Guida al paragrafo 18, lettera a), è “la preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri fornitori o ad altri acquirenti” che nasce dall’inserimento della c.d. Foreclosure nell’accordo verticale²⁵. Attraverso una restrizione verticale il produttore ed il distributore si possono impegnare per limitare l’accesso al mercato o l’espansione di quote di mercato dei relativi rivali. Dunque, tale forma di preclusione inficia tanto il fornitore che il distributore. Per esempio, un accordo di distribuzione esclusiva tra i suddetti player di mercato, può generare da un lato gravi difficoltà e costi elevati nell’accesso al mercato per i produttori rivali, dall’altro i distributori concorrenti fanno fronte all’impossibilità di acquisto di determinati prodotti²⁶. Nel caso in cui invece più distributori si obbligano contrattualmente ad acquistare esclusivamente da un solo fornitore, si va a minacciare la possibilità di ingresso al mercato di ulteriori concorrenti e si riduce la concorrenza inter-brand, una rivalità meno incisiva sui prezzi da parte dei fornitori²⁷. Tale riduzione della concorrenza tra i marchi comporta anche la facilitazione di meccanismi collusivi tra i fornitori in concorrenza²⁸.

Un ulteriore effetto negativo che può insorgere dalla restrizione verticale riguarda l’indebolimento della concorrenza intra brand, ovvero all’interno del medesimo marchio, che coinvolge i distributori di prodotti o servizi di un determinato marchio²⁹. L’affievolimento della competizione può scaturire da una restrizione sui prezzi di vendita o da una suddivisione della clientela, come risultato di un accordo di distribuzione esclusiva³⁰. L’elenco degli effetti negativi si conclude con la creazione di ostacoli all’integrazione dei mercati. In tal caso si ostacola l’acquisto di beni o servizi da parte di un consumatore negli stati membri³¹.

²⁴ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022

²⁵ PACE F., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2020

²⁶ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

²⁷ BERETTA M., D’OSTUNI M., *Il diritto della concorrenza in Italia*, Gippichielli, Torino, 2021

²⁸ Cfr. paragrafo 18 lettera b) delle Linee Guida

²⁹ Cfr. paragrafo 18 lettera c) linee guida

³⁰ BERETTA M., D’OSTUNI M., *Il diritto della concorrenza in Italia*, Gippichielli, Torino, 2021

³¹ Un esempio può essere il “Geoblocking”, che è una pratica di discriminazione commerciale volta ad impedire ai consumatori di accedere a servizi e contenuti online, o siti online, a causa della loro posizione geografica (F. Bortolotti, 2022). Il Geoblocking può essere anche utilizzato per prevenire la contraffazione di prodotti o servizi, la violazione dei diritti d’autore o altri tipi di abusi. Tuttavia, la sua pratica può generare discriminazione, creare barriere commerciali, limitare la concorrenza e restringere la libertà di scelta dei consumatori Cfr. <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/geo-blocking/>

Gli effetti negativi arrecati ai consumatori in virtù della chiusura del mercato, della diminuzione della competizione e dell'intesa tra i fornitori, possono tradursi nell'aumento dei costi per i medesimi che acquistano beni o servizi, generando di conseguenza prezzi di vendita al dettaglio più elevati. Inoltre, la limitazione delle opzioni di beni o servizi può ridurre la qualità e l'innovazione, e diminuire la disponibilità del servizio a livello dei fornitori³². Se la collusione avviene per volere dei distributori insieme alla chiusura del mercato e all'indebolimento della competizione, allora il consumatore potrà risentire di un aumento dei prezzi al dettaglio per i beni o servizi, limitando la scelta di combinazioni prezzo-servizio e di formati di distribuzione. Inoltre, la qualità e la disponibilità dei servizi al dettaglio possono essere ridotte, e l'innovazione della distribuzione può subire un arresto³³.

In sintesi, gli accordi verticali possono avere sia effetti positivi che negativi, ma è importante valutare attentamente i loro impatti sulla concorrenza e sui consumatori affinché siano in linea con le norme europee e nazionali sulla concorrenza.

1.3. Le regole comunitarie previste per le intese verticali

Le restrizioni verticali tra imprese di diversi livelli della catena produttiva rappresentano un tema centrale nella disciplina antitrust europea. In particolare, queste restrizioni, accennate precedentemente ma affrontate nel dettaglio successivamente, possono limitare la concorrenza all'interno del mercato unico europeo e ledere i diritti dei consumatori, ad esempio tramite l'aumento dei prezzi o la limitazione dell'accesso ai mercati. Per prevenire tali effetti anticoncorrenziali, l'Unione Europea si avvale del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che proibisce gli accordi tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di prevenire, limitare o falsare la concorrenza all'interno del mercato unico europeo. Dunque, il TFUE fornisce alle autorità antitrust europee gli strumenti necessari per valutare l'impatto di queste restrizioni sulla concorrenza e per adottare eventuali misure correttive, come l'imposizione di multe o la richiesta di modificare o sciogliere l'accordo.

L'Unione europea ha inoltre adottato il Regolamento sull'intesa di restrizione verticale, VBER 22/720, e le Linee guida dell'Unione europea per le intese verticali, che forniscono maggiori dettagli sull'applicazione del divieto di intese anticoncorrenziali contenuto nel TFUE. Grazie a questi strumenti normativi, l'UE si impegna a garantire un mercato unico europeo competitivo, sano e sostenibile per tutti i suoi cittadini e imprese

³² Cfr. punto 19 delle Linee Guida

³³ Cfr. punto 20 delle linee guida

1.3.1 L'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

L'Unione Europea ha il potere esclusivo di stabilire norme per proteggere la concorrenza necessarie per mantenere e far funzionare il mercato interno³⁴. Come spiegheremo nel dettaglio anche nella seconda parte del presente lavoro il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, c.d. TFUE, ha un capitolo specifico sulla concorrenza, che comprende una sezione dedicata alle “regole applicabili alle imprese” che vanno dall'articolo 101 al 106. Specialmente, gli articoli 101 e 102 del TFUE contengono le norme di base del diritto della concorrenza. Questo elaborato si concentra principalmente sulle pratiche restrittive tra le imprese che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 101(1) del TFUE e sono rilevanti per l'applicazione del Regolamento di esenzione degli accordi verticali.

L'articolo 101, paragrafo 1, recita che: “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...”. Dunque, vengono vietati gli accordi fra le imprese, decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che influenzano il commercio tra i paesi dell'unione europea impedendo, limitando o falsando la concorrenza.

Gli accordi che rientrano nel divieto delle intese come stabilito dall'articolo 101, paragrafo 1, sono considerati nulli³⁵. Inoltre, il fatto di stipulare e attuare tali accordi può comportare l'imposizione di sanzioni pecuniarie alle imprese coinvolte. In sostanza, la legge proibisce gli accordi che limitano la concorrenza tra le imprese, e sanziona quelle che li stipulano o li mettono in atto³⁶.

Tuttavia, il medesimo articolo al comma 3 ammette che certi accordi restrittivi potrebbero portare a vantaggi economici oggettivi che bilanciano gli effetti negativi sulla concorrenza, e quindi permette di esentare tali accordi dai divieti corrispondenti. Tale provvedimento può essere attuato tanto per i casi individuali quanto per le categorie di accordi e le pratiche concordate attraverso il regolamento di esenzione per categoria³⁷.

Il medesimo articolo prevede delle condizioni che devono essere soddisfatte per stabilire se un

³⁴ Art. 3 comma 1) lettera b) del TFUE.

³⁵ Art. 101 comma 2 del trattato sul funzionamento dell'unione europea.

³⁶ Cfr. articoli 23,24,25 del Regolamento (CE) 1/2003

³⁷ Cfr. 35 delle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato

accordo non rientra nella fattispecie prevista dall'articolo 101 comma 1. In particolare, le condizioni sono quattro e cumulative, ciò significa che debbano essere soddisfatte tutte e quattro affinché si verifichi una violazione. L'ordine con cui le condizioni vengono valutate cambia a seconda del caso specifico esaminato³⁸. La prima condizione stipula che l'accordo deve avere l'obiettivo di migliorare "la produzione o la distribuzione dei prodotti o di promuovere il progresso tecnico o economico". Successivamente è previsto che i consumatori devono ricevere una parte equa dei benefici derivanti dall'accordo. La terza condizione fa riferimento alla necessità della restrizione pattuita per il raggiungimento degli obiettivi dell'accordo. In ultimo luogo, l'accordo non deve permettere alle imprese coinvolte di eliminare la concorrenza per una parte significativa dei prodotti interessati. Le linee direttrici analizzano nel dettaglio le condizioni sopra elencate nella sezione "l'applicazione delle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3".

1.3.2. Applicazione dell'articolo 101 TFUE, in seguito alla c.d. modernizzazione

Inizialmente, in virtù del regolamento numero 17/1962, la responsabilità di applicare l'articolo 101, all'epoca noto come art.85 del Trattato di Roma, era un compito spettante alla Commissione europea. Il regolamento infatti aveva assegnato alla Commissione l'autorità esclusiva di concedere eventuali eccezioni al divieto, a condizione che l'accordo fosse notificato alla Commissione. Questo approccio portò ad una gestione altamente e centralizzata della politica antitrust comunitaria, in cui le autorità antitrust nazionali e i giudici nazionali erano limitati ad accertare la violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, senza il potere di concedere l'esenzione ai sensi del paragrafo 3, anche se risultava evidente che l'accordo in questione potesse beneficiare di tale esenzione³⁹. Solo nel 1999 la commissione europea decise di intervenire ed iniziò ad avviare il processo c.d. di "modernizzazione" delle regole e delle procedure di applicazione delle norme europee in ambito concorrenziale. Il risultato fu il Regolamento numero 1 del 2003 che entrò in vigore il primo maggio del 2004. Il "pacchetto modernizzazione" oltre al regolamento comprende un regolamento di procedura contenente le norme per l'avvio dei procedimenti da parte della commissione, la gestione delle segnalazioni e delle denunce, nonché le audizioni delle parti interessate e sei comunicazioni della Commissione⁴⁰. Dunque, se il regolamento numero 17 prevedeva la concessione

³⁸ Cfr. 38 delle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 101 (ex art. 81), paragrafo 3, del trattato

³⁹ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022

⁴⁰ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*,

dell'esenzione, prevista al comma 3, solo su concessione della Commissione europea, il nuovo Regolamento concede tale beneficio *ex lege* senza l'intervento di determinate autorità⁴¹.

Senza dubbio, tra i principali risultati dell'applicazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea mediante il Regolamento 1/2003, vanno inclusi l'eliminazione dell'obbligo di notifica preventiva degli accordi e la fine del monopolio della Commissione europea sull'applicazione delle eccezioni dal divieto delle intese. Rispetto alla prima novità, le imprese vengono sollevate dall'obbligo di informare la Commissione sull'esistenza dell'accordo per ottenere un giudizio di legittimità. Così ad oggi, le parti dell'accordo detengono la responsabilità di valutare autonomamente la liceità dell'accordo⁴². Tuttavia, le imprese verranno a conoscenza di eventuali violazioni solo quando le autorità garanti della concorrenza avviano indagini e quando una delle parti dell'accordo solleva questioni di illiceità di alcune clausole davanti ai giudici civili. Solo in questi momenti, le imprese possono capire se la valutazione effettuata internamente sia stata corretta. Per questo motivo, le imprese preferiscono avere certezza giuridica e cercano di sottoscrivere gli accordi in modo da renderli conformi alle norme antitrust e beneficiare della copertura prevista dal regolamento di esenzione per categoria. Infatti, in questo scenario viene in aiuto il regolamento numero 720 del 2022 consente alle parti interessate di identificare determinate circostanze che sono indiscutibilmente legittime⁴³.

La modernizzazione, abolendo il monopolio della Commissione rispetto all'applicazione dell'esenzione dal divieto delle intese, ha responsabilizzato maggiormente le imprese, le autorità antitrust nazionali ed i giudici nazionali⁴⁴. In particolare, l'autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è un'autorità amministrativa indipendente che garantisce il rispetto delle norme sulla concorrenza in Italia, incluse quelle europee. Questa possiede anche il compito di tutelare i consumatori contro pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevoli e clausole vessatorie. Inoltre, svolge compiti di vigilanza, repressione di violazioni e consulenza in vari settori. Gli strumenti e le azioni che l'AGCM possiede per far rispettare le norme antitrust si traducono in più poteri: potere d'indagine, di diffida alla cessazione della violazione, adozione misure cautelari, accettazione di impegni e poteri consultivi e di segnalazione⁴⁵.

Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁴¹ Cfr. articolo 1 e 2 del regolamento 1 del 2003

⁴² BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022

⁴³ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et Al., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁴⁴ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022

⁴⁵ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et Al., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*,

Infine, l'articolo 101 dovrà essere applicato in concomitanza alle norme interne che non potranno essere considerate superiori a quelle comunitarie. Questo significa che non possono impedire la validità di accordi che sono legittimi e rispettano la normativa europea, ovvero che non violano l'articolo 101, comma 1 o che sono esenti ai sensi dell'articolo 101, comma 3⁴⁶.

1.3.3. Il regolamento 720 del 2022

Valutare se un accordo rispetta l'articolo 101 del trattato dell'Unione Europea non è sempre facile. Per questo motivo, è molto importante fare riferimento a un regolamento di esenzione, come il Regolamento 720/2022, che stabilisce i requisiti necessari per poter beneficiare dell'esenzione per categoria.

Il nuovo VBER fu il risultato di un processo di riesame rispetto agli orientamenti verticali del 2010. Il processo di riesame ha portato alla luce l'importanza che tali documenti sono uno strumento molto utile per l'autovalutazione degli accordi verticali e molto efficaci, riducendo i costi di conformità per le imprese. Tuttavia, la valutazione ha constatato che le condizioni di mercato sono cambiate rispetto al momento in cui le norme sono state emanate nel 2010, di conseguenza è emersa la necessità di adeguare tali norme ai cambiamenti. Per comprendere meglio gli aspetti che necessitassero di un miglioramento, la commissione avviò una "valutazione d'impatto" con l'obiettivo di cogliere informazioni utili attraverso discussioni con i soggetti interessati e autorità nazionali garanti della concorrenza, e con relazioni di esperti specifiche⁴⁷. Si può concludere quindi che il regolamento europeo 720 del 2022 è stato sviluppato attraverso un processo di consultazione ampio condotto dalla Commissione Europea che ha coinvolto tutte le parti interessate.

Il regolamento del 2022 si applica in via immediata ai contratti sorti dopo la sua entrata in vigore. Fino al 31 di maggio del 2023 è concesso un regime transitorio ai contratti già in vigore al 31 maggio 2022, concedendogli la possibilità di uniformarsi alla normativa nuova qualora non conformi⁴⁸.

L'articolo 1, paragrafo 1, del nuovo regolamento definisce il contesto di applicazione. Il VBER si applica ai contratti che disciplinano l'acquisto o la vendita di beni e servizi tra due o più imprese, ciascuna delle quali opera a un diverso livello della catena di produzione o di distribuzione. Questi contratti sono noti come accordi verticali o pratiche concordate e cernono

Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁴⁶ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022

⁴⁷ Cfr comunicato stampa della commissione europea

⁴⁸ Gianni & Origoni, *Concorrenza e Regolamentazione*, 2022

le condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere beni o servizi.⁴⁹ Per esempio, i contratti di distribuzione selettiva o esclusiva rientrano in tale definizione. Come ribadito nel paragrafo precedente, l'articolo 101 al comma 1 del TFUE vieta gli accordi fra le imprese che ostacolano la concorrenza. Tuttavia, ci sono specifiche situazioni in cui tali accordi sono in compatibilità con il mercato europeo a condizione che per esempio migliorino la produzione o la vendita dei prodotti. In quest'ottica, pertanto il VBER introduce un'esenzione a tale divieto per gli accordi verticali che rispettano specifiche condizioni, stabilendo una sorta di area protetta per questi accordi. A tal proposito occorre sottolineare che il Regolamento europeo 720 del 2022 non impone obblighi vincolanti per le esenzioni per categoria bensì garantiscono solo una presunzione di conformità per alcuni tipi di accordi verticali. In altre parole, se un accordo verticale rispetta le condizioni previste dal regolamento, si presume che non violi le norme antitrust previste dall'UE, tuttavia questa presunzione non è assoluta. Dunque, le autorità garanti della concorrenza europee potranno riservarsi ancora la facoltà di valutare la conformità dell'accordo alle regole sulla concorrenza⁵⁰.

Il nuovo VBER possiede più caratteristiche emblematiche. La prima tra tutte è in merito all'approccio con cui ricopre tutte le diverse tipologie di accordi verticali⁵¹. Solamente in casi specifici vengono definite regole ad hoc per determinati accordi⁵². Tale comportamento, istituito a partire dal precedente regolamento numero 2790 del 1999 e rivelatosi molto vantaggioso, poiché garantiva un trattamento uniforme delle restrizioni simili in accordi diversi, è stato adottato anche per i successivi. Un altro passo in avanti effettuato dal regolamento del 1999 fu quello di eliminare la distinzione tra le clausole permesse e quelle vietate, introducendo così la regola secondo cui tutto ciò che non è proibito, viene ammesso. Infatti, se prima un accordo verticale conteneva una clausola restrittiva differente dal novero di quelle ammesse dal regolamento, l'intero contratto non poteva più godere del beneficio dell'esenzione che per le clausole che rispettavano le condizioni previste dal regolamento. Oggi invece, se un contratto contiene una clausola restrittiva che rispetta le condizioni del regolamento, tale clausola viene esentata automaticamente senza compromettere il beneficio dell'esenzione all'intero accordo. Tuttavia, il regolamento prevede delle clausole, chiamate *hardcore restriction*, che sono considerate inammissibili e idonee ad escludere l'accordo dal beneficio di esenzione⁵³. Anche

⁴⁹ Cfr. articolo 1 del regolamento europeo 22/720

⁵⁰ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁵¹ Art. 2 del VBER 22/720

⁵² Cfr. articolo 4 lettere c) e b) del VBER 720 regole previste per la distribuzione selettiva ed esclusiva.

⁵³ Cfr. punto 15 dell'introduzione del regolamento europeo 22/720

all'articolo 5 vengono menzionate delle restrizioni che se presenti non potranno godere dell'esenzione ma l'accordo comunque resterà valido. Ulteriore articolo importante per ciò che attiene l'applicazione del regolamento di esenzione per categoria è il numero 3. Secondo tale articolo, l'esenzione prevista si applica solamente quando il fornitore non detiene una quota di mercato maggiore del 30% per la rivendita dei beni e servizi oggetto dell'intesa, e l'acquirente non detiene a sua volta più del 30% del mercato rilevante per l'acquisto dei beni e servizi oggetto del contratto. Qualora sia il fornitore che l'acquirente possiedano quote di mercato maggiori della soglia consentita, il regolamento è inapplicabile.

Se da un lato il trattato sul funzionamento dell'unione europea ed il regolamento 720 del 2022 sono appratenti al corpus di *hard law*, quindi normative che devono necessariamente essere osservate, dall'altro lato abbiamo le linee guida sulle restrizioni verticali, la cui natura non è vincolante. Per questo motivo, le guidelines sono pubblicate dalla commissione per chiarire i contenuti del VBER e per dare indicazioni sulla conformità dei diversi accordi all'articolo 101 e sulla loro idoneità all'esenzione prevista dal medesimo articolo al comma 3, per i casi che non sono coperti dal regolamento⁵⁴. Dunque, ogni decisione assunta in virtù del Regolamento 22/720 prevarrà su qualsivoglia previsione contrastante prevista dalle Linee Guida.

1.4. Le principali restrizioni verticali

Il Regolamento 2022/720 dell'UE all'art. 4 evidenzia le restrizioni fondamentali. La presenza all'interno di un accordo di una *hard core restriction* fa sì che non si possa applicare l'esenzione per categoria all'intesa verticale. Tra le restrizioni si rinvencono quelle di prezzo come la resale price maintenance e quelle territoriali e/o di clientela. L'elenco fornito è tassativo ciò significa che le restrizioni non incluse non comporteranno le conseguenze di anti-competitività dell'accordo⁵⁵.

1.4.1. Resale price maintenance

L'articolo 4 lettera A riporta la prima restrizione grave⁵⁶ che è rappresentata dal principio del

⁵⁴ Cfr. punto 1 e 2 delle Linee direttrici sulle restrizioni verticali

⁵⁵ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁵⁶ La terminologia di restrizione grave, "hardcore restriction", è formula gergale che si riferisce alla restrizione per oggetto tale da incidere in modo apprezzabile sulla concorrenza (v. Corte giust. 13 ottobre 2011, C-439/09, Pierre Fabre Demo Cosmétique, § 32: "[...] né l'art. 101 TFUE, né il regolamento n. 2790/1999 fanno riferimento alla nozione di grave restrizione della concorrenza")

resale price maintenance (RPM) ma anche definito come “vertical price fixing”. Come si evince dall’articolo, tale restrizione si verifica qualora all’acquirente, distributore, venga richiesto di determinare il proprio prezzo di rivendita, sia esso minimo o fisso, influenzati da pressioni o incentivi forniti da una delle parti coinvolte nella restrizione verticale. Al contrario, il principio fa salva l’ipotesi di imposizione di un prezzo di vendita massimo e di raccomandazione di un prezzo da parte del fornitore, pratiche che per l’appunto si considereranno lecite⁵⁷.

Le Linee Guida forniscono un quadro più ampio sulle circostanze in cui le pratiche di RPM possono essere vantaggiose dal punto di vista dell'efficienza, ma queste non sono esenti automaticamente dalla VBER. Per determinare se possono beneficiare dell'esenzione individuale ai sensi dell’art. 101 comma 3 TFUE, le aziende devono condurre un'analisi specifica delle pratiche in questione.

Le linee Guida sugli accordi verticali passano in rassegna i possibili effetti anticoncorrenziali che possono insorgere dall'imposizione di prezzi di rivendita. In primo luogo, tale restrizione può aumentare il rischio di collusione fra i fornitori o tra gli acquirenti⁵⁸. Solitamente la collusione sui prezzi intercorre tra imprese che si trovano nello stesso mercato e sono in competizione diretta o potenziale tra loro. In questo scenario, l’obiettivo della pratica è generalmente quello di stabilire prezzi di rivendita maggiori rispetto a quelli che si sarebbero determinati dalla concorrenza libera sul mercato, al fine di generare un profitto in eccesso per gli operatori coinvolti⁵⁹. Infatti, i fornitori controllano i prezzi di rivendita al fine di mantenere il controllo della loro strategia commerciale per evitare variazioni irregolari dei prezzi ed avere un impatto negativo sui profitti o sulla reputazione del prodotto⁶⁰. Se da un lato questa situazione potrebbe giovare alle imprese, dall’altro comporta gravi conseguenze per i consumatori. I prodotti ed i servizi, protagonisti dell’intesa, saranno venduti sul mercato ad un prezzo maggiore rispetto a quanto avrebbero pagato i consumatori in concorrenza perfetta. In aggiunta, la fissazione di un prezzo interno all’intesa, disincentiva le parti ad apportare miglioramenti qualitativi ed innovazioni rispetto ai propri prodotti che verrebbero così offerti ad un corrispettivo più elevato⁶¹.

La determinazione verticale di prezzo può avvenire anche tra imprese che si collocano in livelli diversi della filiera produttiva e distributiva⁶². Quindi, il rischio consiste nell'indebolimento

⁵⁷ Cfr. articolo 4 lettera a) VBER 22/720

⁵⁸ Cfr. punto 196 lettera a) e b) delle Linee Guida

⁵⁹ BALDINI A., *Diritto dell'innovazione*, CEDAM, Padova, 2022

⁶⁰ PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

⁶¹ BALDINI A., *Diritto dell'innovazione*, CEDAM, Padova, 2022

⁶² Ibidem

della competizione tra produttori e/o rivenditori se si impongono prezzi di rivendita. Questa pratica può avere un effetto più ampio di indebolimento della concorrenza tra produttori e/o dettaglianti, soprattutto quando essi utilizzano gli stessi distributori per la distribuzione dei loro prodotti e l'imposizione dei prezzi di rivendita è adottata da molti o da tutti loro⁶³.

Un altro effetto anti-competitivo che può discendere da una restrizione di questo tipo può essere l'alleviamento della pressione sul margine del fornitore, specialmente quando il produttore ha dei problemi di impegni e cerca di ridurre i prezzi applicati ai distributori successivi. In questo caso, il produttore può optare per l'imposizione dei prezzi di rivendita per ottenere un supporto nella sua decisione di non abbassare il prezzo per i distributori successivi e ridurre la pressione sul proprio margine⁶⁴.

L'imposizione può prevedere sia prezzi minimi che massimi, in base al soggetto che ne fa ricorso e alla finalità che si intende perseguire. Infatti, la determinazione di prezzi minimi viene utilizzata dai produttori che cercano di mantenere l'immagine di alta qualità o lusso del loro prodotto per evitare che i distributori concorrenti svalutino il valore del prodotto attraverso sconti e offerte⁶⁵. Invece, la fissazione di prezzi massimi verticali viene adoperata dal fornitore nei confronti del distributore con lo scopo di mantenere i suoi prodotti competitivi rispetto a quelli dei concorrenti. D'altra parte, le raccomandazioni di prezzo esprimono semplicemente la preferenza del fornitore riguardo ai prezzi che, in base alla sua conoscenza del mercato, ritiene più adatti per assicurare il successo commerciale dei propri prodotti, evitando la creazione di un pregiudizio verso il marchio e il prodotto stesso⁶⁶. E' importante sottolineare che l'imposizione verticale di prezzi massimi di vendita per volere del fornitore può ottenere l'esenzione solo se le parti aderenti all'accordo non possiedano quote superiori al 30% sul mercato rilevante⁶⁷. In particolare, riguardo ai prezzi minimi pubblicizzati, le linee guida del nuovo VBER introducono una novità. Queste, infatti, affermano che l'imposizione di prezzi minimi pubblicizzati da parte dei fornitori, c.d. "minimum advertised price policies" o "MAPs", anche se in teoria il distributore ha la possibilità di fissare un prezzo di vendita inferiore al prezzo pubblicizzato, in realtà scoraggia il dettagliante dal fissare prezzi di rivendita più bassi, limitando quindi la sua capacità di comunicare ad eventuali clienti la disponibilità potenziale di sconti. A causa di ciò, le Linee Guida stabiliscono che le MAPs costituiscono una forma

⁶³ Cfr. punto 196 lettera c) delle Linee Guida

⁶⁴ Cfr. punto 196 lettera d) delle linee Guida

⁶⁵ PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

⁶⁶ BALDINI A., *Diritto dell'innovazione*, CEDAM, Padova, 2022

⁶⁷ PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

indiretta di pratica RPM.⁶⁸

Nella pratica degli affari si possono incontrare due tipologie di RPM: fissazione diretta, esplicita, o fissazione indiretta del prezzo. L'ipotesi di imposizione diretta verticale dei prezzi avviene per mezzo di una clausola inserita all'interno di contratti o pratiche concordate⁶⁹. La fissazione indiretta del prezzo di rivendita è più comune nel mercato e le linee Guida riportano vari esempi⁷⁰. In primis, l'imposizione di un margine in capo al distributore, obbligo che prevede da parte dell'acquirente, l'introduzione di un importo o percentuale specifica per determinare il prezzo finale di rivendita. Può essere, altresì, richiesto all'acquirente di applicare un livello di sconto massimo. In ultimo luogo, il resale price maintenance può essere concesso sotto forma di benefici finanziari specifici, come scontistica e rimborso di costi promozionali, a patto che venga soddisfatto un livello minimo di prezzo⁷¹. Non bisogna sottovalutare che l'imposizione di prezzi fissi o minimi non è sempre il risultato della pressione del fornitore sul rivenditore. Infatti, è possibile che il rivenditore sia a volte il partner più forte e che distributori potenti o ben organizzati riescano a costringere uno o più fornitori ad imporre il prezzo di rivendita sopra il livello competitivo, al fine di raggiungere o mantenere un equilibrio collusivo⁷².

Come viene evidenziato dagli Orientamenti sulle restrizioni verticali al punto 197, tali pratiche possono apportare incrementi di efficienza alle parti contraenti. Gli esempi che vengono esplicitati sono i seguenti:

- Per il lancio di un nuovo prodotto, l'imposizione di prezzi di rivendita diviene uno strumento utile, in mano ai fornitori, per incentivare i distributori a sostenere più sforzi nella vendita;
- In alcuni casi, può essere necessario stabilire prezzi di rivendita fissi anziché semplicemente prezzi massimi, soprattutto quando si organizza una breve campagna promozionale di due-sei settimane, che prevede prezzi bassi. Questo è particolarmente vero in un sistema di distribuzione uniforme come, ad esempio, un sistema di franchising, in cui il fornitore ha bisogno di coordinare le promozioni tra i rivenditori;

⁶⁸ Cfr. 187 lettera d) delle linee guida

⁶⁹ Cfr. punto 186 delle Linee guida sulle restrizioni verticali.

⁷⁰ Cfr. punto 187 delle linee guida

⁷¹ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et Al., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁷² PAPPALARDO A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Edizione II, UTET Giuridica, Milano 2018

- Il margine aggiuntivo ottenuto dall'imposizione dei prezzi di rivendita rappresenta un incentivo per i distributori a fornire servizi di pre-vendita per prodotti più complessi.

Un importante cambiamento riguarda gli accordi tra fornitori di prodotti/servizi e imprese che operano nel contesto delle piattaforme online. Se l'accordo prevede la fornitura di servizi di intermediazione online, l'impresa che offre tali servizi non può essere considerata un acquirente ai sensi del Regolamento per quanto riguarda i beni o servizi offerti dal fornitore che utilizza la piattaforma online⁷³. Ciò significa che il fornitore può stabilire i prezzi di vendita per i propri prodotti/servizi sulla piattaforma online. Tuttavia, le Linee Guida specificano che l'esenzione prevista dal Regolamento non si applica a un accordo in cui il fornitore di servizi di intermediazione online impone un prezzo fisso o minimo per le transazioni online che vengono effettuate attraverso la piattaforma⁷⁴. È importante notare che questa regola non si applica alle piattaforme ibride, in cui il fornitore di servizi di intermediazione online concorre sul mercato dei beni/servizi oggetto dell'intermediazione e, pertanto, gli accordi verticali relativi alla fornitura di servizi di intermediazione online non possono beneficiare dell'esenzione prevista per categoria⁷⁵.

1.4.2. Distribuzione esclusiva

La lettera b dell'art. 4 del VEBER 2022 enuncia la seconda restrizione fondamentale che riguarda l'ipotesi in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione esclusiva. Dunque, non può godere dell'esenzione prevista dall'art. 2 l'accordo verticale che, in modo diretto o indiretto, all'interno di una distribuzione esclusiva, prevede restrizioni rispetto il luogo geografico o la clientela a cui l'acquirente esclusivo può vendere i prodotti o i servizi attivamente o passivamente⁷⁶. L'acquirente risulta essere limitato nella vendita dei beni o servizi oggetto del contratto, in base al territorio o alla tipologia di clientela. Queste tipologie di restrizioni, da un lato relative al territorio dall'altro alla clientela, possono risultare tanto da accordi orizzontali quanto da quelli verticali e vanno a minacciare il principio di unità del mercato da sempre tutelato dalla Commissione.

Il trattamento rigido che la commissione riserva alle restrizioni territoriali e della clientela ha una ragione economica in quanto ritiene che le suddette limitazioni possano limitare la

⁷³ Cfr. il paragrafo "Le vendite online"

⁷⁴ Cfr. punto 194 delle Linee Guida

⁷⁵ Cfr. art. 2 comma 6) VBER e punto 67 lettera e) delle Linee Guida.

⁷⁶ Articolo 4, lettera b) e punto 217 delle Linee Guida

concorrenza dei prezzi all'interno del marchio e favorire la spartizione del mercato, con conseguente discriminazione dei prezzi. Un ulteriore effetto anticoncorrenziale che potrebbe insorgere è il rischio di collusione qualora più fornitori attuassero parallelamente limitazioni circa la clientela e i territori⁷⁷.

In primo luogo, occorre sottolineare che rientrano nel novero delle restrizioni fondamentali solo le restrizioni rispetto il territorio e la clientela attribuite agli acquirenti, quindi sono escluse quelle imposte al fornitore. Di conseguenza, se un venditore si impegna a non vendere a determinati clienti o categorie di clienti in specifici territori, tale impegno non potrà essere considerato come una restrizione vietata⁷⁸.

Rispetto alla definizione di territorio esclusivo, in passato secondo i regolamenti di esenzione per categoria precedenti, sembrava che solo i territori assegnati ad un singolo soggetto, e non quelli concessi a più acquirenti, potessero essere considerati "esclusivi" e quindi protetti dalle vendite attive. Occorre puntualizzare che attualmente la Commissione ritiene che il fornitore possa attribuire un territorio o una categoria di clienti tanto a sé stesso quanto ad un gruppo di cinque acquirenti massimo, imponendo limitazioni di vendite attive verso i restanti acquirenti nel territorio o alla categoria di clienti esclusiva⁷⁹. La condivisione di questa esclusiva deve riguardare un massimo di cinque acquirenti, limitazione che è stata probabilmente introdotta dalla Commissione per evitare l'abuso di tale strumento al fine di eludere le restrizioni imposte dal VBER⁸⁰. Le Linee Guida al paragrafo 12 definiscono anche che non è permessa la limitazione delle vendite attive e passive di tali distributori all'interno del territorio o del gruppo di clienti esclusivo. L'assegnazione di più distributori nello stesso territorio è spesso necessaria per distinguere tra tipologie di clienti differenti o per preservare il rispetto della clientela precedentemente acquisita da ciascun distributore⁸¹. E' altresì importante inquadrare la nozione di clientela che può essere intesa sia come "gruppi di clienti" che come "clienti specifici". Nel primo caso si potrebbe far riferimento a categorie di clienti, utilizzando diverse metodologie, tra cui l'utilizzo di uno o più criteri come l'occupazione o l'attività dei clienti, oppure mediante l'identificazione di un elenco specifico di clienti⁸².

⁷⁷ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁷⁸ Ibidem

⁷⁹ Cfr. punti 117 e successivi delle Linee Guida

⁸⁰ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022

⁸¹ Ibidem

⁸² Cfr. punto 124 delle linee Guida. A seconda dei criteri utilizzati, il gruppo esclusivo di clienti potrebbe essere composto da un solo cliente o essere limitato a un sottogruppo selezionato. Ritroviamo il riferimento a singoli clienti, per esempio, nella prima delle cinque eccezioni

Come è stato già accennato precedentemente, le restrizioni verso la clientela ed il territorio che non godono dell'esenzione potranno essere dirette ed indirette. Si definisce diretta una restrizione che incorpora un divieto o una limitazione nei confronti dell'acquirente rispetto alla rivendita verso una clientela specifica o su territori definiti. Rientra nel novero anche l'imposizione di dirottamento di ordini effettuati da clienti appartenenti ai territori in esclusiva di un altro rivenditore. Al contrario, le restrizioni indirette sono tutti quei meccanismi volti ad indurre gli acquirenti a tenere in considerazione le restrizioni del tipo in esame. Ad esempio, possono essere considerate di questo tipo: fissazione di volumi nel territorio o rispetto ad una categoria di clienti specifica, innalzamento dei prezzi di prodotti volti all'esportazione, riduzione della scontistica o dei bonus⁸³.

In questo scenario di compartimentazione del mercato il regolamento all'articolo 4 lettera b definisce tuttavia cinque eccezioni al divieto previsto. In primis, viene consentito ad un fornitore di imporre restrizioni alle vendite attive del compratore su specifici territori o gruppi di clienti, che sono stati già assegnati in esclusiva ad un massimo di cinque acquirenti o riservati dal produttore stesso⁸⁴. Il nuovo regolamento ha apportato una novità poiché consente di poter vietare le vendite attive in territori concessi in esclusiva ad altri distributori e ai suoi clienti diretti.⁸⁵ La seconda eccezione prevista al punto ii) concede al fornitore, posto a capo di una distribuzione sia esclusiva in un territorio specifico che selettiva in un altro, la possibilità di imporre delle limitazioni a carico dei distributori esclusivi rispetto alle vendite attive o passive nei confronti di distributori non autorizzati, localizzati in aree geografiche che hanno già un sistema di distribuzione selettiva gestita dal fornitore o che quest'ultimo ha riservato per qualcun'altro. In situazioni in cui il fornitore ha un sistema di distribuzione selettiva o ha riservato alcuni territori a tale scopo, può richiedere ai suoi distributori esclusivi di limitare le vendite attive e passive ai distributori non autorizzati. Ciò significa che i clienti dei distributori esclusivi non possono vendere i prodotti del fornitore a distributori non autorizzati, e questa restrizione può essere applicata anche ai distributori successivi nella catena di distribuzione. Questo approccio è finalizzato a preservare la natura chiusa dei sistemi di distribuzione selettiva⁸⁶. L'eccezione successiva prevede che attraverso una clausola di ubicazione il fornitore possa limitare la posizione geografica dell'acquirente a cui è stato assegnato un territorio o un gruppo di clienti in via esclusiva. In altre parole, il fornitore potrà richiedere all'acquirente di

⁸³ WIJCKMANS F., FIORETTI F. et AL., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-ITALIA*, Wolters Kluwer, Amsterdam, 2021

⁸⁴ Cfr. art. 2 lettera b) punto i) del regolamento europeo 22/720

⁸⁵ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsa, Milano, 2022

⁸⁶ Cfr. punto 223 delle Linee Guida

concentrare i propri punti di distribuzione e depositi in un'area specifica⁸⁷. In quarto luogo il regolamento prevede la facoltà di poter restringere la vendita, attiva e passiva, a consumatori finali, per volere del fornitore, ad un distributore all'ingrosso⁸⁸. Ciò consente al produttore di differenziare i livelli di distribuzione. La quinta ed ultima eccezione riguarda la situazione in cui il fornitore ha il diritto di limitare il potere di rivendita dei distributori esclusivi sui beni intermedi o i componenti di un prodotto più complesso, al fine di evitare che questi vengano acquistati da clienti che intendono utilizzarli per produrre beni concorrenti con quelli del produttore^{89, 90}.

1.4.3. La distribuzione selettiva: cenni

Come vedremo nel corso del presente lavoro e specificatamente nel capitolo che segue l'articolo 4 lettera c) è dedicato alla distribuzione selettiva e recita che i venditori non hanno il diritto di limitare i territori in cui i distributori possono vendere i prodotti a utilizzatori finali, né di limitare le categorie di clienti a cui possono vendere. Questa restrizione si applica sia alle vendite attive che passive e viene presunta come incompatibile. D'altra parte, i distributori devono essere autorizzati a comprare o vendere i prodotti soggetti al contratto anche da altri distributori autorizzati all'interno della stessa rete di distribuzione selettiva (Regolamento 720/22). Tuttavia, il legislatore concede la facoltà al produttore di limitare le vendite dei distributori e dei relativi clienti verso acquirenti non autorizzati collocati in un territorio dove il fornitore possiede un sistema di distribuzione selettiva, senza tener in considerazione se tali distributori e clienti si collochino all'interno o all'esterno del territorio specifico⁹¹. Proseguendo, l'articolo sottolinea che i dettaglianti che fanno parte di una rete selettiva devono essere autorizzati a condurre vendite attive a tutti gli utilizzatori finali, ovunque si trovino, e non solo vendite passive. Questo implica che i membri di una rete selettiva non possono essere ostacolati nel loro sforzo di pubblicizzare i loro prodotti, svolgere azioni promozionali o cercare attivamente nuovi clienti fuori dalla loro area di competenza.

Gli effetti anti-competitivi che tali accordi potrebbero arrecare al mercato sono un indebolimento della concorrenza intra brand, la limitazione del mercato solo a certi tipi di rivenditori, e il favoreggiamento di accordi collusivi tra fornitori e acquirenti. La distribuzione

⁸⁷ Cfr. articolo 4 lettera b) punto iii) e punto 224 delle Linee Guida

⁸⁸ Cfr. articolo 4 (b) (iv) e punto 225 delle Linee Guida.

⁸⁹ Cfr. articolo 4 (b) (v)

⁹⁰ CAZZATO C.E., FIMMANO F. et AL., *Diritto antitrust*, Giuffrè, Roma 2021

⁹¹ BALDI R., VENEZIA A., *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Roma 2023

selettiva può portare a diversi benefici in termini di efficienza per i produttori e i distributori, tra cui: un controllo migliore sulla qualità, riduzione dei costi nella gestione della catena di distribuzione e maggiore controllo e monitoraggio sui prezzi⁹².

Secondo il regolamento, anche la distribuzione selettiva può beneficiare dell'esenzione dall'applicazione delle norme antitrust europee se vengono rispettate determinate condizioni. L'esenzione, dunque, potrà essere applicata alle restrizioni che vengono stipulate dal fornitore e dall'acquirente con quote di mercato fino al 30% anche qualora siano affiancate da altre restrizioni verticali non fondamentali⁹³. Tuttavia, se un accordo di distribuzione selettiva che beneficia dell'esenzione per categoria limita in modo significativo la concorrenza tra i fornitori o i distributori senza offrire benefici in termini di efficienza che superano gli effetti negativi della restrizione, ad esempio perché i criteri di selezione non sono strettamente legati alle caratteristiche del prodotto o non sono necessari per migliorare la distribuzione del prodotto, l'esenzione per categoria può essere revocata⁹⁴.

1.4.4. Restrizioni territoriali e della clientela

La lettera d) statuisce che sono di fatto considerate restrizioni fondamentali quelle pratiche verticali che includono una limitazione alla rivendita, attiva o passiva, di prodotti o servizi oggetto del contratto, per volere di un fornitore, in territori o a categorie di clienti verso determinati distributori, in assenza di un sistema di distribuzione sia selettiva che esclusiva. Il regolamento, così disponendo, introduce una nuova disciplina che fa riferimento ai sistemi di distribuzione che non sono né esclusivi né selettivi e che verranno denominati: sistemi di distribuzione libera⁹⁵.

Nello specifico caso in questione il legislatore formula cinque ipotesi in cui tale restrizione non è da considerarsi restrittiva della concorrenza tale da ritenerla non esentabile ai sensi dell'art. 101 TFUE. La prima eccezione prevista al punto i) fa riferimento alla possibile situazione in cui l'acquirente o i suoi clienti non possono vendere i prodotti in una determinata area geografica o ad un gruppo specifico di clienti, riservati esclusivamente al fornitore o assegnati in esclusiva dal fornitore a un massimo di cinque distributori. Questa restrizione riguarda le vendite attive, ovvero quelle in cui l'acquirente o i suoi clienti cercano di vendere i prodotti

⁹² ROSSI DAL POZZO F., *Codice della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2019

⁹³ Cfr. punto 151 delle Linee Guida

⁹⁴ Cfr. punto 152 delle Linee Guida

⁹⁵ Cfr. paragrafo 6.1.2.3.3. delle Linee Guida

direttamente, e non quelle passive, in cui l'acquirente o i suoi clienti ricevono richieste di acquisto senza cercare attivamente di vendere⁹⁶. Il regolamento prevede anche la facoltà di poter imporre una restrizione alle vendite attive e passive per volere del rivenditore e dei suoi clienti nei confronti di distributori non autorizzati, ma solamente in una determinata area geografica nella quale il fornitore è a capo di un sistema di distribuzione selettiva rispetto a prodotti e servizi oggetto del contratto. In altre parole, il fornitore può limitare le vendite dei propri beni o servizi a distributori autorizzati così potrà controllare meglio la distribuzione dei propri prodotti, garantendone la qualità in un territorio specifico dove ha stabilito una distribuzione selettiva⁹⁷. La terza eccezione fa riferimento alla possibilità di limitazione delle vendite rispetto al luogo di stabilimento dell'acquirente attraverso l'utilizzo di una clausola c.d. di ubicazione⁹⁸. Continuando, il regolamento esenta dalle restrizioni quegli accordi verticali che determinano delle limitazioni nella rivendita, attiva e passiva, verso i consumatori finali da parte di un distributore che opera nel commercio all'ingrosso⁹⁹. La quinta ed ultima eccezione è la medesima espressa per la distribuzione esclusiva e concede la facoltà di limitare la rivendita, sia essa attiva che passiva, da parte dell'acquirente di componenti a clienti che utilizzerebbero tali acquisti come input per la produzione di prodotti simili a quelli offerti dal fornitore.¹⁰⁰

1.4.5. Vendite online

La normativa che stiamo analizzando, proseguendo nell'art. 4 lettera d) fa rientrare nel novero delle *hard core restriction* ogni possibile divieto diretto dei fornitori nei confronti dei propri distributori sull'utilizzo dei canali di vendita online. Vale a dire, il venditore non può impedire all'acquirente o ai suoi clienti di utilizzare Internet per vendere i beni o i servizi oggetto del contratto. Questa pratica limita il territorio o i clienti ai quali è possibile vendere i prodotti. Ciò nonostante, viene chiarito dal regolamento che è ancora possibile applicare altre limitazioni alle vendite online e restrizioni pubblicitarie online purché non impediscano l'uso di un intero canale pubblicitario online.¹⁰¹

⁹⁶ Cfr. articolo 4 lettera d) punto i) del regolamento (UE) 720 e punto 240 delle linee guida

⁹⁷ Cfr. articolo 4 lettera d) punto ii) e punto 241 delle linee guida

⁹⁸ Cfr. punto 242 delle linee guida

⁹⁹ Cfr. art. 4 (d) (iv) del VBER 22/720

¹⁰⁰ Cfr. 244 delle Linee Guida

¹⁰¹ Cfr. § 210 delle Linee Guida . Proprio all'interno delle Linee Guida vengono riportati esempi chiari in cui si potrà applicare l'esenzione, per esempio quando la pubblicità online deve conformarsi a standard qualitativi specifici e includere contenuti o informazioni determinati; o qualora sia previsto un

Precedentemente nelle linee Guida del 2010 rientrava nelle previsioni delle restrizioni fondamentali anche l'obbligo imposto dal fornitore di seguire dei criteri per le vendite online che non fossero paragonabili a quelli richiesti in un negozio fisico, noti come "criteri di equivalenza". Successivamente, le linee guida hanno rimosso tale obbligo di equivalenza; dunque, non è più necessario che ci sia una equivalenza tra i requisiti stabiliti dal fornitore e i requisiti richiesti per i punti vendita fisici, a condizione che i criteri diversi non perseguano il fine ultimo di intralciare le vendite online¹⁰².

Tra le innovazioni più rilevanti introdotte dalla nuova VBER, spicca la cosiddetta doppia tariffazione (o "dual pricing"), che implica la definizione di prezzi all'ingrosso distinti per le vendite online e quelle offline verso lo stesso distributore da parte del fornitore. Rispetto al regolamento precedente dove veniva ritenuta una restrizione alla rivendita passiva, le nuove linee guida ritengono che possa godere dell'esenzione a patto che sia giustificata dai diversi costi sorti in ogni canale e che stimoli o premi un'adeguata attività di investimento nei canali di vendita online o offline, a condizione che non venga utilizzata per ostacolare le vendite in aree geografiche o per clienti specifici¹⁰³. Tuttavia, la doppia tariffazione sarà considerata una restrizione fondamentale qualora il fornitore la utilizzi per ostacolare l'acquirente ad un utilizzare in modo efficace internet durante la rivendita dei propri beni e servizi. Di conseguenza, il divario di prezzo all'ingrosso fa sì che la vendita online risulti poco remunerativa o addirittura insostenibile dal punto di vista finanziario.¹⁰⁴

Le restrizioni alle vendite online possono essere il risultato tanto di obblighi diretti, divieto espresso di utilizzo di internet per la rivendita dei prodotti oggetto del contratto, quanto di obblighi indiretti, volti ad impedire l'utilizzo efficace di piattaforme online per la rivendita in determinate aree geografiche o a specifici clienti. Un caso particolare, nell'elenco in cui sopraggiunge una restrizione indiretta fornita dalle linee guida, è evidenziato al punto g) in cui si parla dei "servizi di comparazione dei prezzi"¹⁰⁵.

In tal caso, le linee guida si riferiscono alle restrizioni che un fornitore può imporre all'acquirente riguardo all'uso di determinati canali pubblicitari online per promuovere i propri

obbligo in capo all'acquirente nel non utilizzare servizi di particolari fornitori di pubblicità online che non soddisfino determinati standard qualitativi

¹⁰² Gianni & Origoni, *Concorrenza e Regolamentazione*, 2022

¹⁰³ Cfr. paragrafo 209 delle Linee Guida

¹⁰⁴ Cfr. paragrafo 203 e 209 delle Linee Guida.

¹⁰⁵ Cfr. paragrafo 344 linee guida, definizione dei servizi di confronto dei prezzi: A differenza dei mercati online, i servizi di confronto dei prezzi non consentono di vendere o acquistare direttamente un prodotto, ma piuttosto indirizzano i clienti al negozio online del dettagliante, dove avviene la transazione. I servizi di confronto dei prezzi non rappresentano un canale di vendita online separato, ma piuttosto un canale pubblicitario online.

prodotti o servizi. In particolare, viene affermato che se il fornitore vieta all'acquirente di utilizzare completamente un canale pubblicitario online, come un servizio di comparazione dei prezzi, allora tale restrizione è considerata "assoluta" e viola le regole antitrust dell'Unione Europea. Questo perché tali restrizioni limitano la capacità dell'acquirente di raggiungere e informare i propri clienti online rispetto alla sua offerta e portarli sulla propria pagina online. Così facendo, si impedisce all'acquirente di utilizzare efficacemente internet per vendere i propri prodotti o servizi a clienti in determinati territori o regioni al di fuori del suo territorio specifico¹⁰⁶. Potranno, tuttavia, beneficiare dell'esenzione per categoria gli accordi verticali che non impediscono esplicitamente o implicitamente l'utilizzo di tutti i servizi di comparazione dei prezzi, ma che limitano la loro utilizzazione attraverso l'imposizione di specifici standard di qualità¹⁰⁷.

1.4.6. Restrizione della vendita di pezzi di ricambio

L'ultima restrizione fondamentale prevista dal regolamento 720 del 2022 è quella presentata dall'articolo 4 alla lettera f) che riguarda gli accordi pattuiti tra un fornitore di componenti e un acquirente che utilizza queste ultime ed impedisce al fornitore di venderle come pezzi di ricambio direttamente a utenti finali, riparatori indipendenti, grossisti o altri fornitori di servizi non autorizzati dall'acquirente a effettuare riparazioni o manutenzioni sui propri beni. In altre parole, la clausola impedisce il libero accesso dei terzi ai pezzi di ricambio forniti dal fornitore, limitando la concorrenza e l'accesso ai servizi di riparazione e manutenzione per i consumatori¹⁰⁸. Le restrizioni indirette possono verificarsi qualora il produttore dei pezzi di ricambio limiti l'accesso alle informazioni tecniche e alle attrezzature speciali, fondamentali per l'utilizzo dei pezzi di ricambio da parte di "utenti finali, riparatori indipendenti o prestatori di servizi". In aggiunta però, le parti, che sottoscrivono l'accordo, possono concordare delle limitazioni sull'approvvigionamento delle componenti sostitutive ai riparatori o ai prestatori di servizi autorizzati dal produttore delle manufatture (Original equipment manufacturer, "OEM") per la riparazione o la manutenzione dei suoi prodotti. Questo vuol dire che il produttore delle

¹⁰⁶ Cfr. paragrafo 347 delle linee guida

¹⁰⁷ Cfr. § 349 delle Linee Guida

¹⁰⁸ Cfr. art. 4 (f) del VBER 720/22. Del resto le stesse linee guida chiariscono che siamo dinanzi ad un accordo tra un produttore di pezzi di ricambio e un acquirente "assemblatore" che utilizza questi pezzi per creare i propri prodotti. Tale accordo non può impedire o limitare, direttamente o indirettamente, la vendita dei pezzi di ricambio da parte del produttore "a utenti finali, riparatori indipendenti, grossisti o prestatori di servizi"

componenti può chiedere che i propri riparatori e manutentori acquistino i pezzi di ricambio solo da lui o da altri membri del sistema di distribuzione selettiva da lui gestito¹⁰⁹. In base a quanto indicato nel corso del paragrafo in questione risulta essere importante andare a valutare la presenza all'interno degli accordi verticali delle restrizioni fondamentali, vietate dalla normativa europea a tutela della concorrenza e del consumatore. Infatti, la presenza delle sopracitate restrizioni renderà l'accordo verticale illecito e non potrà godere nella sua interezza del beneficio di esenzione per categoria, previsto dal regolamento europeo 720 del 2022. Ciò significa che le autorità europee garanti della concorrenza e del mercato potranno adottare misure correttive e sanzioni contro le imprese che danno vita a simili accordi.

1.5. Le restrizioni escluse

Il regolamento all'articolo cinque elenca le restrizioni escluse, ovvero obblighi di non concorrenza che possono persistere durante tutta la durata dell'accordo, al termine di questo e in un sistema di distribuzione selettiva. A differenza della previsione di una restrizione fondamentale o "hardcore restriction", l'inserimento di una restrizione esclusa in un accordo non implica che l'intero contratto non possa beneficiare del regime di esenzione. Al contrario, solo la restrizione esclusa dal regime di esenzione non sarebbe applicabile, mentre le altre restrizioni incluse nell'accordo potrebbero continuare a beneficiare dell'esenzione per categoria, a condizione che siano coperte dal regime stabilito dal Regolamento¹¹⁰.

Il nuovo regolamento prevede quattro obblighi di non concorrenza distinti: obblighi dalla durata di cinque anni, dopo la scadenza, imposti all'interno di una rete distributiva selettiva e obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme.

L'articolo cinque alla lettera a) del primo punto ritiene che non potranno beneficiare dell'esenzione prevista dall'articolo due gli obblighi di non concorrenza con una durata maggiore di cinque anni¹¹¹ o se hanno una durata indeterminata. Il nuovo regolamento introduce

¹⁰⁹ Cfr. 247 delle Linee Guida

¹¹⁰ Cfr. art. 5 comma 1, lettera a) del Regolamento 330/2010 e §§ 66-67 delle Linee Guida del 2010. Secondo la previgente disciplina le clausole di non concorrenza potevano rientrare nell'esenzione per categoria solo se rispettavano due condizioni: la quota di mercato doveva essere inferiore al 30% e la durata non poteva superare i cinque anni. Non potevano beneficiare dell'esenzione le clausole di non concorrenza che duravano indefinitamente, che avevano una durata prefissata superiore ai cinque anni, o che venivano tacitamente rinnovate oltre i cinque anni

¹¹¹ Gli obblighi di non concorrenza vengono definiti dall'articolo uno del regolamento 2022/720. " .. sono accordi in base ai quali l'acquirente acquista dal fornitore o da un'altra impresa da questo designata più dell'80 % degli acquisti complessivi dei beni o servizi oggetto del contratto e dei loro succedanei effettuati dall'acquirente nell'anno civile precedente, impedendo in tal modo all'acquirente di acquistare beni o servizi concorrenti o limitando tali acquisti a meno del 20 % degli acquisti

una novità, rispetto alla versione del 2010, che si sostanzia nell'ipotesi di un rinnovo tacito del suddetto obbligo. Infatti, è previsto che se gli obblighi di non concorrenza durano più di cinque anni e possono essere rinnovati tacitamente, potrebbero comunque rientrare nell'esenzione per categoria a condizione che l'acquirente abbia la possibilità di rinegoziare o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo con un preavviso ragionevole e a un costo equo, in modo da poter scegliere un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni¹¹². Ciò nonostante, secondo l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2022/720, quando l'acquirente rivende i beni o i servizi oggetto del contratto in locali di proprietà del fornitore o da questi concessi in affitto presso terzi non legati all'acquirente, il limite di cinque anni per gli obblighi di non concorrenza non si applica. In queste circostanze, l'obbligo di non concorrenza può durare per un periodo più lungo, ma non oltre il periodo in cui l'acquirente occupa il punto vendita¹¹³.

La seconda tipologia si riferisce agli obblighi di non concorrenza che entrano in vigore dopo la scadenza dell'accordo. In altre parole, si tratta di quegli obblighi che vietano all'acquirente di produrre, acquistare, vendere o rivendere specifici beni o servizi dopo la fine del contratto. Tali obblighi non potranno beneficiare dell'esenzione per categoria a condizione che non vengano rispettate determinate condizioni. In primo luogo, è concessa la facoltà di imporre obblighi di non concorrenza per tutelare il "know-how" istruito dal fornitore all'acquirente, inoltre le restrizioni concorrenziali possono essere limitate all'area geografica in cui l'acquirente ha operato durante il periodo di validità del contratto e non devono durare più di un anno dalla fine del rapporto¹¹⁴.

L'esenzione dell'articolo due non è applicabile anche qualora all'interno di accordi verticali siano presenti obblighi, diretti o indiretti, imposti ai partecipanti di un sistema di distribuzione selettiva che prevedono il divieto di rivendita di specifici marchi concorrenziali¹¹⁵. Se il fornitore vieta ai propri distributori autorizzati di acquistare prodotti da specifici fornitori concorrenti, sia direttamente che indirettamente, tale obbligo non rientra nell'esenzione per categoria¹¹⁶.

complessivi".

¹¹² Cfr. paragrafo 248 delle Linee Guida.

¹¹³ Cfr. paragrafo 249 delle linee Guida; art. 5 punto 2 del regolamento UE 2022/720. Questa eccezione è giustificata dal fatto che sarebbe ingiustificato chiedere al fornitore di acconsentire alla vendita di prodotti concorrenti nei suoi locali o terreni senza il suo consenso

¹¹⁴ Cfr. paragrafo 251 delle linee guida

¹¹⁵ Cfr. art. 5 punto 1 lettera c del regolamento UE 2022/72

¹¹⁶ Questa eccezione è giustificata dal desiderio di evitare situazioni in cui un gruppo di fornitori che operano nella stessa area di distribuzione selettiva impediscono ad altri concorrenti di utilizzare i medesimi punti vendita per la distribuzione dei loro prodotti. Questo tipo di comportamento potrebbe configurare una forma di boicottaggio collettivo e creare un ostacolo all'ingresso di un concorrente nel

L'ultima esclusione in tema di obblighi di non concorrenza che non può beneficiare dell'esenzione per categoria fa riferimento agli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme, posti in essere dai produttori di servizi intermediari online. In altre parole, sono obblighi diretti o indiretti che vietano agli acquirenti dei servizi di intermediazione di poter offrire, vendere e rivendere i prodotti e/o servizi ai clienti finali in condizioni più vantaggiose, per esempio in termini di prezzo o disponibilità, attraverso l'utilizzo di servizi di intermediazione online rivali¹¹⁷.

Le Linee Guida sottolineano che gli obblighi non rientranti nella definizione precedente e che sono obblighi di parità potranno usufruire dell'esenzione prevista dall'articolo 2 paragrafo 1 VBER 720 del 2022. Così come, ad esempio gli obblighi di parità: “nella vendita al dettaglio relativi ai canali di vendita diretta degli acquirenti di servizi di intermediazione online” e “relativi alle condizioni alle quali i beni o servizi sono offerti a imprese diverse da utenti finali”¹¹⁸.

L'effetto principale anti-competitivo che può discendere dagli obblighi di parità nella vendita al dettaglio online è l'indebolimento della concorrenza sia nel mercato dei fornitori che in quello degli acquirenti. Nello specifico, queste pratiche vietate possono agevolare forme di collusione tra i fornitori di servizi di intermediazione online, impedendo così ai piccoli o ai nuovi fornitori di tali servizi di accedere o di espandersi sul mercato¹¹⁹.

1.6. Le zone di sicurezza

Gli accordi verticali che non includono le restrizioni fondamentali, di cui abbiamo parlato dinanzi, potranno godere della presunzione di conformità alla normativa europea sulla concorrenza. Le zone di sicurezza, c.d. safe harbours, sono disposizioni previste dal regolamento europeo in materia di restrizioni verticali e consentono di esonerare determinate intese dal divieto di anti-concorrenzialità. Le linee Guida del Regolamento europeo 2022/720 stabiliscono che gli accordi di importanza minore non sono così incisivi da riuscire a pregiudicare significativamente gli scambi tra gli stati membri e a restringere il gioco della concorrenza. In aggiunta, se tali accordi rispettano le condizioni previste dalla comunicazione sugli accordi di importanza minore, non saranno soggetti all'applicazione dell'articolo 101,

mercato.

¹¹⁷ Cfr. art. 5 punto 2 lettera d) VBER 2022; cfr. 253 delle Linee Guida

¹¹⁸ Cfr. punto 254 linee guida

¹¹⁹ Cfr punto 360 delle linee guida

paragrafo 1, del TFUE¹²⁰. Dunque, gli accordi di importanza minore costituiscono la prima zona di sicurezza concessa e la comunicazione “de minimis” ci restituisce importanti informazioni in merito a questi ultimi. In tale comunicazione, la commissione definisce accordi di importanza minore quelle intese pattuite tra parti non in concorrenza le cui singole quote di mercato non superino il 15% sui mercati rilevanti¹²¹. In base a quanto affermato i suddetti accordi si sottraggono all’applicazione dell’articolo 101 TFUE. In relazione a ciò la stessa Commissione ha previsto due eccezioni particolari con riferimento agli accordi di importanza minore. La prima fa riferimento alla possibilità di far ricadere tale accordo sotto l’articolo 101 paragrafo 1 anche qualora le parti detengano quote di mercato inferiori al 15% perché in grado di restringere il gioco della concorrenza tra gli stati membri. La seconda eccezione ritiene che non rientrano nella zona di sicurezza gli accordi di importanza minore stipulati tra due parti che possiedono singolarmente quote di mercato del 5%. La soglia della quota di mercato rilevante passa dal 15% al 5% quando la concorrenza sul mercato è limitata da accordi tra più parti e ciò porta ad un effetto cumulativo. La comunicazione “de minimis” afferma che in generale i fornitori o i distributori, con una quota di mercato inferiore al 5%, non sono considerati come contribuenti significativi all'effetto cumulativo di preclusione¹²².

La seconda zona di sicurezza concessa viene attribuita agli accordi verticali tra piccole e medie imprese, “PMI”. Infatti, in virtù della loro natura¹²³, non sembrano idonei da un lato a pregiudicare in modo sensibile il commercio tra gli stati membri e dall’altro ad arrecare restrizioni significative¹²⁴.

L’ultima zona di sicurezza è caratterizzata dalle quote di mercato coinvolte inferiori al 30%. Il nuovo regolamento europeo sulle restrizioni verticali mantiene tale “safe harbour” grazie alla quale specifici accordi potranno beneficiare dell’esonazione per categoria prevista dall’articolo 2 del VBER. Nello specifico, se il fornitore e l’acquirente hanno quote di mercato inferiori al

¹²⁰ Cfr. 24 Linee Guida

¹²¹ Cfr. Comunicazione de minimis, (II) (8) (b)

¹²² Cfr. 26 delle Linee Guida

¹²³ La Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese, dice che: “La categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR”.

¹²⁴ Cfr. 28 delle Linee Guida. In relazione a ciò gli accordi verticali tra piccole e medie imprese non rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 101, paragrafo 1, TFUE, a meno che non contengano limitazioni alla concorrenza per oggetto. Anche se, l’accordo tra PMI dovesse rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 101, la Commissione europea di solito evita di avviare un procedimento se non c’è un sufficiente interesse dell’Unione, a condizione che le imprese coinvolte non abbiano una posizione dominante individuale o congiunta in una parte sostanziale del mercato interno

30% nel mercato rilevante in cui vendono e acquistano i beni o i servizi del contratto, le intese verticali potrebbero essere esenti dal Regolamento attraverso una presunzione di liceità¹²⁵. Tuttavia, questa esenzione non si applica se gli accordi contengono restrizioni fondamentali vietate dal Regolamento, come ad esempio la fissazione del prezzo di rivendita o la creazione di una protezione territoriale assoluta che potrebbero gravemente limitare la concorrenza.

Il motivo sottostante all'utilizzo delle quote di mercato nasce dalla teoria economica, la quale riteneva che in presenza di una forte concorrenza tra diverse marche, c.d. inter-brand, le restrizioni verticali possono portare a guadagni di efficienza migliorando il coordinamento all'interno della catena di produzione e risolvendo problemi di tipo principal-agent, senza generare effetti anticoncorrenziali significativi. Per tale motivo, le quote di mercato diventano proxy del potere di mercato delle imprese coinvolte che aiutano ad individuare e separare gli accordi non particolarmente incisivi sulla concorrenza da quelli che necessitano, al contrario, di un'analisi più accurata¹²⁶.

1.7. Revoca e non applicazione del regolamento di esenzione per categoria

Per concludere il regolamento 720 dell'unione europea all'articolo 6 concede la facoltà alla Commissione e alle autorità garanti della concorrenza degli stati membri di poter revocare il beneficio di esenzione per categoria qualora si trovino dinanzi ad accordi capaci di arrecare effetti anticoncorrenziali al mercato e non rispettano le condizioni postulate dall'articolo 101, paragrafo 3 TFUE. Tale potere viene concesso alla Commissione grazie all'articolo 29, paragrafo 1, del regolamento (CE) n.1/2003.

La procedura di revoca rispetto all'esenzione per categoria potrà essere applicata qualora un accordo verticale non rispetti a partire da una delle quattro condizioni previste al paragrafo 3 dell'articolo 101, TFUE, e soprattutto la commissione dovrà dimostrare che tale accordo è idoneo a falsare il gioco della concorrenza ai sensi del medesimo articolo paragrafo 1¹²⁷.

Sempre secondo l'articolo 6, la revoca può essere imposta dalla commissione e dalle autorità nazionali garanti in due specifiche circostanze. Il primo si verifica quando un accordo verticale, che rientra nella fattispecie prevista dall'art. 101, paragrafo 3 del TFUE, produce autonomamente effetti contrari all'articolo 101, paragrafo 3 del trattato, sul mercato pertinente. In secondo luogo, come stabilito nel considerando 20 del regolamento (UE) 2022/720, il beneficio del regolamento può essere revocato se l'accordo verticale in questione, in

¹²⁵ Art. 2 punto 1) del regolamento europeo 22/720.

¹²⁶ PACE L., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore, 2020

¹²⁷ Cfr. 266 delle Linee Guida

combinazione con accordi simili contratti da fornitori o acquirenti in concorrenza, crea effetti anticoncorrenziali cumulativi, che limitano l'accesso al mercato rilevante e la concorrenza stessa. Tali effetti cumulativi possono essere motivi sufficienti per la revoca del beneficio del regolamento (UE) 2022/720.¹²⁸

Gli accordi sono simili quando prevedono restrizioni della stessa tipologia e producono effetti identici sul mercato. In particolare, il beneficio del regolamento può essere revocato a norma dell'articolo 29 del regolamento comunitario n.1/2003 quando reti parallele di accordi simili generano effetti cumulativi che danno vita ad una forte concentrazione del mercato rilevante per i servizi di intermediazione online e limitano la concorrenza tra i fornitori di tali servizi. Questi accordi possono impedire agli acquirenti dei servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere i beni o servizi a clienti finali utilizzando i propri canali di vendita diretta a condizioni più vantaggiose. In pratica, ciò significa che i fornitori di servizi di intermediazione online potrebbero essere in grado di imporre condizioni di vendita che limitano la concorrenza e riducono la scelta dei consumatori.

La creazione di reti parallele simili si può verificare anche all'interno di una distribuzione selettiva quando quest'ultima si basa sulla qualità per volere di determinati fornitori mentre i restanti baseranno la loro distribuzione sulla quantità, arrecando effetti simili sul mercato. Questi effetti cumulativi possono manifestarsi anche qualora le reti parallele di distribuzione selettiva seguono criteri di qualità che impediscono l'accesso al mercato ai distributori. Dunque, la revoca del beneficio del regolamento può essere direttamente applicata a particolari criteri di qualità o quantità che, per esempio, vincolano il numero di distributori autorizzati.¹²⁹

Tuttavia, le reti parallele di restrizioni verticali simili se detengono più del 50% del mercato possono essere escluse dall'applicazione del VBER per volere della Commissione¹³⁰. Qualora la commissione dichiari, a norma dell'articolo 7, di non applicare il regolamento l'effetto che ne discenderà sarà l'annullamento del beneficio del regolamento e il ripristino della piena applicabilità dell'articolo 101, paragrafo 1 e 3 del trattato, rispetto alle restrizioni e i mercati interessati. Per determinare il tasso di copertura del mercato del 50%, è necessario considerare ogni rete di accordi verticali contenente restrizioni o combinazioni di restrizioni che producono effetti comparabili sul mercato. In generale, si applicherà tale decisione quando gli accordi incidono significativamente sulla concorrenza e sull'accesso al mercato rilevante. La commissione dovrà valutare la necessità di applicare l'articolo 7 e determinare se la revoca

¹²⁸ Cfr. 257 delle Linee Guida

¹²⁹ Cfr. 258-260 delle linee guida.

¹³⁰ Art. 7 del regolamento UE 22/720

individuale dell'esenzione possa essere una soluzione adeguata. Questa decisione potrebbe dipendere dal numero di imprese concorrenti che influenzano il mercato in modo cumulativo e dal numero di mercati geografici degli stati membri interessati¹³¹.

Ogni decisione assunta ai sensi dell'art.7 deve definire con precisione il proprio campo d'applicazione. Dunque, la Commissione deve prima definire il mercato rilevante in cui il prodotto è venduto e l'area geografica a cui si applica. Successivamente, dovrà determinare il tipo di restrizione a cui il regolamento non si applicherà più. Per quanto riguarda questo aspetto, la commissione può adattare il campo d'applicazione dell'eventuale regolamento per risolvere un problema di concorrenza specifico¹³².

Ad esempio, anche se per determinare il tasso del 50% di copertura del mercato saranno prese in considerazione tutte le reti parallele di accordi di non concorrenza, la commissione potrà limitare il campo di applicazione del regolamento di disapplicazione dei soli obblighi di non concorrenza che superino una determinata durata. In tal modo potranno essere trascurati gli accordi di durata minore o di natura meno restrittiva, in considerazione del minor effetto preclusivo ad essi attribuibile. Le linee guida forniscono un esempio volto a chiarire in senso pratico l'applicazione di una tale decisione¹³³. L'esempio che riportano spiega che qualora la Commissione dovesse decidere di fissare un tasso di copertura del mercato pari al 50% e venissero incluse nella copertura tutte le reti parallele di accordi di monomarchismo, si potrà comunque scegliere di vincolare l'applicazione del regolamento solamente a specifiche restrizioni che superano una certa durata, ad esempio agli obblighi di non concorrenza. Questo significa che se l'accordo fosse meno restrittivo e avesse una durata più breve, la Commissione potrebbe decidere di non farli rientrare nell'effetto di preclusione. Questo perché le restrizioni meno severe o meno durature avranno un impatto minore sulla concorrenza e quindi potrebbero non essere considerate problematiche. Se opportuno, la Commissione può fornire indicazioni sul livello della quota di mercato che, in un contesto specifico, non si ritiene contribuisca in modo significativo a causare effetti cumulativi da parte di una singola impresa¹³⁴. Infine le Linee Guida prevedono un periodo transitorio minimo di sei mesi concesso alle imprese interessate al fine di conformare i loro accordi verticali alle previsioni del regolamento. Il periodo verrà fissato ai sensi dell'art. 7, paragrafo 2 del VBER¹³⁵.

In conclusione, quanto esposto in questo capitolo può essere riassunto affermando che le

¹³¹ Cfr. paragrafo 270 delle Linee Guida

¹³² Cfr. paragrafo 272 delle Linee Guida

¹³³ Cfr. paragrafo 272 delle Linee Guida

¹³⁴ Cfr. paragrafi 269-272 delle Linee Guida

¹³⁵ Cfr. paragrafo 273 delle Linee Guida.

restrizioni verticali hanno il potenziale di aumentare l'efficienza economica, ma possono anche causare effetti anti-competitivi e ridurre il benessere sociale in determinate circostanze. Dunque, il buon funzionamento del mercato è la *ratio* alla base norme antitrust in quanto si desidera rendere la distribuzione dei prodotti il più fluida possibile con l'obiettivo di rendere più semplice la libertà di scelta del consumatore. In particolare, nel proseguo ci si soffermerà maggiormente sulla distribuzione selettiva, quale sistema largamente adottato sul mercato da parte delle imprese per arrivare facilmente ed efficacemente ai consumatori.

Capitolo secondo

La distribuzione selettiva

2.1 La fattispecie

La distribuzione selettiva è una pratica attraverso la quale un determinato fornitore sceglie di vendere i propri prodotti o servizi attraverso una rete limitata di distributori o rivenditori con determinati requisiti. Tale tipologia di relazione commerciale, rientrando nell'alveolo degli accordi verticali, risulta essere molto in uso all'interno dell'attuale contesto di mercato. Infatti, questo sistema può avere vantaggi, come garantire una migliore qualità e un'esperienza di acquisto superiore per i consumatori, ma può anche limitare la concorrenza e favorire comportamenti anticoncorrenziali. In molti casi la scelta di veicolare la distribuzione di determinati prodotti attraverso l'ausilio di poche e selezionate aziende, risponde alla necessità - da parte del produttore - di seguire dei paradigmi di vendita diretta conseguenza delle scelte strategiche di posizionamento e produttive di una azienda. Qualora un'impresa, infatti, decida di perseguire determinate finalità comunicative associate alla valorizzazione dei beni prodotti nell'atto di acquisto, in molti casi decide di gestire direttamente tale ultimo passaggio, oppure di rivolgersi ad ulteriori aziende in possesso di specifiche caratteristiche. Tali caratteristiche sono strumentali ad innalzare il valore aggiunto connesso all'acquisto di un determinato bene. Gli accordi verticali di tipo selettivo sono tipici delle produzioni di alta gamma, per le quali il produttore esige nella fase di vendita il rispetto di ben determinati processi e che, quindi, possono essere solamente gestiti in modo diretto o da aziende di distribuzione che possano però andare a rispettare determinate istanze¹³⁶.

Si pensi ai marchi di alta moda o di produzioni tecnologiche di alta qualità. Per il sistema moda, l'esigenza di valorizzare la fase di vendita e di distribuzione ai consumatori ha condotto alla creazione di punti vendita gestiti direttamente dalla medesima casa di moda. Tale fattispecie consente di valorizzare al massimo determinate leve di comunicazione e di esaltare la coincidenza tra campagne di comunicazioni incentrate su prodotti e brand e caratteristiche simboliche di un determinato bene¹³⁷.

¹³⁶ LUGLI G, *Marketing channel. La creazione di valore nella distribuzione specializzata*, Torino, 2011, p. 173 ss

¹³⁷ CLARIZIA R., MARCHETTI F. *I contratti di distribuzione*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 132 e ss.

Per le imprese che producono beni altamente specializzati, la fase finale di vendita, deve essere finalizzata a spiegare tecnicamente le scelte produttive e le caratteristiche di determinati prodotti e, quindi, non possono essere affidate alla generalità degli operatori di mercato. Questo comporterebbe la necessità di spiegare diversamente le caratteristiche specifiche di beni e servizi con un conseguente incremento di costi e con una perdita di valore aggiunto di un particolare prodotto, nato per soddisfare delle esigenze specifiche¹³⁸. A causa di questa che possiamo definire una giustificazione logica ed essenziale degli accordi di distribuzione selettiva, è avvenuto in seno agli ordinamenti europei e nazionali che tali accordi siano, con le opportune specificazioni, consentiti. Questo è avvenuto nonostante, da un punto di vista generale e logico, siano riduttivi della dinamica concorrenziale. In tale approccio il diritto antitrust, non solo comunitario, è intervenuto fissando delle regole con delle limitazioni che possiamo definire “di natura” o “grado”. Le restrizioni “di natura” riguardano i criteri per selezionare i rivenditori, mentre restrizioni di grado riguardano il numero di livelli nella catena di distribuzione. Il diritto antitrust, infatti, può essere maggiormente efficace nel regolare restrizioni di natura, in quanto possono avere un impatto diretto sulla concorrenza nel mercato¹³⁹.

I sistemi di distribuzione selettiva (SDS) consistono in un accordo verticale tra un produttore e uno o più distributori, con l'obiettivo di controllare la distribuzione del prodotto¹⁴⁰. Il produttore seleziona i distributori autorizzati in base a specifici criteri di selezione, che possono riguardare gli standard di qualità del prodotto ("SDS qualitativi") o limitare il numero di distributori autorizzati in generale e/o in una determinata area geografica ("SDS quantitativi"). In tal senso l'efficacia della regolamentazione antitrust nel caso di accordi selettivi dipende anche dalla struttura del mercato e dalla posizione del fornitore nel mercato. Se un fornitore ha una posizione dominante nel mercato, è più probabile che le restrizioni imposte nella distribuzione selettiva siano considerate anticoncorrenziali¹⁴¹.

Uno degli obiettivi degli SDS è di garantire un elevato livello di qualità del prodotto, limitando la sua distribuzione solo a distributori selezionati che rispettino i criteri stabiliti dal produttore. Gli SDS inoltre limitano la rivendita del prodotto consentendola solo ad altri distributori autorizzati o ai consumatori finali, impedendo la vendita a distributori non autorizzati.

¹³⁸ CAMARDI C, *I contratti di distribuzione come contratti di rete*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 225

¹³⁹ DELLI PRISCOLI, L., *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 136 e ss.

¹⁴⁰ TESAURO G, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 365 ss

¹⁴¹ CLARIZIA R., MARCHETTI F., *I contratti di distribuzione*, cit, p. 132 e ss.

Ciò nonostante, l'utilizzo degli SDS potrebbe comportare una riduzione della concorrenza all'interno del mercato. La selezione dei distributori autorizzati limita il numero di operatori sul mercato che possono vendere quel particolare prodotto, il che potrebbe ridurre la concorrenza sui prezzi, favorendo un orientamento a favore dell'alta qualità rispetto ai prezzi bassi. L'obiettivo di una eventuale regolazione dovrebbe, infatti, essere basata sul bilanciamento tra i benefici della distribuzione selettiva, come la garanzia di qualità e l'esperienza di acquisto, con i potenziali effetti anticoncorrenziali. Se i benefici superano i costi, le restrizioni possono essere considerate compatibili con le leggi antitrust¹⁴².

In passato, il numero e l'importanza degli effetti positivi delle restrizioni verticali sulla produzione e sulla distribuzione hanno spinto alcuni studiosi a presumere che queste restrizioni fossero generalmente lecite rispetto alla normativa antitrust. Tuttavia, nell'Unione Europea, questa opinione non è stata accolta e si è invece affermata l'idea che questo tipo di restrizioni debba di principio essere considerato soggetto al divieto dell'articolo 101, paragrafo 1, ma meritevole di una valutazione ai fini dell'eventuale applicazione dell'esenzione in conformità al paragrafo 3 della stessa norma¹⁴³. Tale idea è infatti basata direttamente sul prendere atto del fatto che l'efficacia del diritto antitrust nel caso di distribuzione selettiva dipende dalla giurisdizione, dalle restrizioni imposte, dalla struttura del mercato e dall'equilibrio tra benefici e costi. Per garantire una concorrenza equa e sana, è importante che le autorità antitrust monitorino attentamente la distribuzione selettiva e intervengano quando necessario per prevenire comportamenti anticoncorrenziali.

La regolamentazione degli SDS è del resto forse uno degli aspetti molto complessi all'interno dei processi di gestione delle normative finalizzate ad assicurare il rispetto dei principi concorrenziali all'interno del mercato. La valutazione dell'antitrust sui SDS si basa su un'analisi caso per caso, in cui viene analizzata l'effettiva necessità degli SDS per garantire la qualità del prodotto e il grado di impatto sulla concorrenza.

In effetti, se un fornitore desidera creare un sistema di distribuzione che garantisca ai propri clienti un certo standard qualitativo per i servizi di prevendita, come ad esempio la consulenza prevendita da parte di personale qualificato o un ambiente di vendita di lusso, tale desiderio può essere compromesso dal freeriding dei discount. Questo significa che i distributori a basso costo

¹⁴² CAMARDI C., *La distribuzione vigilata dei cosmetici nel mercato unico. Aspetti contrattuali*. Cit., III, 178 e ss.

¹⁴³ ASSONIME, *Disciplina antitrust degli accordi verticali: nuovo Regolamento di esenzione per categoria (uber) e nuove Linee Guida*, 2022, su https://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/pagine/news-23_05_2022.aspx

potrebbero non investire in servizi di alta qualità per i propri clienti, ma sfruttare comunque l'immagine di marca del fornitore. Ecco perché in molti casi si è ammessa una sorta di deroga, all'interno dei processi di regolamentazione degli accordi verticali, per consentire l'esistenza di accordi di distribuzione che possano non vanificare gli investimenti in comunicazione ed in termini qualitativi di determinati produttori. Per certi aspetti determinate tipologie di accordi sono state ritenute essenziali all'interno della dinamica di mercato, in quanto fondanti anche della dinamica competitiva tra imprese che sicuramente conduce ad una maggiore efficienza nel senso più generale del termine¹⁴⁴.

Gli SDS rappresentano una soluzione ad un problema importante, poiché impongono i criteri di qualità per contratto e limitano la distribuzione solo ai distributori autorizzati, escludendo quelli che non soddisfano i criteri di selezione stabiliti dal produttore¹⁴⁵. Ciò impedisce il freeriding e garantisce che i clienti ricevano i servizi di alta qualità che il fornitore si propone di offrire.

Gli SDS possono provocare una limitazione della concorrenza all'interno del marchio in termini di prezzo, poiché il numero di distributori autorizzati è limitato. Ciò potrebbe aumentare il prezzo del prodotto per i consumatori, ma allo stesso tempo consente una distribuzione di qualità che altrimenti non sarebbe possibile. Valutare individualmente ogni accordo verticale contenente restrizioni è praticamente impossibile. Ci sono infatti un gran numero di accordi verticali che vengono utilizzati anche da piccole e medie imprese e che presentano una vasta gamma di forme e varietà. Inoltre, anche una semplice auto-valutazione delle restrizioni concorrenziali degli accordi sarebbe costosa in termini di incertezza giuridica¹⁴⁶.

Per queste ragioni, la Commissione europea ha disciplinato le restrizioni verticali per lungo tempo, utilizzando il suo potere di esentare dal divieto dell'articolo 101, paragrafo 1, intere categorie di accordi. In questo modo, viene semplificata la valutazione di questi accordi e si fornisce maggiore chiarezza alle parti interessate, riducendo al contempo il rischio di violazione delle norme sulla concorrenza dell'UE¹⁴⁷. Di questi argomenti ci occuperemo nel corso del presente capitolo, soprattutto con riferimento al processo di evoluzione che ha caratterizzato l'approccio della Commissione alla regolazione di accordi verticali, nel caso in esame molto particolari e quasi essenziali per garantire il funzionamento concorrenziale di tanti mercati. Solo

¹⁴⁴ JONES, A. & SUFRIN, B., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 185 e ss.

¹⁴⁵ CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*. Giuffrè, Milano, 2021, p. 163 e ss.

¹⁴⁶ WHISH, R. & BAILEY, D., *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 127 e ss.

¹⁴⁷ CLARIZIA R., MARCHETTI F., *I contratti di distribuzione*, cit., p. 132 e ss.

una buona competizione tra imprese, basata anche sulla tutela delle caratteristiche intrinseche dei prodotti può sicuramente innalzare il livello di concorrenzialità e soprattutto stimolare in modo consistente la ricerca continua di soluzioni produttive all'avanguardia¹⁴⁸.

Sempre in termini definitivi e volendo dare in questa parte del capitolo una visione generale si può affermare¹⁴⁹ che gli SDS sono una forma di restrizione verticale non di prezzo relativamente benigna, in quanto hanno lo scopo di garantire la qualità del prodotto e dei servizi di rivendita. Tuttavia, come per qualsiasi restrizione alla concorrenza, è importante che gli SDS siano valutati caso per caso per determinare l'effettivo impatto sulla concorrenza e sulla qualità del prodotto offerto ai consumatori. In effetti, un accordo di distribuzione selettiva viene solitamente utilizzato da un fornitore per mantenere un maggiore controllo sulla rivendita dei propri prodotti. L'obiettivo principale degli accordi di distribuzione selettiva è quello di controllare l'immagine dei prodotti e di proteggerne la reputazione, garantendo una distribuzione uniforme e coerente dei prodotti ai consumatori finali. Secondo Si sostiene al riguardo che gli accordi di distribuzione selettiva "costituiscono un mezzo essenziale per i produttori di controllare la distribuzione dei propri prodotti e di preservare il loro marchio"¹⁵⁰. Tuttavia, questi accordi possono anche comportare un maggiore controllo dei prezzi e della concorrenza, limitando l'accesso di altri distributori al mercato.

In questo sistema, il fornitore accetta di rifornire solo i distributori che soddisfano determinati criteri minimi. I criteri di selezione utilizzati richiedono in genere che i prodotti siano venduti solo attraverso punti vendita che trasmettano una particolare immagine o che il distributore si assuma obblighi specifici, come la formazione del personale o i servizi post-vendita. Gli accordi di distribuzione selettiva mirano essenzialmente a ottenere uno standard e una qualità di servizio costanti nei punti vendita in cui i prodotti sono venduti. E' stato osservato che "gli SDS sono utilizzati principalmente per mantenere un elevato livello di qualità del prodotto, ma anche per promuovere l'immagine del prodotto e garantire la corretta formazione del personale di vendita"¹⁵¹.

I distributori, in cambio, accettano di rifornire solo altri distributori che fanno parte del sistema di distribuzione selettiva approvato o gli utenti finali. Questo implica che i distributori accettino

¹⁴⁸ JONES, A. & SUFRIN, B.. *EU Competition Law : Text , Cases , and Materials* . Oxford : Oxford cit p. 185 e ss.

¹⁴⁹ WHISH, R. & BAILEY, D. . *Competition Law* . Oxford : Oxford University Press, 2018, p. 127 e ss.

¹⁵⁰ SCHENK, A.,. *The impact of selective distribution on manufacturers and competitors* . In *European competition law review*, 2019 (Vol. 29, No. 11, pp. 586-593)

¹⁵¹ BOLDRIN, M., LEVINE, D. K. (2013). *The case against patents* . Journal of Economic Perspectives, 27(1), 3-22

di non vendere i prodotti a altri rivenditori che non fanno parte del sistema di distribuzione selettiva, in modo da limitare la concorrenza sul prezzo e garantire un maggiore controllo sulla rivendita dei prodotti. Tuttavia, "l'obiettivo della SDS non dovrebbe essere quello di eliminare la concorrenza tra i distributori, ma piuttosto di garantire la coerenza nella presentazione del prodotto al consumatore" ¹⁵².

In base a tale visione, sebbene gli accordi verticali in questione siano da considerare una fattispecie da interpretare e da disciplinare quasi caso per caso, siamo comunque all'interno di quelle restrizioni della concorrenza che nella prima parte del presente lavoro abbiamo definito, con l'aiuto della normativa e della dottrina, limitativi della concorrenza¹⁵³. Gli SDS sono considerati restrizioni verticali, ovvero restrizioni della concorrenza tra imprese che operano su diversi livelli di una filiera economica. Secondo la giurisprudenza dell'UE, gli SDS sono ammissibili solo se soddisfano i cosiddetti "criteri Metro"¹⁵⁴, ovvero criteri oggettivi di natura qualitativa, dei quali parleremo nello specifico nel corso del presente lavoro. Proprio per questo motivo, come vedremo nel corso del presente lavoro, i sistemi di distribuzione selettiva materializzano una sorta di restrizione non di prezzo e tale tipologia di fattore ha rappresentato un elemento di forte contrapposizione soprattutto negli Stati Uniti d'America. Sebbene la trattazione di questo capitolo sia incentrata sulla normativa europea, occorre puntualizzare che la distribuzione selettiva nasce per mantenere elevati standard qualitativi per la distribuzione dei prodotti in questione attraverso una selezione rigorosa dei distributori autorizzati. In questo senso, gli SDS costituiscono un metodo efficace per garantire una distribuzione di qualità, ma al contempo limitano la concorrenza sui prezzi all'interno del marchio¹⁵⁵.

Negli Stati Uniti, la giurisprudenza sulla questione degli SDS si basa sulla regola della ragionevolezza e della "effettiva concorrenza". In particolare, la giurisprudenza *Continental TV contro GTE Sylvania* (1977) stabilisce che gli SDS possono essere considerati legittimi a condizione che non limitino eccessivamente la concorrenza tra i distributori. Tuttavia, la situazione è molto diversa nell'Unione Europea, dove la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE (CGUE) ha svolto un ruolo centrale nella definizione dei limiti per l'utilizzo degli SDS. Tali argomenti saranno oggetto della trattazione sviluppata in tale capitolo ma occorre, ad esempio, puntualizzare sin da ora che la CGUE ha stabilito che gli SDS possono essere legittimi

¹⁵² WHISH, R.. *Competition law*. Oxford University Press, 2018, p. 136 e ss.

¹⁵³ CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 163 e ss.

¹⁵⁴ Sentenza 25 ottobre 1977 (in causa 26/76); Pres. Kutscher, Avv. gen. Reischl (concl. conf.); *Metro SB Grossmärkte GmbH & Co. KG e altro c. Commissione CE*, con commento di Pardolesi, su *For, It.*, 1978,IV; 92 e ss.

¹⁵⁵ WHISH, R. & BAILEY, D. . *Competition Law*. Oxford: Oxford University Presscit. p 127 e ss.

solo se rispettano i criteri stabiliti nella sentenza *Metro/Commissione* (1977) e successivamente nella sentenza *Coty Germany contro Parfümerie Akzente* (2017). Questi criteri includono l'utilizzo di criteri di selezione oggettivi e qualitativi per i distributori, la necessità di una rete di distribuzione selettiva per preservare la qualità e garantire l'uso corretto del prodotto e l'assenza di restrizioni che vada oltre il necessario. Inoltre, la CGUE ha stabilito che gli SDS non possono impedire ai distributori autorizzati di vendere online.

Nonostante ciò, la questione della vendita online è ancora oggetto di dibattito. La sentenza *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique contro Président de l'Autorité de la concurrence* (2011) sembrava indicare che il divieto di vendere online ai clienti finali era una restrizione fondamentale e quindi incompatibile con l'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE. Tuttavia, la sentenza *Coty Germany* ha chiarito che gli SDS possono limitare la vendita online attraverso piattaforme di terzi come Amazon o eBay, a condizione che tali restrizioni non vadano oltre il necessario.

In sintesi, gli SDS rappresentano un sistema efficace per garantire una distribuzione di qualità, ma al contempo limitano la concorrenza sui prezzi all'interno del marchio. La giurisprudenza dell'UE ha definito i criteri per l'utilizzo degli SDS e ha stabilito che gli SDS non possono impedire ai distributori autorizzati di vendere online, ma la questione della vendita online attraverso piattaforme di terzi è ancora oggetto di dibattito.

La giustificazione di tale tipo di accordi, indipendentemente dalla questione relativa alla disciplina in chiave concorrenziale di tali dinamiche, risiede nel fatto che queste restrizioni sono il risultato di negoziazioni tra i fornitori e i distributori, e che i distributori accettano tali restrizioni perché vedono un valore nell'essere parte di una rete selettiva. Tale visione, sostenuta da una parte della dottrina economica¹⁵⁶ ha incontrato numerose critiche da coloro i quali sostengono che tale visione deriva dall'ufficializzare che determinati distributori vengono deliberatamente esclusi da determinate dinamiche di mercato. Sebbene la distribuzione selettiva possa essere vantaggiosa per il fornitore e per il distributore, può anche avere effetti negativi sul consumatore, ad esempio limitando la scelta o aumentando i prezzi. Da un punto di vista che possiamo definire empirico si potrebbe affermare, poi, che i sistemi di distribuzione selettiva hanno una duplice finalità: da un lato, consentono ai fornitori di esercitare un maggiore controllo sulla distribuzione dei loro prodotti, limitando la concorrenza tra distributori e garantendo una migliore gestione del marchio e della reputazione aziendale. D'altra parte, i sistemi di distribuzione selettiva permettono ai distributori di avere accesso a prodotti di alta

¹⁵⁶ HENDRIKSE *Vertical Restraints in EC Competition Law*, pubblicato nel 2006 in "European Competition Law Review" (vol. 27, n. 4), 2006, p. 123 e ss.

qualità, prestando particolare attenzione alle esigenze del cliente finale, sia in termini di consulenza prevendita, che di assistenza post-vendita¹⁵⁷.

Nella prima categoria di prodotti, ovvero quelli di consumo complessi o tecnici, i sistemi di distribuzione selettiva sono utilizzati per garantire che i prodotti siano venduti solo attraverso punti vendita che trasmettono una particolare immagine e offrono elevati standard di assistenza tecnica e post-vendita. Questi prodotti richiedono infatti una consulenza specializzata, spesso a livello tecnico, e i distributori selezionati attraverso il sistema di distribuzione selettiva possono garantire un livello di competenza adeguato alla gestione del prodotto¹⁵⁸.

Nella seconda categoria, ovvero quella dei prodotti di lusso, i sistemi di distribuzione selettiva sono utilizzati per proteggere l'immagine esclusiva del marchio. I fornitori di questi prodotti scelgono i distributori in base a criteri rigidi, al fine di garantire una vendita esclusiva dei prodotti e una esperienza di acquisto di alto livello. In questo modo, i sistemi di distribuzione selettiva contribuiscono a creare una percezione positiva del marchio, attraverso una gestione accurata e controllata del prodotto.

Del resto, diversi studi sostengono che la distribuzione selettiva sia spesso utilizzata per prodotti tecnologicamente avanzati, come i prodotti elettronici, i quali richiedono una particolare assistenza tecnica pre e post-vendita. Inoltre, gli autori fanno notare che la distribuzione selettiva può essere utilizzata per garantire una presenza uniforme del prodotto sui diversi canali di vendita, evitando una saturazione del mercato eccessiva che potrebbe ledere l'immagine del marchio¹⁵⁹. Allo stesso modo diversi studi¹⁶⁰ hanno sottolineato che a distribuzione selettiva sia spesso utilizzata per i prodotti di lusso, come i profumi e i gioielli, in quanto questi prodotti richiedono una vendita esclusiva che ne preservi il valore e l'immagine di alta gamma. Gli autori sottolineano che, in questo caso, la distribuzione selettiva può essere un modo per garantire un controllo sulla vendita dei prodotti, selezionando i distributori in base a rigidi criteri di qualità e di immagine del marchio¹⁶¹.

¹⁵⁷ CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, cit., p. 163 e ss.

¹⁵⁸ CLARIZIA R., MARCHETTI F. *I contratti di distribuzione*, cit., p. 132 e ss.

¹⁵⁹ ROSENBAUM, M.S. AND PEARLMAN, S.M. (2013). *The Anti-Trust Laws and Exclusive Distributorships*. In *Handbook of Antitrust Economics*, Vol. 1, edited by Paolo Buccirossi. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, pp. 287-332.

¹⁶⁰ MARINOVA, D., PHILLIS, Y. A. (2019). *The value of product innovation: An empirical investigation of Australian and Canadian manufacturing firms*. *Journal of Business Research*, 103, 423-434

¹⁶¹ CLARIZIA R., MARCHETTI F., *I contratti di distribuzione*, cit. p. 132 e ss.

2.2I diversi criteri di selezione: selezione qualitativa e quantitativa

Abbiamo visto nel corso di questo paragrafo come un accordo di distribuzione selettiva rappresenta un metodo di gestione della catena di distribuzione che viene adottato da un fornitore per mantenere un maggiore controllo sulla rivendita dei propri prodotti. Tale sistema prevede che il fornitore si impegni a rifornire esclusivamente i distributori che soddisfano determinati criteri minimi di selezione, i quali sono in grado di garantire un livello di qualità costante nella distribuzione dei prodotti. In cambio, i distributori accettano di rifornire solo altri distributori che fanno parte del sistema di distribuzione selettiva approvato o gli utenti finali.

I criteri di selezione utilizzati sono di solito volti a garantire la vendita dei prodotti solo attraverso punti vendita che trasmettono una particolare immagine o che il distributore si assuma obblighi specifici, come la formazione del personale o i servizi post-vendita. In altre parole, gli accordi di distribuzione selettiva mirano essenzialmente a ottenere uno standard e una qualità di servizio costanti nei punti vendita in cui i prodotti sono venduti.

In questo modo, il fornitore è in grado di controllare l'immagine che viene associata ai suoi prodotti, assicurandosi che sia coerente con la posizione che intende mantenere sul mercato. Inoltre, il sistema di distribuzione selettiva consente di monitorare la qualità del servizio offerto dai distributori e di garantire che i prodotti vengano venduti solo attraverso canali di distribuzione adeguati e appropriati¹⁶².

Sempre da un punto di vista definitorio e per andare a creare una distinzione tra il concetto di qualitativo e quantitativo riferito alla distribuzione selettiva si deve puntualizzare che a distribuzione selettiva è un sistema di distribuzione commerciale che consente ai fornitori di controllare la qualità dei loro prodotti venduti attraverso i loro distributori. Questo sistema prevede che il fornitore selezioni i distributori sulla base di criteri oggettivi di natura qualitativa, stabiliti in modo uniforme per tutti i potenziali rivenditori e non applicati in modo discriminatorio. Gli stessi criteri di selezione dei distributori possono essere stabiliti in modo da garantire che i prodotti siano venduti attraverso punti vendita che trasmettano una particolare immagine, o che i distributori si assumano specifici obblighi, come la formazione del personale o i servizi post-vendita¹⁶³. L'obiettivo della distribuzione selettiva di tipo qualitativo è quello di garantire un'esperienza di acquisto positiva per il consumatore, attraverso la creazione di un ambiente di vendita di alta qualità. L'utilità di tali accordi è da ricercare nella necessità anche di combattere la contraffazione, prevenendo così la commercializzazione di prodotti contraffatti

¹⁶² BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, 2022, p. 147 e ss.

¹⁶³ CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, cit., p. 163 e ss.

o scadenti. Inoltre, la distribuzione selettiva offre ai consumatori la possibilità di acquistare prodotti di alta qualità attraverso punti vendita selezionati e affidabili. In tale prospettiva la limitazione della concorrenza risulta essere un elemento connaturato a tale tipologia di accordo, per quanto concerne soprattutto il prezzo, dal momento che i distributori selezionati devono rispettare determinati standard di prezzo. Ciò potrebbe limitare la concorrenza sul prezzo all'interno del marchio, ma allo stesso tempo permettere una concorrenza sulla qualità della distribuzione, che altrimenti non sarebbe possibile. Allo stesso modo distribuire in modo selettivo in funzione qualitativa, potrebbe significare andare ad applicare determinati accordi per categorie di prodotti con specifiche caratteristiche: i prodotti di lusso, ad esempio, richiedono una particolare esperienza di acquisto che sicuramente fa parte della campagna di comunicazione e del complesso sistema valoriale che caratterizza i marchi dei beni di lusso. Sebbene questo sistema possa limitare la concorrenza sul prezzo all'interno del marchio, allo stesso tempo permette una concorrenza sulla qualità della distribuzione che altrimenti non sarebbe possibile¹⁶⁴.

Gli accordi di distribuzione selettiva di natura quantitativa risultano essere collegati ad esigenze relative alla gestione della catena stessa di distribuzione. Il sistema di distribuzione selettiva quantitativo prevede un numero chiuso di partecipanti che viene stabilito dal produttore in base a parametri oggettivi. Questo tipo di sistema si basa anche sulla fissazione di un livello minimo di vendite, al fine di garantire una certa quantità di prodotti venduti. Sebbene possa presentare problemi di sovrapposizione delle reti e di effetti cumulativi, il sistema selettivo quantitativo elimina il contenzioso tra produttore e concessionario. Questo tipo di accordo è spesso utilizzato nel settore automobilistico, in cui viene applicato ai concessionari di auto e al mercato automotive in generale. In sintesi, il sistema selettivo quantitativo si caratterizza per la limitazione del numero di aderenti e per la fissazione di un livello minimo di vendite, al fine di garantire una distribuzione più efficiente e controllata dei prodotti. Diversi autori¹⁶⁵, ad esempio sostengono che questi accordi possano eliminare il contenzioso tra produttore e concessionario, ma allo stesso tempo possono causare problemi di sovrapposizione delle reti e di effetti cumulativi. Viene sottolineata l'importanza di stabilire un numero prefissato di aderenti al sistema selettivo quantitativo, oltre che un livello minimo di vendite, al fine di evitare la

¹⁶⁴ SCHENK A., *Selective Distribution :Antitrust and Competition Issues*, pubblicata da Wolters Kluwer Law & Business nel 2013.

¹⁶⁵ CZARNITZKI D., Toole A. . *Vertical Restraints in the Auto Industry : Quantitative Aspects and Market Effects* .in The Journal of Industrial Economics 2006, p. 1236 e ss.

concorrenza tra distributori. Rilevanti sono le controversie giudiziarie in cui sono stati coinvolti i sistemi di distribuzione selettiva quantitativi nel mercato automobilistico. L'Autore conclude affermando che, sebbene questi accordi possano essere problematici in alcune situazioni: essi rappresentano una soluzione efficace per gestire le reti di distribuzione nel settore automobilistico e mantenere un controllo sulla vendita dei prodotti. Nel 2019, l'azienda tedesca Adidas è stata multata dalla Commissione europea per aver imposto restrizioni eccessive ai suoi rivenditori online. L'accusa era che tali restrizioni avessero limitato la concorrenza tra i rivenditori online, violando le norme dell'UE sulla concorrenza. In particolare, proprio quanto diremo in relazione all'articolo 101 TFEU ha indotto parte della dottrina economica e giuridica a considerare gli accordi di distribuzione selettiva quantitativi compatibili con l'articolo 101 TFEU se soddisfano determinati requisiti, tra cui la necessità di tali accordi per preservare la qualità dei prodotti, la limitazione degli accordi solo a distributori che possiedono un elevato livello di competenza e la mancanza di restrizioni eccessive sulla concorrenza. In particolare, devono essere giustificati da motivi oggettivi e ragionevoli, essere proporzionati rispetto all'obiettivo perseguito, non essere utilizzati per limitare la concorrenza oltre il necessario e non comportare la discriminazione tra i concorrenti. In altre parole, la compatibilità degli accordi di distribuzione selettiva quantitativi con l'articolo 101 TFEU dipende dalla loro conformità alle regole sulla concorrenza dell'UE¹⁶⁶. Occorre, poi, precisare che a differenza di quanto avviene negli accordi di distribuzione selettiva qualitativa sistemi di distribuzione selettiva quantitativa sono generalmente considerati più problematici dal punto di vista della concorrenza, in quanto possono limitare la concorrenza tra i rivenditori e ostacolare l'accesso dei nuovi concorrenti al mercato. Diversi studi¹⁶⁷ sostengono al contrario, che e utilizzati correttamente, i sistemi di distribuzione selettiva quantitativa possono essere compatibili con le norme di concorrenza dell'UE. Ad esempio, il fornitore dovrebbe fornire ai rivenditori le informazioni necessarie sulla quota di mercato e sui criteri di selezione utilizzati, garantendo allo stesso tempo che i rivenditori selezionati siano scelti sulla base di criteri oggettivi e trasparenti. Gli stessi studi sostengono, infatti, che i sistemi di distribuzione selettiva quantitativa possono svolgere un ruolo positivo nell'aumentare l'efficienza del mercato, poiché possono consentire ai produttori

¹⁶⁶ COMBE J., HOLZER S., *Quantitative Selective Distribution Systems :How to Assess their Compatibility with Article 101 TFEU*, European Competition Law Review 2016, IV, 95 e ss.

¹⁶⁷ BUHR C.C., *Quantitative Selective Distribution Systems under EU Competition Law* *International Review of Law and Economics*, 2014, II, 215 e anche KATSOULACOS Y., *ULP D Quantitative Selective Distribution and Internet Sales: Revisiting the Conventional Wisdom*, *Journal of Competition Law & Economics* 2015, III, 136 e ss.

di controllare meglio la qualità dei prodotti e di ridurre il fenomeno della free-riding (cioè il fenomeno in cui alcuni rivenditori non investono nella promozione del marchio ma ne traggono comunque vantaggio)¹⁶⁸.

2.3 La disciplina italiana e europea: la centralità dell' articolo 101. TFUE e le previsioni del Regolamento (UE) 330/2010

L'articolo 101, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) vieta gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. Ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, del TFUE, tutte le restrizioni anticoncorrenziali sono nulle. Ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, del TFUE, tutte le restrizioni anticoncorrenziali sono nulle. Ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE, le restrizioni anticoncorrenziali possono essere esentate dal divieto, qualora si possa dimostrare che, nel complesso, i benefici per i consumatori e gli incrementi di efficienza derivanti dalla restrizione superano gli effetti anticoncorrenziali.

Nel caso della distribuzione selettiva occorre precisare che proprio con riferimento all'articolo 101 del TFUE tali intese dovrebbero essere vietate. Si tratta di intese in grado di limitare fortemente la dinamica concorrenziale e sicuramente, alla luce della lettura e dell'analisi dell'articolo 101 TUF, tale tipo di accordi consentirebbero a poche imprese di manipolare il mercato soprattutto con riferimento a dei principi importanti di discriminazione collegati alla scelta di partner commerciali ed aree geografiche di riferimento. A tale principio di portata generale, si affianca la necessità di andare a tutelare il produttore in relazione proprio agli sforzi competitivi che ha profuso nella produzione di beni e servizi. In effetti, vietare in modo generale ad un produttore di concentrarsi sull'ampiezza e sulla diffusione della propria rete di vendita e più sulla restrizione dei canali di distribuzione non può rispondere a criteri di economicità ed efficienza sia con riferimento ad una determinata azienda che al mercato in generale¹⁶⁹. Molto spesso imprese di grandi dimensioni e che producono beni altamente specializzati optano per affidare i propri prodotti a un numero limitato di rivenditori specializzati, selezionati sulla base di specifici criteri oggettivi legati alla tipologia dei prodotti. Tali criteri includono l'abilità professionale (relativa ai potenziali distributori), la qualità del servizio fornito e il prestigio e

¹⁶⁸ CLARIZIA R., MARCHETTI F. *I contratti di distribuzione*, cit. p. . 132 e ss.

¹⁶⁹ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, cit., , p . 147 e ss.

l'attenzione ai dettagli degli spazi commerciali in cui i rivenditori svolgeranno le loro attività. Compito del legislatore europeo è stato, negli anni, quello di andare a rendere conciliabili le istanze contenute nei Trattati in termini di tutela del mercato e dinamica competitiva da un punto di vista che possiamo definire microeconomico. Non a caso la previsione normativa contenuta all'interno dell'articolo 101 TFUE, così come analizzata anche nel corso del primo capitolo del presente lavoro, risponde al tentativo di creare una regolamentazione uniforme che non può essere derogata dalle norme interne dei singoli paesi. In questa ottica, il legislatore europeo ha previsto e vietato i comportamenti delle imprese che possano alterare o falsare il libero gioco della concorrenza all'interno del mercato dell'UE. A livello globale, il mercato e la competizione richiedono regole stringenti che permettano agli operatori economici di agire nel rispetto di una logica di equità concorrenziale e di opportunità di sviluppo, mentre allo stesso tempo permettono agli organi di controllo di valutare i comportamenti che possono essere potenzialmente dannosi per l'evoluzione del mercato interno comune. I due elementi normativi fondanti presenti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea sono rappresentati dall'art. 101 e dall'art. 102 TFUE, che si occupano di disciplinare i comportamenti delle imprese private che possono alterare la concorrenza nel mercato interno dell'UE. Restringendo il campo d'analisi all'articolo 101 TFUE diciamo che già a metà del secolo passato tale articolo, chiaramente con diversa numerazione rispetto a quella attuale, è stato introdotto come una delle prime disposizioni del Trattato di Roma, che ha istituito la CEE, ed è stato concepito per garantire la libera concorrenza all'interno del mercato comune europeo.

Nel corso degli anni, l'articolo 101 è stato oggetto di numerose interpretazioni e applicazioni da parte delle autorità antitrust europee e dei tribunali. La norma vieta gli accordi che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che impediscono, restringono o falsano la concorrenza. Tale divieto si applica a tutti gli accordi, le pratiche concordate e le decisioni delle associazioni di imprese che violano queste disposizioni.

Tuttavia, l'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE prevede che alcuni accordi possano essere esentati dal divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, se tali accordi generano benefici che superano gli effetti anticoncorrenziali. In tale ambito l'evoluzione giurisprudenziale e normativa ha fatto sicuramente rientrare la distribuzione selettiva così come stata definita nelle pagine che precedono. Lo stesso Regolamento UE 330/2010 relativo agli accordi verticali, ora rivisto ed aggiornato, descrive la distribuzione selettiva come un sistema di distribuzione in cui il fornitore si obbliga a vendere i beni o i servizi oggetto dell'accordo, direttamente o indirettamente, soltanto a distributori selezionati in base a criteri specifici e in cui tali distributori si obbligano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel

territorio che il fornitore ha destinato a tale sistema. Celebre è stato il caso Metro¹⁷⁰, sul quale si basa anche la regolamentazione successiva, secondo la quale la distribuzione elettiva è conforme all'art. 101 § 3 del Trattato (e non è soggetta al divieto generale stabilito dal § 1 dello stesso articolo) se sono presenti principalmente tre principi fondamentali. In tal senso la selezione dei rivenditori avviene in base a criteri oggettivi di natura qualitativa, relativi alla competenza professionale del rivenditore, del suo personale e delle sue strutture", che "tali requisiti siano imposti in modo uniforme a tutti i potenziali rivenditori", e che "vengano applicati in modo non discriminatorio".

L'impianto è basato sullo stabilire tre regole principali che afferiscono ai rispetti paragrafi dei quali si compone. Tale articolo è suddiviso in tre regole principali: il divieto, la nullità e l'esenzione. Il divieto riguarda accordi che fissano i prezzi, limitano la produzione, ripartiscono i mercati o le fonti di approvvigionamento e applicano condizioni dissimili per prestazioni equivalenti. La nullità riguarda le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che violano il divieto. L'esenzione riguarda gli accordi che generano benefici sufficienti a superare gli effetti anticoncorrenziali¹⁷¹.

Il principio alla base del divieto degli accordi e delle pratiche restrittive è quello della totale autonomia di ogni impresa nel determinare la propria condotta e strategia di mercato. La differenza tra accordi e pratiche concordate risiede nell'intensità e nella modalità di manifestazione della condotta. Mentre nel primo caso si tratta di un coordinamento esplicito o implicito attraverso un accordo, nel secondo caso si tratta di condotte che aumentano la trasparenza del mercato, facilitando la prevedibilità del comportamento dei concorrenti.

La previsione normativa contenuta all'interno dell'articolo 101 TFUE nasce, in effetti, con lo scopo di prevenire che le imprese utilizzino accordi, sia orizzontali che verticali, per alterare la concorrenza sul mercato. Nel caso della distribuzione selettiva più volte la giurisprudenza ed anche l'attività normativa della Commissione hanno considerato tali intese decisamente tollerabili e, anzi, fondamentali proprio per favorire la competizione tra imprese. Non a caso gli

¹⁷⁰ Sentenza *Metro I*, 25.10.1977 e causa C-31/80, *L'Oréal/ PVBA*. L'orientamento in esame è stato sostenuto dalle posizioni della Commissione al n. 175, che affermano che "Generalmente, si considera che la distribuzione selettiva basata esclusivamente su criteri qualitativi non rientri nell'ambito dell'articolo 101, paragrafo 1, poiché non produce effetti anticoncorrenziali, a condizione che siano soddisfatte tre condizioni. In primo luogo, la natura del prodotto deve giustificare un sistema di distribuzione selettiva, nel senso che un tale sistema deve costituire un requisito legittimo, in relazione alle caratteristiche del prodotto, per preservarne la qualità e assicurarne un utilizzo adeguato. In secondo luogo, la selezione dei rivenditori deve essere basata su criteri oggettivi di natura qualitativa, applicati in modo uniforme e resi accessibili a tutti i potenziali rivenditori e attuati in modo non discriminatorio. In terzo luogo, i criteri stabiliti non devono eccedere quanto necessario".

¹⁷¹ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, cit., p. 147 e ss.

accordi di distribuzione selettiva sono “tollerati”¹⁷² in termini sia qualitativi che quantitativi. In alcuni casi, il produttore può introdurre un ulteriore ostacolo nella selezione dei partecipanti alla sua rete selettiva, valutando l'opportunità di imporre una restrizione aggiuntiva di natura quantitativa. In questo modo, il produttore potrebbe decidere di non accettare automaticamente nella rete tutti i rivenditori che soddisfano gli standard richiesti, ma di imporre anche limitazioni al numero di soggetti autorizzati. Queste limitazioni vengono spesso stabilite tenendo in considerazione le capacità economiche dei diversi mercati in cui i prodotti oggetto del contratto sono venduti. Ed, in effetti, anche la giurisprudenza italiana¹⁷³, sulla base delle istanze che spesso si collocano dietro alla distribuzione selettiva ha precisato che la presenza di una rete di distribuzione selettiva può rientrare tra i "motivi validi" che impediscono l'esaurimento (ad esempio, art. 5 C.P.I.), purché il prodotto venduto sia un bene di lusso o di alto valore. Diciamo che oltre a quella che può essere definita la base normativa comunitaria, nel contesto normativo italiano i Tribunali soprattutto, hanno, in diverse occasioni, esaminato la reale presenza di ragioni valide che avrebbero potuto causare la cessazione dell'applicazione del principio dell'esaurimento del marchio, previsto dall'art. 5 del Codice della proprietà industriale (C.P.I.), in relazione ai metodi e alle forme di vendita online dei prodotti tramite piattaforme di e-commerce¹⁷⁴.

In base al principio dell'esaurimento, il titolare del marchio, dopo aver applicato il simbolo al prodotto e averlo commercializzato, o aver concesso (mediante un contratto di licenza) a terzi di apporre il marchio e vendere il prodotto, non può opporsi alla successiva distribuzione dello stesso¹⁷⁵.

In generale, indipendentemente dalle specifiche conclusioni dei tribunali nazionali, proprio la concorrenza, come già indicato nel corso del presente lavoro, rappresenta un bene da tutelare

¹⁷² Caso *Omega*, decisione della Commissione del 28.10.1970 e caso BMW del 23.12.1977 su Riv It. Di Diritto Pubblico Comunitario, 2000, III, 125 e ss.

¹⁷³ Trib. Milano, Ord, 19 -10 2020, su For. It., 2021, IV; 1236

¹⁷⁴ CLARIZIA R., MARCHETTI F., *I contratti di distribuzione*, cit., p. 132 e ss.

¹⁷⁵ La giurisprudenza ha sostenuto che, sebbene gli accordi contrattuali alla base del sistema di distribuzione selettiva non siano vincolanti per il rivenditore non autorizzato, in quanto estraneo e terzo rispetto a tali accordi, l'adozione di una rete di distribuzione selettiva può rientrare tra le "ragioni legittime" che ostacolano l'esaurimento, purché il prodotto venduto sia un bene di lusso o di prestigio che giustifichi la scelta di un sistema di distribuzione selettiva e che vi sia un danno effettivo all'immagine di lusso o prestigio del marchio a causa della commercializzazione effettuata da soggetti esterni alla rete di distribuzione selettiva. Cfr. LA ROCCA SENA F., *Distribuzione selettiva, il Tribunale di Milano definisce il prodotto di lusso*, Il sole 24 Ore, Nel Diritto, 2021, su <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/distribuzione-selettiva-tribunale-milano-definisce-prodotto-lusso-ADsGIQUB>

al fine di massimizzare l'efficienza dei mercati. Mercati concorrenziali sono da considerare più efficienti di altre situazioni di mercato, dove la concorrenza risulta essere limitata e dove determinati operatori economici riescono a gestire in modo funzionale alle proprie esigenze la offerta e domanda di beni. Gli accordi, siano essi orizzontali che verticali, così come le operazioni straordinarie sono strumenti che spesso le imprese adoperano proprio in funzione dell'accrescimento del potere di mercato, visto che acquisire un maggiore potere – in molti casi – produce maggiori rendimenti a discapito del consumatore. L'efficienza dei mercati è l'obiettivo principale della normativa antitrust, sia essa europea che afferente ai mercati dei singoli Paesi Membri. In tale ottica l'articolo 101 mira a realizzare un mercato unico in cui la concorrenza sia efficace, i prezzi siano bassi e i consumatori abbiano ampia scelta di prodotti. Tutte caratteristiche tipiche di mercati efficienti che, proprio per definizione, devono tendere ad un assetto più concorrenziale possibile¹⁷⁶. L'articolo si caratterizza per indirizzare la sua applicazione agli accordi che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei beni, promuovendo il progresso tecnico o economico e riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva. Gli stessi accordi non possono imporre restrizioni alle imprese interessate che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi o dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione. Tale analisi per sottolineare che proprio nella prospettiva e nel dettato dell'articolo 101 TFUE trova fondamento quella che possiamo definire una sorta di “esenzione” da parte proprio

Facendo un passo indietro e collocandosi in una prospettiva storica e valutando la normativa in esame anche alla luce dell'attività della Commissione Europea, ci si accorge che le istituzioni comunitarie si sono concentrate sulla realizzazione di un mercato unico in cui le dinamiche di mercato devono essere indirizzate verso una maggiore uniformità l'UE. La Commissione ha dimostrato una certa diffidenza nei confronti degli accordi verticali tra le imprese, che potrebbero essere utilizzati per suddividere il mercato unico in mercati nazionali e limitare il commercio parallelo¹⁷⁷. In tal senso un esempio molto importante è rappresentato sia dal Regolamento Ue 330/2010, sia dal più recente provvedimento normativo, Reg. (UE) n. 2022/720, che analizzeremo nel corso del paragrafo successivo. Per valutare i provvedimenti citati, occorre focalizzare l'analisi sul paragrafo 3 dell'articolo 101 del TFUE esenta gli accordi che producono vantaggi tali da compensare gli effetti anticoncorrenziali¹⁷⁸.

¹⁷⁶ GERADIN D., LAYNE-FARRAR A., PETIT N., *EC Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, p. 196 e ss.

¹⁷⁷ Commissione europea, Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria del 1997, Bruxelles, 1998

¹⁷⁸ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, cit., p. 147 e ss.

Il regolamento (UE) 330/2010 ha storicamente previsto, infatti, una esenzione per categorie in base all'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE per gli accordi verticali che soddisfano una serie di requisiti. Ad esempio, tali accordi possono aiutare un produttore ad entrare in un nuovo mercato o ad evitare che si crei una situazione in cui un distributore «si avvantaggia» degli sforzi promozionali di un altro distributore o consente a un fornitore di ammortizzare un investimento fatto per uno specifico cliente.

Per essere esentati dal divieto, gli accordi verticali hanno dovuto soddisfare alcune condizioni. In primo luogo, l'accordo non potrebbe contenere restrizioni "fondamentali" che portano all'esclusione dell'intero accordo dai benefici del regolamento, anche se le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente sono inferiori al 30%. In tal senso la giurisprudenza¹⁷⁹ caso Vichy, ha approvato l'uso di sistemi di distribuzione selettiva quantitativa, riconoscendo che tali restrizioni soddisfano il criterio di indispensabilità stabilito dall'art. 101 § 3 del Trattato, basandosi principalmente su un principio economico. Questo tipo di distribuzione è stato ritenuto legale ogni qualvolta l'inclusione di tutti i rivenditori qualificati nel sistema selettivo avrebbe avuto un impatto negativo sul rendimento della rete di vendita, dato che "porterebbe a un drastico calo delle opportunità di vendita per ciascun rivenditore all'interno del sistema. Da un punto di vista che possiamo definire generale occorre, poi, puntualizzare che le restrizioni "fondamentali" comprendono l'imposizione dei prezzi di rivendita da parte dei fornitori ai distributori, la suddivisione del mercato in base al territorio o al cliente, il divieto per i distributori selezionati di vendere ai distributori non autorizzati, ma senza limitazioni relative agli utenti finali a cui possono vendere, la limitazione della libertà dei distributori selezionati di vendere o acquistare i beni contrattuali da o verso altri distributori selezionati all'interno della rete, il divieto o la limitazione delle vendite dei pezzi di ricambio da parte del produttore agli utenti finali, ai riparatori indipendenti o ai prestatori di servizi¹⁸⁰.

In secondo luogo, l'accordo ha dovuto soddisfare una soglia della quota di mercato del 30% sia per i fornitori che per gli acquirenti. In terzo luogo, il regolamento prevede alcune condizioni collegate a tre restrizioni specifiche per cui devono essere soddisfatti determinati requisiti per poter beneficiare dell'eccezione¹⁸¹.

La quota di mercato del fornitore si riferisce al mercato sul quale vende i beni o servizi, mentre quella dell'acquirente si riferisce al mercato sul quale vende i beni o servizi.

¹⁷⁹ Caso Vichy, decisione della Commissione del 27.2.1992, In Riv. Dir. Pub. Com., 2010, III, 147 e ss.

¹⁸⁰ CLARIZIA R., MARCHETTI F., *I contratti di distribuzione*, cit p. 132 e ss.

¹⁸¹ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, cit., p. 147 e ss.

Il regolamento, in vigore prima dell'introduzione della nuova disciplina contenuta nel Reg(UE) n. 2022/720, escludeva tutte le restrizioni verticali diverse da quelle specificate. Tuttavia, per tre di queste restrizioni (l'obbligo di non concorrenza durante il contratto, l'obbligo di non concorrenza dopo la conclusione del contratto e l'esclusione di marchi specifici in un sistema di distribuzione selettiva), la stessa normativa imponeva alcune condizioni specifiche. Se queste condizioni non vengono soddisfatte, tali restrizioni verticali sono escluse dall'esenzione del regolamento. Tuttavia, se la parte restante dell'accordo verticale può funzionare in modo indipendente dalle restrizioni verticali non esentate, il regolamento continua ad applicarsi a tale parte dell'accordo.

L'approccio della Commissione Europea ha palesato nel corso degli anni una metodologia che partendo dal generale dettato dell'articolo 101 TFUE ha, quindi, previsto, successivamente, dei "regolamenti di esenzione per categoria" per alcuni tipi comuni di accordi commerciali. Questi regolamenti stabiliscono le condizioni che devono essere soddisfatte e i termini e le condizioni che possono essere inclusi in un accordo per l'applicazione dell'articolo 101. In tale prospettiva, come vedremo anche nel corso del paragrafo successivo, l'esenzione per categoria relativa alla distribuzione (nota come esenzione per categoria degli accordi verticali (VABER)) è uno dei regolamenti di esenzione per categoria più significativi del diritto della concorrenza dell'UE in termini di numero di accordi a cui si applica.

Un "accordo di distribuzione", come specificato e tracciato nel corso del presente lavoro, si configura come un accordo contrattuale tra due parti indipendenti a diversi livelli commerciali, in cui il fornitore si impegna a vendere beni o servizi al distributore in vista della loro rivendita da parte del distributore. Un accordo di distribuzione è un esempio di accordo "verticale", essendo un accordo tra parti che operano a diversi livelli della catena di fornitura.

In un accordo di distribuzione esclusiva, il distributore ha un territorio di vendita esclusivo protetto dalle vendite concorrenti del fornitore e/o dei distributori designati in altri territori. Il distributore può anche godere dell'assegnazione di una categoria esclusiva di clienti, con protezione dalle vendite concorrenti del fornitore o degli altri distributori.

In un accordo di distribuzione selettiva, il fornitore limita la rivendita degli oggetti del contratto a rivenditori terzi che non fanno parte del sistema di distribuzione selettiva. In pratica, il fornitore limita la rivendita agli utenti finali e a un gruppo "selezionato" di distributori che soddisfano una serie di criteri oggettivi. Questo gruppo è poi libero di vendere a tutti gli utenti finali, ovunque essi si trovino. Tali approcci derivano dalla presa d'atto in seno alla Commissione che, a priori, non possono essere riconosciuti gli accordi verticali non validi. E' per questo che la metodologia adottata nel corso degli anni sia in seno alla Commissione che

nel caso di controversie e ricorsi alla Corte di Giustizia è stato orientato ad esaminare ciascun accordo caso per caso. La sentenza Grundig del 1966¹⁸² ha stabilito l'esigenza di eliminare ogni ostacolo alla realizzazione del mercato unico, anche se gli accordi esclusivi ivi esaminati non mostravano né effetti anticoncorrenziali né lesioni all'interesse dei consumatori.

Si evince dalla trattazione esposta che la Commissione si è storicamente concentrata sulla formulazione dell'articolo 101 TFUE, che considera anti competitivi gli accordi che "abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno".

L'ampia formulazione dell'articolo 101 TFUE potrebbe, poi, far rientrare numerosi accordi nel divieto dell'articolo 1, i quali pertanto dovrebbero sottostare all'esame del paragrafo 3 della medesima disposizione, salvo non possano usufruire di un regolamento di esenzione per categoria. La Commissione ha disciplinato le restrizioni verticali attraverso il suo potere di esentare dal divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, intere categorie di accordi¹⁸³.

Le restrizioni verticali non sono, in linea di principio, da considerarsi restrizioni antitrust, secondo una visione moderna. Infatti, esse creano problemi alla concorrenza solo in presenza di una debole concorrenza nel mercato in cui operano. La Commissione europea, in particolare, ha dichiarato che l'articolo 101 del TFUE si applica automaticamente a quegli accordi verticali che limitano la libertà dei distributori di fissare i prezzi di rivendita (prezzi di vendita imposti) o instaurano una protezione territoriale assoluta a favore dei distributori esclusivi.

Questa politica, in particolare l'idea di protezione territoriale assoluta, è stata fortemente criticata dalla Commissione, che si è sempre mostrata restia a concedere l'esenzione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3. La protezione territoriale assoluta non è ammissibile in quanto non consente ai consumatori di acquistare la merce da qualsiasi distributore nell'UE, a loro scelta, anche fuori dal territorio in cui risiedono, e di importarla personalmente o tramite un incaricato. Risulta essere possibile, del resto, andare a concedere ai distributori un territorio esclusivo, a patto che siano presenti fonti di approvvigionamento alternative per i clienti, che i distributori esclusivi rimangano liberi di accettare ordini provenienti dall'esterno del loro territorio e che i consumatori siano liberi di acquistare la merce da qualsiasi distributore nell'UE e di importarla personalmente o tramite un incaricato. Gli intermediari e gli altri commercianti devono poter acquistare da qualsiasi distributore e vendere su qualsiasi mercato, anche

¹⁸² Corte di giustizia del 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, in cause riunite 56 e 58-64, ECLI:EU:C:1966:41

¹⁸³ SIMONINI G.F. . *La proposta di Regolamento sulle intese verticali del 9 luglio 2021 nel contesto internazionale e nella Ue*, *Diri. del Comm. Int.*, fasc.1, 1 MARZO 2022, pag. 125

sfruttando significative differenze di prezzo tra gli Stati membri (commercio parallelo). L'articolo 101 TFUE proviene, del resto, dall'articolo 85 TUE che si applicava pressoché automaticamente ad alcuni accordi verticali che per la loro stessa natura erano atti a falsare la concorrenza senza contropartite positive, come gli accordi che limitavano la libertà dei distributori di fissare i prezzi di rivendita (prezzi di vendita imposti) e quelli che instauravano una protezione territoriale assoluta a favore dei distributori esclusivi¹⁸⁴.

Certo è che una delle caratteristiche più salienti è sicuramente quella che crea una distinzione tra accordi che restringono la concorrenza per oggetto e per effetto. Dal trattato si evince che si tratta di condizioni alternative. In tal senso la distinzione tra regole e norme, che si può dire sia incorporata nella disposizione. Alcuni accordi, come i cartelli, sono vietati indipendentemente dal loro impatto sulla concorrenza, mentre altri sono soggetti al divieto solo nella misura in cui hanno effetti restrittivi. In secondo luogo, l'articolo 101 TFUE ha una struttura che possiamo definire biunivoca. Il divieto stabilito nel primo paragrafo della disposizione può essere dichiarato inapplicabile agli accordi che soddisfano le condizioni stabilite nel terzo paragrafo. In altre parole, l'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE prevede un meccanismo esplicito per giustificare una condotta che è soggetta al divieto prima facie, ma che nel complesso è favorevole alla concorrenza. La distinzione alla quale stiamo facendo riferimento si riferisce ad una sorta di parallelismo e di differenziazione tra quelle che possono essere considerate delle regole e quelle che invece si configurano per essere oggettivamente delle norme vere e proprie¹⁸⁵. Il divieto delle restrizioni "per oggetto" è una regola che prevede il divieto automatico di determinati accordi, mentre il divieto delle restrizioni "per effetto" è una norma che richiede una valutazione caso per caso degli effetti della restrizione sulla concorrenza. Il divieto stabilito nel primo paragrafo può essere dichiarato inapplicabile agli accordi che soddisfano le condizioni stabilite nel terzo paragrafo, che prevede un meccanismo esplicito per giustificare una condotta che è soggetta al divieto prima facie, ma che nel complesso è favorevole alla concorrenza.

¹⁸⁴ La Commissione europea era fortemente restia a concedere un'esenzione a norma dell'articolo 85, paragrafo 3, in questi casi. Sebbene fosse consentito concedere al distributore un territorio esclusivo, affinché potesse più facilmente affermarsi sul mercato e rendere così più efficiente la distribuzione, non era ammissibile una protezione assoluta. Devono sempre essere presenti fonti di approvvigionamento alternative per i clienti e i consumatori devono essere liberi di acquistare la merce da qualsiasi distributore nell'UE, a loro scelta, anche fuori del territorio in cui risiedono e di importarla personalmente o tramite un incaricato.

¹⁸⁵ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, cit., p. 147 e ss.

Raccogliendo la sostanza di quanto esposto l'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE rappresenta un'importante eccezione al divieto di restrizioni alla concorrenza, perché consente agli accordi di essere giustificati qualora soddisfino determinate condizioni.

Come indicato dalla dottrina¹⁸⁶ l'applicazione dell'articolo 101 TFUE richiede una valutazione complessa dei fatti del caso, che deve essere basata su una serie di criteri. Tra questi, egli ha evidenziato l'analisi degli effetti dell'accordo sulla concorrenza, la valutazione della posizione di mercato delle parti coinvolte, la considerazione delle contropartite offerte dalle parti, e l'analisi delle conseguenze economiche dell'accordo. In tal senso lo stesso articolo paragrafo 3, del TFUE rappresenti un meccanismo importante per consentire agli accordi di essere giustificati solo se soddisfano determinate condizioni. Le eccezioni si concentrano una valutazione caso per caso, che deve essere basata su una serie di criteri, tra cui la contribuzione dell'accordo alla produzione o alla distribuzione dei beni e la promozione del progresso tecnico ed economico. Sono le conseguenze economiche dell'accordo ad essere centrali per poter determinare la compatibilità degli accordi con l'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE¹⁸⁷. Centrali sono i meccanismi di determinazione dell'oggetto dell'accordo e dei suoi effetti.

In tal senso qualora gli effetti restrittivi di una condotta potenzialmente anticoncorrenziale possono essere stabiliti con la stessa facilità del suo oggetto restrittivo, la differenza tra oggetto ed effetto potrebbe non essere particolarmente rilevante. In tal caso, la scelta di una strada o dell'altra non avrebbe implicazioni significative per l'autorità o per il ricorrente. Il modo in cui vengono definiti l'oggetto e l'effetto ha conseguenze anche sulla portata relativa, rispettivamente, dell'articolo 101, paragrafo 1, e dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE. Seguendo tale approccio la a grande maggioranza degli accordi sarebbe restrittiva della concorrenza, sia per l'oggetto che per l'effetto. È il caso in cui la nozione di restrizione della concorrenza si basa su presunzioni informali circa lo scopo della pratica, o in cui la violazione può essere stabilita semplicemente dimostrando che l'accordo può avere effetti anticoncorrenziali. L'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE sarebbe relativamente ampio anche quando una restrizione della libertà d'azione delle parti viene equiparata a una restrizione della concorrenza. Occorre di contro andare a precisare che non

¹⁸⁶ ZENO – ZENCOVICH V., *Il mercato digitale e la tutela della concorrenza: tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, Rivista trim. di dir. dell'economia, 2019, III, 145 e ss.

¹⁸⁷ SICCA R., *“Il nuovo regolamento generale di esenzione degli accordi verticali: elementi innovative e interessi in gioco”*, Concorrenza e mercato, 2011, 811

sempre gli accordi di distribuzione selettiva rientrano all'interno di un quadro di deroga degli accordi verticali, concesso proprio per le specifiche caratteristiche degli stessi.

I sistemi di distribuzione selettiva (SDS) possono rappresentare una restrizione alla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE se non soddisfano i criteri oggettivi stabiliti dalla giurisprudenza, come quelli formulati nella sentenza Metro I del 1977. Tuttavia, tali SDS possono ancora beneficiare dell'esenzione per categoria del VBER se soddisfano le condizioni previste dal regolamento. Ad esempio, se la SDS è puramente qualitativa e serve a garantire la qualità del prodotto e a preservare la sua immagine di lusso, senza limitare in modo ingiustificato il numero di distributori autorizzati, allora non costituisce una restrizione alla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE¹⁸⁸.

Nel contesto dell'e-commerce, la giurisprudenza ha stabilito che i divieti di vendita online da parte dei distributori autorizzati rappresentano una restrizione della concorrenza solo se vanno oltre il necessario per garantire la qualità del prodotto e l'immagine del marchio. La sentenza Coty/Parfümerie Akzente ha chiarito che i distributori autorizzati possono vendere direttamente online attraverso il proprio sito web o tramite siti web di terzi non riconoscibili come tali, mentre possono essere vietati solo le vendite su piattaforme di terzi come Amazon o eBay. Tuttavia, la giurisprudenza non è sempre uniforme, come dimostra la sentenza Asics, che ha stabilito che il divieto di pubblicizzare su siti web di terzi e sostenere la funzionalità dei siti web di comparazione dei prezzi costituisce una restrizione fondamentale ai sensi del VBER.

Negli Stati Uniti, i SDS sono considerati restrizioni verticali soggette alla regola della ragione, Continental TV contro GTE Sylvania. Tuttavia, le SDS puramente qualitative non sono considerate restrizioni verticali negli Stati Uniti e sono generalmente lecite. Altre SDS, in particolare quelle quantitative, possono sollevare questioni di limitazioni territoriali o di clientela o di nomine di singoli rivenditori¹⁸⁹.

In generale, la questione posta risiede sull'interrogativo riguardante la presa d'atto che all'interno di un sistema selettivo, non sia possibile impedire a un rivenditore facente parte della rete di promuovere i prodotti e realizzare pubblicità al di là del proprio territorio verso i consumatori finali ha sicuramente un impatto significativo, soprattutto quando legato alle vendite online. È evidente che, data l'ubiquità di Internet, permettere a un rivenditore di effettuare vendite anche al di fuori della propria area geografica ha un effetto notevole (basti

¹⁸⁸ GERADIN D. LAYNE-FARRAR A. PETIT n., *EC Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, p. 196 e ss.

¹⁸⁹ CARUSO B, "Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l'analisi economica e le modifiche mancate", *Concorrenza e mercato*, 2011, 765

pensare alla difficoltà di gestire una politica dei prezzi). A ciò deve sommarsi il fatto che il nuovo regolamento 302/2018 sull'argomento del cosiddetto geoblocking¹⁹⁰, l'UE ha vietato i blocchi geografici ingiustificati basati sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nel contesto del mercato interno.

In tal senso le SDS puramente qualitative, ossia quelle che soddisfano i cosiddetti criteri Metro I, non costituiscono nemmeno una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE (Metro/Commissione (1977)). Questi criteri sono oggi riformulati come segue: "[L]'organizzazione di una rete di distribuzione selettiva non è vietata dall'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE, nella misura in cui i rivenditori siano scelti sulla base di criteri oggettivi di natura qualitativa, stabiliti in modo uniforme per tutti i potenziali rivenditori e non applicati in modo discriminatorio, che le caratteristiche del prodotto in questione rendano necessaria tale rete per preservarne la qualità e garantirne l'uso corretto e, infine, che i criteri stabiliti non vadano oltre il necessario [...]". (Coty Germany contro Parfümerie Akzente (2017), punto). Il primo requisito è che le caratteristiche (o la "natura") del prodotto in questione richiedano una SDS. Questo è tipicamente il caso in cui la restrizione è necessaria per preservare la qualità del prodotto, per garantirne l'uso corretto (soprattutto nel caso di prodotti tecnici), o per preservare l'"immagine di lusso" o "l'immagine di prestigio" di un prodotto. Il secondo criterio della Metro I è che i criteri di selezione dei distributori devono essere oggettivi, qualitativi e applicati in modo non discriminatorio. Il terzo criterio è che i criteri qualitativi non devono andare oltre il necessario. Se questi criteri sono soddisfatti, il numero potenziale di distributori non è limitato; qualsiasi impresa che soddisfa i criteri deve essere ammessa nel sistema. Per questo motivo, tali SDS puramente qualitativi non sono nemmeno considerati una restrizione della concorrenza¹⁹¹; anche se questi SDS limitano in qualche misura la concorrenza sui prezzi all'interno della marca, ciò è compensato dal fatto che l'SDS consente una concorrenza sul parametro "qualità della distribuzione" che altrimenti non sarebbe possibile.

¹⁹⁰ Il nuovo regolamento 302/2018 riguardante il cosiddetto geoblocking introduce misure atte a prevenire blocchi geografici ingiustificati e altre discriminazioni basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nel quadro del mercato interno. Questo regolamento (di cui si fa solo un breve accenno) mira a eliminare i blocchi geografici ingiustificati o altre forme di discriminazione dirette o indirette basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o di stabilimento dei clienti. Il regolamento, tuttavia, non impone di vendere al di fuori del proprio paese o di applicare prezzi uniformi in tutta l'Europa.

¹⁹¹ ZEYGOLIS E.Z., "Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: legal certainty versus economic theory?" *European Competition L. Rev.* 2013 (34), 2, p. 258 e ss.

2.3.1 Regolamento 720/22. Le principali novità introdotte

L'analisi condotta nel corso del presente lavoro dimostra come nel corso degli anni l'approccio da parte del diritto della concorrenza, in relazione agli accordi verticali ed in particolare alla distribuzione selettiva sia molto cambiato. Questo per dire che, nei fatti, occorre puntualizzare che di recente nuove istanze, da parte dei mercati, hanno portato i regolatori a tenere conto di nuove esigenze, prima tra tutte quelle collegate alla valorizzazione in termini comunicativi di determinati marchi. Il marketing e soprattutto le strategie di vendita dei beni di lusso puntano molto sulla forza evocativa del brand. Brand che viene rivestito di particolari significati anche attraverso la gestione del canale di vendita che deve essere considerato in funzione proprio di una nuova visione esperienziale di beni e servizi. Molto spesso il valore simbolico di un marchio ed il prodotto viene evocato proprio dalle tecniche di distribuzione dello stesso, per prodotti di alta gamma, ad esempio. E' chiaro, in tal senso, che un produttore orientato a suscitare particolari sensazioni in associazione con il consumo di beni e servizi non possa delegare la fase finale di contatto materiale con il consumatore a soggetti che non rispettano pienamente gli indirizzi strategici che la medesima azienda si sforza di cogliere. Nuove istanze per il diritto della concorrenza sono state evidenziate nella Relazione del Parlamento del 18 maggio 2021 sulla politica della concorrenza relativa all'anno 2020. Tale diritto deve considerare sia l'interesse generale che giustifica i limiti alla concorrenza, come stabilito nella sentenza *Wouters*¹⁹², sia l'elaborazione di una solida "teoria del danno" che superi gli approcci incentrati sui prezzi e tenga conto di considerazioni più ampie. Inoltre, viene sottolineata l'importanza del principio di proporzionalità, che implica che le limitazioni della concorrenza non possono andare oltre quanto necessario per l'interesse generale.

La giustificazione giurisprudenziale¹⁹³ della distribuzione selettiva si basa sulla necessità di preservare l'aura di lusso o di elevata tecnologia di un prodotto e di valorizzarne la qualità, attraverso l'inserimento di forti limitazioni negli accordi verticali. Tuttavia, la giurisprudenza non accetta in via automatica la distribuzione selettiva, ma sottopone il sistema al vaglio dell'effettiva utilità per il consumatore. La sentenza della Corte di giustizia *AEG-Telefunken*¹⁹⁴ afferma che i sistemi di distribuzione selettiva costituiscono un fattore di

¹⁹² Corte di giustizia del 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, con l'intervento di: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap, in causa C-309/99, in *Raccolta*, 2002, p. I-01577

¹⁹³ Caso *Vichy*, decisione della Commissione del 27.2.1992, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2010, III, 147 e ss.

¹⁹⁴ Corte di giustizia del 25 ottobre 1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG - Telefunken c. Commissione*, in causa n. 107/82, in *Raccolta*, 1983

concorrenza conforme all'art. 85, n. 1 del Trattato. Tuttavia, le limitazioni della concorrenza inerenti a tale sistema sono ammesse soltanto alla condizione che mirino effettivamente a realizzare un miglioramento della concorrenza riguardante aspetti diversi dai prezzi. Altrimenti, le limitazioni sarebbero prive di qualsiasi giustificazione, in quanto il loro solo effetto sarebbe quello di limitare la concorrenza sui prezzi.

L'evoluzione normativa più recente ha visto nell'approvazione del Vertical Block Exemption Regulation il 10 maggio 2022, il tentativo più aggiornato di risolvere e conciliare le istanze dei mercati e dei produttori in ambito comunitario. Il Regolamento, frutto di un esteso periodo di analisi e aggiornamento, rimpiazza e aggiorna la precedente normativa, in scadenza il 31 maggio 2022¹⁹⁵. La crescente importanza delle vendite online e il ruolo sempre più cruciale delle piattaforme digitali hanno notevolmente influenzato le strategie distributive e di determinazione dei prezzi, sia per i produttori che per i distributori¹⁹⁶.

Questo fenomeno ha comportato una maggiore partecipazione dei produttori nelle vendite al dettaglio, attraverso i loro negozi online, e un ricorso sempre più diffuso a contratti tra fornitori e distributori, alimentando la necessità di stabilire norme che consentano agli attori del mercato di operare nel pieno rispetto delle dinamiche concorrenziali, senza però ostacolare lo sviluppo economico.

In questo scenario, il nuovo quadro normativo si prefigge l'obiettivo di offrire alle aziende regole più semplici, al fine di facilitarle nelle valutazioni di conformità al modello normativo europeo in materia di concorrenza e permettere loro di affrontare un contesto imprenditoriale fortemente influenzato dai nuovi modelli di business digitali. Sempre riprendendo quanto affermato in precedenza parlando dell'articolo 101 TFUE il nuovo Regolamento precisa che, all'articolo 2 , il divieto stabilito al primo comma non si applica agli accordi verticali, che si intendono come intese o pratiche concordate tra due o più aziende, operanti ciascuna, per quanto riguarda l'intesa o la pratica concordata, su un diverso livello della catena produttiva o distributiva. Questi accordi riguardano le condizioni secondo le quali le parti coinvolte possono acquistare, vendere o rivendere specifici beni o servizi, e ciò si verifica solo nella misura in cui includono le cosiddette restrizioni verticali. Tali restrizioni consistono nelle limitazioni alla

¹⁹⁵ ASSONIME *Disciplina antitrust degli accordi verticali :nuovo Regolamento di esenzione per categoria (vber) e nuove Linee Guida*, 2022, su https://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/pagine/news-23_05_2022.aspx

¹⁹⁶ ASSONIME *Disciplina antitrust degli accordi verticali :nuovo Regolamento di esenzione per categoria (vber)* citx

concorrenza di cui all'art. 101, comma primo, del TFUE¹⁹⁷. Ai fini della nostra analisi risulta essere molto importante l'articolo 4 del medesimo Regolamento. Detto articolo 4 cerca di identificare le cosiddette restrizioni fondamentali, che annullano il beneficio dell'esenzione per categoria, stabilendo che l'esenzione prevista dall'articolo 2 non si applica agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, riguardano: la limitazione del diritto dell'acquirente di stabilire il proprio prezzo di vendita, con l'eccezione della possibilità di imporre o suggerire un prezzo massimo; nel caso in cui il fornitore adotti un sistema di distribuzione esclusiva, la restrizione riguardante il territorio o i clienti ai quali il distributore esclusivo può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, salvo alcune eccezioni; nel caso in cui il fornitore adotti un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione riguardante il territorio o i clienti ai quali i membri del sistema possono vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, escluse alcune restrizioni, la limitazione delle forniture incrociate tra i membri del sistema di distribuzione selettiva, e la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di distribuzione selettiva che operano a livello di commercio al dettaglio.

Inoltre, nel caso in cui il fornitore non adotti né un sistema di distribuzione esclusiva né un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione riguardante il territorio o il gruppo di clienti ai quali un acquirente può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, ad eccezione di alcune restrizioni; la pratica di ostacolare l'uso efficace di internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni o servizi oggetto del contratto; e infine, la limitazione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che integra tali componenti, del diritto del fornitore di vendere tali componenti come ricambi¹⁹⁸.

Il concetto che possiamo definire “nuovo” che il regolamento istituisce è sicuramente quello di vendite attive e passive, con riferimento proprio alla distribuzione selettiva. Partendo dal

¹⁹⁷ Nel paragrafo 3.1 delle Linee Guida allegate al Regolamento, si precisa che le disposizioni ivi incluse si applicano soltanto agli accordi che rientrano nell'ambito dell'art. 101 del TFUE. In primo luogo, sono esclusi gli accordi che non influenzano significativamente il commercio tra gli Stati membri, ovvero quelli che non superano le seguenti soglie: i) la quota di mercato aggregata attribuibile alle parti coinvolte in qualsiasi mercato rilevante all'interno dell'Unione, interessato dall'accordo, è inferiore al 5%; e ii) il fatturato annuale del fornitore generato dai prodotti oggetto dell'accordo è inferiore a 40 milioni di Euro. Inoltre, sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 101 del TFUE e del Regolamento in esame gli accordi verticali che non sono in grado di influire significativamente sulla concorrenza. Si intendono tali gli accordi stipulati tra imprese non in concorrenza tra loro, in cui la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti coinvolte non superi il 15% in nessuno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo stesso, fatta eccezione per le situazioni indicate nel paragrafo 3.1

¹⁹⁸ CARETTA BOSO A., *Vber: il nuovo Regolamento Ue sugli accordi verticali*, su *Dir. Banc*, 2022, <https://www.dirittobancario.it/art/vber-il-nuovo-regolamento-ue-sugli-accordi-verticali/>

presupposto che i fornitori possano (riservarsi per un massimo di 5 distributori, oltre che per loro stessi, territori specifici o gruppi di clientela, gli stessi possono – poi - richiedere al distributore di "trasmettere" (pass-on) la restrizione anche all'acquirente diretto (sub-distributore) Gli stessi proibire ai distributori (anche se non fanno parte di un sistema di distribuzione selettiva) di vendere prodotti o servizi a rivenditori non autorizzati nelle aree in cui è presente un sistema di distribuzione selettiva. In tale contesto il Regolamento crea due importanti definizioni in tema di vendite parlando di vendite attive e passive con riferimento alle nuove modalità di commercializzazione dei beni on line. Tali definizioni sono di grande importanza, poiché le limitazioni alle vendite passive sono generalmente considerate restrizioni severe (ad eccezione delle situazioni relative ai sistemi di distribuzione selettiva), mentre per le vendite attive è applicabile una normativa più flessibile. Le "vendite attive" includono ora, tra le altre, le vendite effettuate tramite un sito web che offre opzioni linguistiche diverse da quelle comunemente utilizzate nel territorio (ad eccezione dell'inglese, considerato una sorta di lingua universale del commercio). In sintesi, nel contesto della distribuzione selettiva, il marchio crea una rete di distribuzione "chiusa" alla quale permette l'accesso solo ai rivenditori che rispondono a specifici criteri qualitativi e, in alcuni casi, quantitativi. In un sistema di distribuzione esclusiva, al contrario, il marchio si riserva, o riserva ad un suo rivenditore, la distribuzione dei prodotti in un'area geografica specifica (o a un particolare gruppo di clienti)¹⁹⁹.

¹⁹⁹ BORTOLOTTI F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, 2022, p. 147 e ss.

Capitolo terzo

La tutela della distribuzione selettiva nel settore del lusso

3.1 L'importanza rivestita dal marchio di lusso

La distribuzione selettiva, come visto in precedenza, è il sistema mediante il quale un'impresa definisce e seleziona la rete di distribuzione dei suoi prodotti, in particolare dei beni di lusso, al fine di preservare l'immagine e il prestigio del marchio. Ma in che modo il marchio di lusso incide all'interno della distribuzione selettiva? Ad oggi il concetto di lusso non è più semplicemente legato al possesso di un determinato prodotto rispetto ad un altro, ma all'abilità di quel prodotto di essere unico, non omologato.²⁰⁰ L'oggetto che viene acquistato dal consumatore non è più solo uno *status-symbol*²⁰¹ ma diventa una vera e propria espressione di identità, si dematerializza, diventa un simbolo, un segno, una comunicazione.²⁰²

Il lusso diventa tale solo se è capace di condividere una storia, di far vivere al consumatore una esperienza che sia unica ed autentica. Siamo di fronte ad un mercato in cui l'offerta di beni è molto ampia, l'elemento distintivo non può ridursi alla qualità offerta, al servizio o alla superiorità dei prodotti. Il cliente è alla ricerca di qualcosa di unico ed autentico, distintivo, capace di fornire una identificazione chiara. I *luxury good* sono una manifestazione di narcisismo e edonismo. Fino a qualche tempo fa il concetto di edonismo era considerato con una fatispecie negativa, i valori dominanti erano quelli del sacrificio, del dovere, della sopportazione, della rinuncia, ciò che era in grado di arrecare piacere veniva connotato da una "interdizione morale". Pertanto, vi è una tendenza completamente opposta, il piacere, il

²⁰⁰ DALLI D., ROMANI S., "Il comportamento del consumatore. Acquisti e consumi in una prospettiva di marketing", Vol. 30, FrancoAngeli, 2004

²⁰¹ Uno *status symbol* è un oggetto o un comportamento che ha la funzione di delineare in modo visibile la posizione sociale o economica di una persona, come anche di caratterizzarne lo stile. Lo *status symbol* colloca gli individui nel loro ambiente di riferimento e riflette un valore riconoscibile (piccolo o grande, positivo o negativo); svolge una funzione narrativa e dunque la sua utilità si proietta all'esterno. In effetti è un veicolo di appartenenza, accettazione, aspirazione. Non è indispensabile che sia costoso: esiste una ricerca di distinzione sociale per la quale individui con elevata capacità di spesa decidono snobisticamente di acquistare prodotti a basso costo, ma egualmente capaci di differenziare. L'utilità di uno *status symbol* sta nell'aumento di desiderabilità, che esso produce, come un biglietto di ingresso verso il mondo degli "happy few".

²⁰² AIELLO, G., DONVITO, R., "L'evoluzione del concetto di lusso e la gestione strategica della marca. Un'analisi qualitativa delle percezioni sul concetto, sulla marca e su un prodotto di lusso". In 5th International Congress Marketing trends, 2006

consumismo sono socialmente legittimati. Sono sempre più numerose le persone che ricercano una piena soddisfazione dei propri bisogni e desideri.²⁰³

Uno degli aspetti che caratterizza il settore del lusso è proprio l'unicità, l'inaccessibilità. Si tratta spesso di prodotti che hanno un costo elevato, superiore rispetto alla disponibilità economica del consumatore medio, in alcuni casi si tratta di oggetti che restano nell'immaginario collettivo, caratterizzati dall'utilizzo di materie prime pregiate o processi di lavorazione non commerciali e in alcuni casi, sono accompagnati da una limitazione dell'offerta che rende il bene ancora più di prestigio. Più la quantità si riduce e maggiore sarà il prezzo di acquisto di quel prodotto, dando la possibilità al bene di lusso di svolgere appieno la sua funzione economica. Inoltre, essendo beni superflui vengono percepiti come un veicolo di trasmissione della propria personalità, un modo per poter incrementare il proprio benessere personale. Il mercato dei *luxury goods* sembra inoltre non conoscere crisi, nonostante la pandemia da Covid-19 ben il 70% degli investitori dichiara di voler continuare ad investire nel mercato del lusso. Nel breve periodo l'impatto della pandemia avrà ripercussioni soprattutto per i seguenti settori: Hotel, Crociere, Orologi & Gioielleria e Arredamento che saranno i comparti maggiormente colpiti. Mentre, i beni di lusso personali come Abbigliamento & Accessori, Cosmetica & Profumi ed il Lusso Digitale, registrano una riduzione del fatturato più limitata con la previsione di un aumento dei ricavi di ben il 10% entro il 2025²⁰⁴. Analizzando i risultati finanziari del 2019²⁰⁵ si evince come la vendita dei beni di lusso delle prime 100 aziende al mondo sia di ben 281 miliardi di dollari, con una crescita di 15 miliardi rispetto al 2018. Il livello di crescita per i 100 player è stato dell'8,5%, mantenendo dei tassi di cambio costanti. Inoltre, restano alte le performance delle aziende italiane, Moncler è l'azienda con le performance complessive più costanti registrando per tre anni consecutivi una crescita a doppia cifra. Anche l'industria dei beni di lusso dovrà confrontarsi con i cambiamenti derivanti dalla pandemia trasformando la propria industria partendo dal consumatore il quale ad oggi è immerso in un mondo completamente diverso. La diffusione globale del Covid-19 ha trasformato l'isolamento in una obbligatoria e doverosa distanza sociale, conseguentemente il mercato sta cambiando forma dando nuova linfa vitale ad un tipo di economia chiamata "*shut-in economy*"²⁰⁶. A seguito della pandemia cambiano anche le esigenze dei consumatori nel

²⁰³ CHEVALIER M., MAZZALOVO, G., "*Luxury brand management. Una visione completa sull'identità e la gestione del settore lusso*", Franco Angeli, 2008

²⁰⁴ Deloitte Global Powers of Luxury Goods 2020

²⁰⁵ *Ibidem*

²⁰⁶ Il termine viene menzionato per la prima volta da Lauren Smiley in un articolo pubblicato su Medium (www.medium.com), dove si narra, in chiave utopica e provocatoria, di un sistema economico che fa

mondo *luxury*, ben il 57% dei consumatori *True Luxury* si asterrà nel breve periodo dall'effettuare spese significative.²⁰⁷ Ad oggi gli aspetti che spingono il consumatore ad optare per l'acquisto in un negozio fisico sono pochi, tra essi si possono annoverare: l'esperienza che vivono nello *store*, la possibilità di provare i prodotti, l'assistenza di un commesso e la possibilità di avere il prodotto tra le mani in maniera immediata²⁰⁸.

I sistemi di distribuzione selettiva possono consentire ai marchi di imporre un elemento di "controllo di qualità" sulla distribuzione dei loro prodotti senza violare il diritto della concorrenza. In un sistema di distribuzione selettiva, il fornitore (marchio) accetta di nominare determinati distributori (dettaglianti) a condizione che i dettaglianti soddisfino determinati criteri. Un sistema di distribuzione selettiva può quindi consentire al marchio di avere una maggiore influenza sulla commercializzazione dei suoi prodotti²⁰⁹.

La creazione di un sistema di distribuzione selettiva è la tecnica di distribuzione più utilizzata per i beni di lusso come i profumi, i cosmetici, l'abbigliamento e gli accessori. Ciò che rende questo sistema così allettante per i produttori è il fatto che permette di differenziare i prodotti di lusso da quelli non esclusivi, potenzialmente competitivi. Aiuta a gestire l'esclusività e il prestigio, che sono due caratteristiche essenziali dei beni di lusso²¹⁰. Due fattori totalmente opposti influenzano l'attuale sviluppo dell'industria del lusso²¹¹: da un lato, i produttori cercano di mantenere la loro immagine di lusso, e, dall'altro, si sforzano di ampliare la gamma di clienti. Oggi si trovano di fronte al dilemma di stabilire dei criteri molto restrittivi che permettano di limitare il numero di consumatori, oppure, al contrario, tentare di ottenere una certa flessibilità e di ottenere un accesso più ampio ai consumatori, con il rischio di "degradare" l'immagine del marchio. Pertanto, l'evoluzione del diritto della concorrenza dell'UE verso una maggiore

perno su personaggi che lavorano fra le mura domestiche o in palazzi e uffici, isolati, usando ogni possibile "App" esistente per comprare qualsiasi cosa, senza frequentare luoghi affollati, come mercati o piazze.

²⁰⁷ Dato tratto da: *Altagamma* «Consumatore e Retail di Alta Gamma :cosa cambia post Covid-19, giugno 2020.

²⁰⁸ PINE B.J., GILMORE J. H., "L'economia delle esperienze", Etas, Milano, 2000

²⁰⁹ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso .Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²¹⁰ Ibidem

²¹¹ SARDI DE LETTO F., LEVORI L., *La tutela giuridica del marchio .Distribuzione selettiva .esclusiva e libera*, Key Editore, 2023, p. 87 e ss.

flessibilità nell'applicazione dei criteri restrittivi è molto apprezzata dai produttori di beni di lusso²¹².

Il settore del lusso, nella sua concezione moderna, è caratterizzato dalle determinanti di costo, *driver*:

1. il carattere di democratizzazione, per cui sempre più consumatori accedono ai beni di lusso, con un allargamento della base dei potenziali acquirenti. Per contro, per i medesimi motivi si manifesta una volgarizzazione dei prodotti e dei servizi (o dell'esperienza)²¹³;

2. l'aumento del potere di acquisto, che probabilmente è il *driver* più significativo per lo sviluppo della domanda di beni di lusso, in quanto implica maggiore disponibilità sia di denaro che di tempo. Vanno considerate anche alcune tendenze proprie del settore lusso, come il consumo stravagante, secondo cui il potere di acquisto si concentra discrezionalmente su pochi prodotti, invece di distribuirsi su molti;

3. la globalizzazione, che in condizioni particolari può rendere più rapido l'aumento del potere di acquisto oppure favorire il calo dei prezzi o, ancora, dare accessibilità a prodotti di lusso del tutto nuovi (come, ad esempio, le spezie, lo zucchero e la seta nell'Occidente del XVI secolo o i vini francesi nel XX secolo), creando anche un interesse speciale verso esperienze culturali inedite (vedasi la mania per il *Japonisme* nella Francia nel XIX secolo). La globalizzazione, tuttavia, malgrado riesca ad attenuare gli effetti negativi della stratificazione sociale, può anche determinare un livellamento tra le culture;

4. la comunicazione, efficace *driver* di cambiamento grazie allo sviluppo dei media globali, i quali hanno maggiormente diffuso la conoscenza della ricchezza e della diversità culturale del nostro mondo e i tanti stili di vita possibili all'interno della società contemporanea. Davanti a un sempre più ampio campo di possibilità a disposizione, i

²¹² JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso .Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²¹³ "In rapporto a questo *driver* il marketing costruisce un immaginario evocativo, con la messa in scena di un mondo narrativo suggestivo e simbolico". Traduzione personale da WIDED BATAT, *Digital Luxury : Transforming Brands and Consumer Experiences*, 2019. p.11.

consumatori possono quindi scegliere il “paniere” di consumi idoneo a costruire un proprio personale universo che corrisponda più profondamente al proprio sentire²¹⁴.

Un altro noto effetto del lusso, il cosiddetto effetto di “non ritorno”, rappresenta la controparte dell’aumento non lineare della domanda dei beni di lusso. Una volta che le persone hanno sperimentato il lusso, in qualunque parte del mondo, è molto difficile abbandonarlo se si dovesse verificare una diminuzione del loro potere di acquisto con un fenomeno simmetrico a quello dell’aumento del medesimo. Nel caso di beni convenzionali, infatti, gli individui iniziano a ridurre le loro spese (ad esempio, scambiano la loro Chevrolet per una Ford più piccola ed economica), ma quando si tratta di prodotti di lusso, conservano la loro Ferrari anche se significa lasciarla parcheggiata in garage e andare in bicicletta, con il pretesto che è più ecologico e sono disposti a privarsi di quasi tutto, pur di permettersi la manutenzione della loro dimora. Tale effetto riguarda sia l’aspetto personale del lusso che quello pubblico²¹⁵.

Oltre a svolgere funzione sociale, il lusso rappresenta di per sé un accesso al piacere; pertanto, deve avere una componente personale ed edonistica molto forte, dal significato simbolico, pena non essere più un lusso ma semplice snobismo. Ciononostante, è importante notare che nessun marchio di lusso può sperare di far sopravvivere il proprio mercato se punta esclusivamente a clienti interessati solo al simbolo e non alla sostanza. Gli individui attratti solo dai simboli, infatti, non sono costanti e passano dall’uno all’altro o da un logo all’altro.

3.2 La tutela prevista per il marchio di lusso

Pur essendo il lusso parte integrante dell’attuale società dei consumi, ne appare un elemento contraddittorio, in quanto totalmente antitetico in tre aspetti principali: la relazione con l’oggetto, nel senso che il bene di lusso è un oggetto carico di significato (al quale si lega), è durevole e aumenta anche di valore nel tempo²¹⁶. Tale bene è tecnicamente progettato per resistere all’usura, utilizza materiali accuratamente selezionati che il passare degli anni migliora

²¹⁴ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso .Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²¹⁵ KAPFERER J., BASTIEN V., *The Luxury Strategy: Break the Rules of Marketing to Build Luxury Brands*, II edition, 2012, p.16

²¹⁶ SENA G., *Il diritto dei marchi : marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007.

(come la patina di vecchi mobili, la vacchetta naturale dei prodotti di Vuitton, i vitigni vintage, ecc.) ed è di un design che resiste alle mode (come la Ferrari). Queste caratteristiche sono l'esatto contrario di quelle di un oggetto prodotto industrialmente, il quale deve consumarsi e diventare obsoleto per essere sostituito e mantenere in funzione l'apparato di produzione; il rapporto con gli individui, nel senso che la società dei consumi è figlia della Rivoluzione Industriale e della meccanizzazione, che hanno comportato la sostituzione delle persone con le macchine²¹⁷. Al contrario, il lusso è principalmente di natura sociale e quasi ogni prodotto porta l'impronta di una persona, essendo fatto a mano e venduto da un individuo ad un altro; il rapporto con il desiderio, aspetto di difficile gestione per la totale soggettività e la mancanza di razionalità in quanto: il prodotto di lusso corrisponde a un desiderio profondo, personale e spontaneo, mentre quello di consumo è un oggetto del desiderio creato, o almeno manipolato, dalla pubblicità; la scelta di un prodotto di lusso è frutto di una decisione personale; il desiderio di lusso si basa sull'edonismo e sull'estetica; il lusso è sogno, non invidia; il lusso riguarda l'essere, per sé e per gli altri, non l'avere; il tempo giusto per il lusso è dato dai momenti di festa, dalle occasioni in cui fare regali. Questa breve disamina di alcuni aspetti del consumo di beni di lusso rende l'idea della grande complessità dei comportamenti di acquisto che riguardano tali prodotti, di cui le strategie di distribuzione devono tenere conto e che influenza anche le relative supply chain²¹⁸.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, la distribuzione selettiva non costituisce una misura anticoncorrenziale ai sensi del diritto della concorrenza. Si tratta infatti di un metodo distributivo che preserva e anzi aumenta le qualità intrinseche del prodotto, affinando così la soddisfazione delle esigenze del consumatore²¹⁹.

Inoltre, in un caso del 30 agosto 2019, la Corte d'appello di Parigi ha riconosciuto la legalità della rete di distribuzione istituita dalla società Coty per la distribuzione dei profumi a marchio Calvin Klein in particolare. La selezione dei distributori avviene quindi secondo criteri predeterminati dal fornitore. Tuttavia, affinché questo canale di distribuzione selettiva sia considerato legittimo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha specificato nella sua sentenza

²¹⁷ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso .Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²¹⁸ SARDI DE LETTO F., LEVORI L., *La tutela giuridica del marchio .Distribuzione selettiva esclusiva e libera*, Key Editore, 2023, p. 101 e ss.

²¹⁹ Ibidem

Metro che la selezione deve: essere giustificata dalla natura stessa del prodotto o servizio, essere basata su criteri oggettivi, di natura qualitativa, fissati uniformemente per tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio, e essere proporzionale alla conservazione della natura del prodotto²²⁰.

D'altra parte, il fornitore deve garantire la tenuta della rete di distribuzione di prodotti e servizi al fine di mantenere la sua natura e l'immagine del marchio. Questa rigidità è in pratica spesso al centro di molte controversie relative alla rivendita di prodotti all'interno e all'esterno della rete tra fornitori e distributori autorizzati e persino distributori non autorizzati²²¹. Un distributore non autorizzato che vende i prodotti o i servizi per i quali è stata istituita una rete di distribuzione selettiva può essere ritenuto responsabile per illecito civile per i seguenti motivi: complicità di terzi nella violazione degli obblighi del distributore autorizzato; concorrenza sleale. La colpa può essere dimostrata se il rivenditore terzo ha ottenuto illegalmente forniture da altri membri della rete, oppure, se il rivenditore danneggia il marchio o l'immagine del marchio della rete.

Quali ragioni potrebbero portare i marchi del lusso a non essere più vigili sulla loro distribuzione selettiva? In primo luogo, la difficoltà di convincere i loro partner locali, o i licenziatari, ad implementarlo. Chanel, ad esempio, ha una sola licenza al mondo, per i suoi occhiali: quella di Luxottica, leader mondiale nella produzione e distribuzione di montature per occhiali. Questo porta il marchio ad essere presente in catene di distribuzione molto tradizionali come Atol. L'altro motivo è che i partner locali si rifiutano di pagare i costi derivanti dalla distribuzione specifica del marchio, ad esempio attraverso una vendita dedicata forzata. Il terzo motivo di una perdita di coerenza nella distribuzione selettiva è la difficoltà di far accettare a una catena di distribuzione che il marchio effettui una selezione all'interno dei propri punti vendita²²².

Per evitare questi allentamenti che minacciano i marchi del lusso non appena si espandono in più paesi, più canali, attraverso più prodotti in licenza, devono essere prese due precauzioni: è necessario "vendere" la distribuzione selettiva ai propri partner dimostrando il proprio interesse strategico condiviso, ma anche offrire una formazione approfondita, ripetutamente, per

²²⁰ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso .Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²²¹ Ibidem

²²² SENA G., *Il diritto dei marchi : marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007.

insegnare ai team locali in modo molto concreto quali sono i criteri per selezionare i rivenditori, sia online che offline. Se la distribuzione selettiva è consustanziale con i marchi di lusso e di fascia alta, richiede una vigilanza permanente²²³. Da un punto di vista economico, le case di lusso si trovano attualmente di fronte a un paradosso che consiste, da un lato, nel mantenere e persino rafforzare la loro immagine di lusso e, dall'altro, nell'aumentare l'accesso ai loro prodotti per una clientela in costante crescita²²⁴.

Pertanto, le aziende del lusso devono adattare i loro metodi di distribuzione tradizionali a questi nuovi vincoli economici. Infatti, l'introduzione di criteri molto restrittivi consente di limitare il numero di rivenditori, mentre una certa flessibilità nell'applicazione di questi stessi criteri consente un accesso più ampio ai consumatori, con il rischio tuttavia di peggiorare le condizioni di commercializzazione²²⁵. Questo è il motivo per cui alcuni marchi del lusso che in passato si affidavano alla distribuzione interna dei loro prodotti, attraverso una rete di punti vendita strategici, ora hanno rivenditori per lo più selettivi. Di conseguenza, c'è una moltiplicazione di marchi per una vera distribuzione selettiva, come Sephora o Marionnaud. Oggi, la maggior parte delle case di lusso vende alcuni prodotti particolarmente prestigiosi, esclusivamente nei propri negozi e reti, mentre, allo stesso tempo, danno a determinati prodotti un accesso più ampio, soprattutto attraverso "corner" e "shop-in-shop" in spazi frequentati dal grande pubblico. È certo che la distribuzione selettiva è il sistema di distribuzione più adatto per i prodotti di lusso e quello a cui le case di lusso sono più legate.

Pertanto, l'evoluzione del diritto della concorrenza verso una maggiore flessibilità – in particolare per quanto riguarda la definizione e l'applicazione di questi criteri per la selezione dei rivenditori – è molto apprezzata dai marchi del lusso. L'articolo 5 del Codice di Proprietà Industriale introduce il principio di esaurimento del marchio con lo scopo di garantire una libera circolazione delle merci all'interno del territorio europeo. L'intento è quello di promuovere la concorrenza e prevenire delle situazioni in cui il titolare del marchio possa abusare della propria posizione dominante o limitare in modo ingiustificato l'ulteriore commercializzazione dei prodotti recanti il marchio stesso. Pertanto, si tratta di un principio che cerca di porre un equilibrio tra quelli che sono gli interessi del titolare del marchio, che ha il diritto di tutelare la

²²³ SARDI DE LETTO F., LEVORI L., *La tutela giuridica del marchio. Distribuzione selettiva esclusiva e libera*, Key Editore, 2023, p. 45 e ss.

²²⁴ Ibidem

²²⁵ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso. Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

propria immagine e la propria reputazione, con gli interessi dei consumatori e dei rivenditori, che devono avere la possibilità di accedere ai prodotti del marchio in maniera libera e commercializzarli senza restrizioni. Si tratta però di un principio che al comma 2 presenta un'eccezione in determinate circostanze, ovvero quanto ci sono “motivi legittimi” e la presenza di una rete di distribuzione selettiva è uno di questi motivi legittimi²²⁶. La pronuncia della Cass. civ., Sez. I, Ord., 14/03/2023, n. 7378 sottolinea da una parte il ruolo determinante dei criteri di selezione stabiliti dal titolare del marchio al fine di garantire l'esclusività e il prestigio del marchio stesso; d'altra parte, evidenzia l'importanza di prestare attenzione nella dimostrazione dell'effettiva applicazione di tali criteri nella scelta dei distributori autorizzati da parte delle imprese. Il monopolio conferito al titolare di un marchio non può essere in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci previsto all'interno della Comunità europea. Per questo motivo tale monopolio cessa per ogni prodotto contrassegnato dal marchio, dopo la sua prima immissione in circolazione.

3.3 La rilevanza delle novità introdotte dal recente VBER per il settore del lusso

Il 10 maggio, la Commissione europea (CE) ha adottato il nuovo regolamento di esenzione per categoria verticale 2022/720 (“VBER”), entrato in vigore il 1° giugno. Dopo la pubblicazione della versione inglese delle Linee guida insieme alla nuova VBER, le linee guida sono state formalmente adottate in tutte le lingue ufficiali il 28 giugno 2022. Nell'ambito di tale sistema, i fornitori si impegnano a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specifici, i quali a loro volta si impegnano a non vendere tali beni o servizi a distributori non autorizzati all'interno del territorio riservato alla distribuzione selettiva. I criteri di selezione possono essere: quantitativo: limitare direttamente il numero di distributori autorizzati; o qualitativo: selezione dei distributori autorizzati sulla base di criteri qualitativi oggettivi. I sistemi di distribuzione selettiva puramente qualitativi non sono considerati restrittivi della concorrenza purché soddisfino i criteri stabiliti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (“CGUE”) nella sentenza Metro. In quanto tale, questo tipo di sistemi di distribuzione selettiva non richiede alcuna esenzione individuale e non è tenuto a beneficiare dell'esenzione prevista dal nuovo

²²⁶ Sentenza Cass. civ., Sez. I, Ord. Data ud. 16/02/2023, n. 7378

VBER. In sostanza, ciò dipende dall'adempimento di tre condizioni: la natura dei beni o dei servizi deve richiedere un sistema di distribuzione selettiva (è il caso, ad esempio, dei prodotti di alta qualità, di alta tecnologia o di lusso); i distributori devono essere scelti sulla base di criteri qualitativi oggettivi applicati in modo uniforme e non discriminatorio; e questi criteri non devono andare al di là di quanto necessario²²⁷.

D'altro canto, anche se tali condizioni non sono soddisfatte, gli accordi di distribuzione selettiva possono beneficiare dell'esenzione prevista dal nuovo VBER se le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente non superano il 30% e l'accordo non contiene alcuna restrizione fondamentale. Oltre ai consueti esempi di criteri qualitativi selettivi di distribuzione relativi alla gamma di prodotti, alla formazione del personale o ai servizi del punto vendita, le nuove Linee Guida riconoscono la possibilità di subordinare l'accesso alla rete di distribuzione al raggiungimento di obiettivi di sostenibilità (come il cambiamento climatico, la protezione dell'ambiente o l'uso delle risorse naturali)²²⁸. È importante notare che il nuovo VBER non ha modificato in modo significativo le norme applicabili alla distribuzione selettiva. Le principali restrizioni già previste dal regolamento (UE) n. 330/2010 continueranno a beneficiare del regolamento di esenzione per categoria. A questo proposito, i fornitori hanno diritto a: limitare le vendite attive o passive da parte di distributori autorizzati a distributori non autorizzati; limitare il luogo di stabilimento dei membri del sistema di distribuzione selettiva; limitare le vendite attive o passive agli utilizzatori finali da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva operanti a livello di commercio all'ingrosso; e limitare la capacità dei distributori di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione di un prodotto, a clienti che li utilizzerebbero per fabbricare lo stesso tipo di beni prodotti dal fornitore²²⁹.

Le linee guida consentono inoltre ai fornitori di richiedere ai distributori di avere uno o più negozi fisici o showroom come condizione per diventare membri del loro sistema di distribuzione selettiva. Mentre i principi di base della distribuzione selettiva non sono cambiati, il nuovo VBER ha introdotto le seguenti nuove funzionalità: come nel caso dei sistemi di distribuzione esclusiva, il nuovo VBER consente ai fornitori di limitare le vendite attive o

²²⁷ SENA G., *Il diritto dei marchi: marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007.

²²⁸ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso. Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY-Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²²⁹ SARDI DE LETTO F., LEVORI L., *La tutela giuridica del marchio. Distribuzione selettiva esclusiva e libera*, Key Editore, 2023, p. 63 e ss.

passive effettuate dagli acquirenti diretti dei distributori autorizzati a distributori non autorizzati, cosa espressamente vietata dal regolamento 330/2010.

La combinazione di più sistemi di distribuzione: se i fornitori combinano più sistemi di distribuzione (selettivi/esclusivi) in territori diversi, possono i) limitare le vendite attive e passive a distributori non autorizzati nei territori coperti dal sistema di distribuzione selettiva e ii) limitare le vendite attive da parte di distributori autorizzati in un territorio o a un gruppo di clienti riservato al fornitore o assegnato dal fornitore esclusivamente a un massimo di cinque esclusivi distributori (per maggiori informazioni vedi il nostro post sui principali sviluppi sulla distribuzione esclusiva). Requisiti che limitano le vendite online: i fornitori possono imporre requisiti di qualità per le vendite online diversi da quelli imposti ai negozi fisici. I fornitori possono anche richiedere ai distributori di effettuare un minimo (assoluto) di vendite nei negozi fisici²³⁰. Tale obbligo può applicarsi in modo uguale a tutti i distributori, o in modo diverso, sulla base di criteri oggettivi (come le dimensioni del distributore nella rete). In ogni caso, l'obbligo minimo di vendita non può mai essere una percentuale delle vendite totali del distributore. Restrizioni alle vendite sui marketplace: in linea con la giurisprudenza della CGUE (causa Coty), i nuovi orientamenti prevedono espressamente la possibilità di vietare ai distributori di vendere prodotti sui mercati, purché siano autorizzati a utilizzare altri canali online e persino canali pubblicitari dei motori di ricerca. Monitoraggio dei prezzi: i nuovi orientamenti consentono il monitoraggio dei prezzi, una pratica sempre più utilizzata nel commercio elettronico, escludendo le misure volte a fissare i prezzi di rivendita. Ampliamento del concetto di vendita attiva: oltre ai mezzi previsti dalle Linee Guida 2010 (lettere, visite, e-mail e chiamate), il Nuovo Regolamento elenca diversi esempi di vendita attiva relativi alla pubblicità mirata e alla promozione online²³¹. Doppia indicazione dei prezzi: è ora possibile fissare un prezzo per le vendite dei prodotti o servizi online diverso dai prezzi per le vendite offline, a condizione che la differenza non sia destinata a impedire efficacemente le vendite online. Come chiariscono le nuove linee guida, la doppia indicazione dei prezzi sarà accettabile quando è ragionevolmente correlata alle differenze negli investimenti e ai costi sostenuti dall'acquirente per effettuare vendite in ciascun canale. L'onere della prova spetta alla società che intende applicare prezzi diversi²³². Scambio di informazioni nel contesto della doppia

²³⁰ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso .Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

²³¹ Ibidem

²³² *Concorrenza e Regolamenti*, Disponibile su: [Antitrust - Entra in vigore il nuovo Regolamento UE sugli accordi verticali \(gop.it\)](https://www.gop.it/Antitrust_-_Entra_in_vigore_il_nuovo_Regolamento_UE_sugli_accordi_verticali)

distribuzione: lo scambio di informazioni tra fornitori e distributori nell'ambito di sistemi di distribuzione selettiva, a condizione che i fornitori operino anche nello stesso mercato rilevante (e quindi siano in concorrenza con la sua rete di distribuzione) beneficino dell'esenzione prevista dalla nuova VBER a condizione che le informazioni siano direttamente connesse all'attuazione dell'accordo verticale o necessarie per migliorare la produzione o la distribuzione di i beni o i servizi oggetto del contratto²³³. Le linee guida forniscono esempi di informazioni conformi a questi criteri. Se le condizioni del nuovo VBER non sono soddisfatte, occorre valutare i) l'impatto che le restrizioni hanno sui consumatori e ii) i possibili incrementi di efficienza generati dalle restrizioni. Di fronte alle grandi sfide e agli sviluppi nel settore retail come la pandemia di Covid-19 e una maggiore importanza del canale di vendita online, i marchi di moda e lusso mirano naturalmente a rendere più efficiente il loro sistema di distribuzione e a rafforzare il loro marchio stipulando una serie di accordi verticali con i loro distributori e rivenditori. Tali accordi verticali possono esporli al controllo della Commissione europea (di seguito, "Commissione") e delle autorità nazionali garanti della concorrenza. La valutazione della conformità di tali accordi alle norme del diritto della concorrenza è quindi diventata sempre più importante per i marchi del lusso. Nel nuovo VBER, la Commissione ha aggiunto una nuova categoria di restrizioni fondamentali definite per quanto riguarda le restrizioni alle vendite online. La prevenzione dell'uso efficace di Internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni oggetto del contratto è considerata una restrizione fondamentale. Un'esenzione ammissibile a questa restrizione fondamentale sono altre restrizioni delle vendite online o restrizioni della pubblicità online che non impediscono l'uso di un intero canale pubblicitario online. In breve, ai rivenditori non deve essere vietato l'utilizzo di Internet come canale di vendita o pubblicitario. Ma non tutte le restrizioni equivalgono a un divieto e quindi a una restrizione hardcore. Probabilmente, la restrizione fondamentale definita dal nuovo VBER lascia spazio all'interpretazione dato l'uso del termine "effettivo" e crea quindi incertezza giuridica. Sarà decisivo il modo in cui le autorità e i tribunali interpreteranno in pratica l'uso efficace di Internet²³⁴.

²³³ Ibidem

²³⁴ Ibidem

3.4 Aurea di lusso quale motivo legittimo di esclusione dall'esaurimento del marchio nella distribuzione selettiva

L'esaurimento del marchio come forma di restrizione dei diritti soggettivi di proprietà intellettuale costituisce un compromesso politico-giuridico, in quanto consente la libera circolazione dei beni all'estero. Il termine "esaurimento" del marchio è piuttosto impreciso e significherebbe esaurimento (consumazione) del diritto soggettivo nel suo complesso, il che non è vero. Si tratta dell'esaurimento dei singoli poteri esclusivi in relazione a un particolare prodotto, e non al diritto soggettivo nel suo complesso. Sarebbe più preciso dire che si tratta dell'esaurimento dei poteri del diritto soggettivo, non di esaurimento dei diritti²³⁵.

L'esaurimento o la consumazione dei diritti si verifica quando un titolare di marchio o un'altra persona, sulla base della sua autorizzazione, o il suo successore, immette sul mercato un prodotto contrassegnato da un marchio, e un terzo acquisisce la proprietà di quel prodotto attraverso un negozio giuridico e può liberamente immettere quel prodotto sul mercato²³⁶. Il requisito fondamentale per l'esaurimento del diritto è l'immissione sul mercato del prodotto contrassegnato dal marchio per volontà del titolare o del suo successore legale. L'altra persona può farlo con l'autorizzazione del titolare, e non certo senza di essa, perché in tal caso si verificherebbe una violazione del marchio e non l'esaurimento dei diritti²³⁷. Mentre i diritti esclusivi di utilizzo di un marchio autorizzano il titolare a impedire a terzi l'uso di marchi identici o simili in relazione a prodotti identici o simili senza il suo consenso, questi diritti sono qualificati dal principio dell'"esaurimento", noto anche come "regola della prima vendita"²³⁸.

Secondo questo principio, dunque, il diritto di un produttore di controllare la distribuzione dei propri prodotti contrassegnati dal marchio non si estende oltre la prima vendita del prodotto e

²³⁵ JACOBACCI F., *Importazioni parallele ed esaurimento del diritto di marchio: la giurisprudenza della Corte di giustizia tra Silhouette e Davidoff*, in *Giur. piem.*, 2000, 381.

²³⁶ MARENCO V., VENTURELLO M., *L'esaurimento del diritto di marchio e le importazioni parallele: profili giurisprudenziali comunitari*, in *Contr. e impr.-Europa*, 2010, 967.

²³⁷ PERUGINI M. R., *Esaurimento comunitario e territorialità del diritto di marchio: l'epilogo annunciato della "dottrina Hag"*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, II, 190

²³⁸ RASMUSSEN J., *The Principle of Exhaustion of Trade Mark Rights Pursuant to Directive 89/104 and Regulation 40/94*, in *EIPR*, 1995, 174.

la vendita da parte del primo acquirente dell'articolo originale con il marchio del produttore non costituisce né una violazione del marchio né concorrenza sleale²³⁹.

Questi limiti ai diritti esclusivi sui marchi si fondano sull'interesse del libero commercio e della libera circolazione delle merci. Tali limiti sono giustificati dal concetto che i marchi non devono essere utilizzati come strumenti di distribuzione, di politica di marketing o di divisione del mercato, in modo da contrastare la loro funzione di indicatori distintivi di origine. Da un punto di vista giuridico, la definizione di un regime di esaurimento dipende dal riconoscimento di questo principio da parte delle legislazioni nazionali in materia di marchi e dalla determinazione dell'area geografica in cui tale principio deve essere applicato. Tradizionalmente, le pratiche nazionali sono state caratterizzate da due approcci distinti: "esaurimento nazionale" e "esaurimento internazionale".

In base all'esaurimento nazionale, una volta che i prodotti coperti da marchio sono immessi sul mercato dal titolare, o con il suo consenso, i diritti del titolare sono considerati esauriti solo nel territorio nazionale. Il titolare sarà comunque legittimato di opporsi all'importazione di prodotti autentici recanti il suo marchio che sono stati immessi sul mercato al di fuori del territorio nazionale. Al contrario, in base all'esaurimento internazionale, se il titolare di un marchio, o qualcuno con il suo consenso, immette in commercio i prodotti contrassegnati dal marchio in una qualsiasi giurisdizione nazionale in cui il titolare del marchio gode di protezione, i diritti del titolare si esauriscono in altre giurisdizioni nazionali in cui il titolare gode di diritti analoghi²⁴⁰.

Non vi è dubbio che la dottrina dell'esaurimento del diritto di marchio riveste una grave importanza economica. Esso consente ai consumatori di beneficiare dei vantaggi del libero scambio su prodotti già immessi sul mercato con il consenso del titolare del marchio e promuove la concorrenza nei mercati delle garanzie per rapporti specifici con tali prodotti, compresi i servizi di riparazione e manutenzione²⁴¹. Come contrappeso, il diritto dei marchi riconosce alcune eccezioni all'esaurimento del marchio al fine di tutelare gli interessi legittimi dei titolari dei marchi. Comprensibilmente, l'accento è stato posto sull'aspetto della dottrina

²³⁹ RUBINI L., *Le stranezze della giurisprudenza della Corte di giustizia tra importazioni parallele da Paesi terzi, esaurimento del marchio e norme sulla concorrenza* (i casi Silhouette, Sebago e Javico), in *Il dir. com. e degli scambi internaz.*, 2000, 67.

²⁴⁰ SENA G., *Il diritto dei marchi: marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007.

²⁴¹ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso. Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](https://www.dejalex.com/SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf)

che impedisce al titolare del marchio di falsare la commercializzazione a valle dei prodotti che ha già messo in circolazione in virtù del suo diritto esclusivo. Gli studiosi hanno esaminato meticolosamente la dimensione economica della dottrina e i tribunali europei sono stati vigili nel respingere interpretazioni della legge che minerebbero l'autorità del titolare del marchio di immettere per la prima volta sul mercato i prodotti recanti il suo marchio o di aggirare il principio dell'esaurimento regionale²⁴². D'altro canto, l'unica eccezione all'esaurimento dei diritti conferiti da un marchio che è esplicitamente menzionata nel testo di tutti gli strumenti di diritto europeo dei marchi finora emessi riguarda il problema senza età dei prodotti adulterati. Naturalmente, né l'articolo 15, paragrafo 2, della direttiva sui marchi né la sua controparte nell'RMUE contengono un elenco esaustivo di motivi in base ai quali il titolare del marchio potrebbe far valere i suoi diritti di opporsi all'ulteriore commercializzazione di prodotti contrassegnati da marchio. Conformemente ai più ampi obiettivi politici del diritto dei marchi, la Corte di giustizia europea (CGE) ha effettivamente riconosciuto eccezioni economicamente significative alla regola dell'esaurimento al fine di proteggere il valore pubblicitario incapsulato in un marchio, in particolare quando è presente su prodotti caratterizzati da un'aura di lusso ed esclusività. Rispetto alle giustificazioni politiche alla base dell'esaurimento del diritto di marchio come concetto giuridico, le eccezioni a tale dottrina rimangono in qualche modo sottoteorizzate.

Per quanto riguarda i beni di lusso, nel caso “produttore giapponese di cosmetici”, il tribunale regionale superiore di Düsseldorf ha dovuto decidere in una procedura provvisoria di ingiunzione se i diritti di marchio per i beni di lusso fossero esauriti se fossero offerti indiscriminatamente in un supermercato accanto a prodotti di uso quotidiano e di massa. La sentenza dell'OLG Düsseldorf è riprodotta, ad esempio, nel GRUR-RR 2018, pagg. 335 e segg. Il ricorrente nel procedimento era la controllata tedesca di un gruppo giapponese ed era autorizzato a far valere i diritti di marchio della società madre. Il convenuto nel procedimento fa parte di una catena di diverse centinaia di supermercati in Germania che vendono non solo generi alimentari, ma anche articoli per la casa, elettrodomestici, tessili, calzature e cosmetici. In particolare, la convenuta offriva anche prodotti di lusso recanti i marchi del produttore giapponese di cosmetici. Era pacifico tra le parti che tali prodotti offerti dalla convenuta erano stati immessi sul mercato dell'Unione o dello Spazio economico europeo con il consenso della ricorrente. Se le merci sono state immesse sul mercato nell'Unione Europea o nello Spazio Economico Europeo con il consenso del titolare del marchio, i diritti di marchio relativi a tali

²⁴² Ibidem

prodotti sono generalmente esauriti. In questi casi, il titolare del marchio non può più far valere i suoi diritti su questi beni. Tuttavia, tale esaurimento dei diritti di marchio non si verifica se “motivi legittimi” giustificano che il proprietario si opponga all’ulteriore commercializzazione dei prodotti, in particolare se lo stato dei prodotti è cambiato o si è deteriorato dopo la loro immissione in commercio. Nel caso di specie non vi è stata alcuna successiva alterazione o deterioramento delle merci. La dicitura in particolare chiarisce che possono sussistere anche altri “motivi legittimi” che possono giustificare un’eccezione al principio dell’esaurimento dei diritti. La Corte di giustizia ritiene possibile l’esistenza di un motivo legittimo anche se l’uso del marchio è suscettibile di ledere la sua reputazione²⁴³.

Nel caso di prodotti di lusso e di prestigio, il rivenditore non può agire slealmente in contrasto con l’interesse legittimo del titolare del marchio. Egli deve quindi vigilare affinché la sua pubblicità non pregiudichi la notorietà del marchio, danneggiando il lusso e il prestigio dei prodotti di cui trattasi nonché l’aspetto lussuoso che ne deriva. Nel caso deciso, il Tribunale regionale superiore di Düsseldorf ha stabilito quanto segue:

“Gli articoli cosmetici del richiedente si trovano indiscriminatamente accanto a prodotti di uso quotidiano e di massa e sono anche offerti come questi. Una presentazione in qualche modo elevata del prodotto non ha luogo. La possibilità del finanziamento lo fa apparire alla portata di tutti. I prodotti si collocano così allo stesso livello degli altri articoli offerti e si trovano equamente dritti anche in una molteplicità di prodotti delle più diverse categorie. Il valore di prestigio dei prodotti è quindi messo in dubbio considerevolmente, in quanto tale forma di distribuzione nega in definitiva la pretesa della ricorrente di assicurarsi l’esclusività e l’aspetto lussuoso dei suoi prodotti di marca e i requisiti di qualità che stabilisce per la distribuzione”.

Secondo il Tribunale superiore del Land di Düsseldorf, una siffatta presentazione era quindi idonea a nuocere alla notorietà del marchio in questione per i prodotti di lusso. Per questo motivo, i diritti di marchio della ricorrente non sono stati esauriti, cosicché è stato necessario emettere l’ingiunzione provvisoria richiesta.

Diversi principi giuridici operano cumulativamente per tirare le fila nell’interpretazione del diritto, in modo che eventuali deroghe alla regola dell’esaurimento del marchio rimangano limitate a un campo di applicazione ristretto. A livello europeo, l’assenza di barriere commerciali nel mercato interno è un principio fondamentale del diritto primario dell’UE che è saldamente ancorato nelle disposizioni che stabiliscono la libera circolazione delle merci e un

²⁴³ v. CGCE, GRUR Int. 1998, pag. 140 marginale 43 – Dior/Evora; v. anche Ströble/Hacker/Thiering, MarkenG, 12a ed., § 24 marginale 164

sistema di concorrenza non falsata. Principi di base analoghi relativi alla libertà degli scambi e della concorrenza si ritrovano nelle tradizioni di diritto privato delle giurisdizioni nazionali. L'esaurimento del marchio è stato percepito come operante in modo analogo alla funzione delle norme di diritto civile sull'acquisizione in buona fede, ad esempio²⁴⁴.

²⁴⁴ JACCHIA R. A., CAPRUZZI S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso . Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, 12/12/2017. Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](#)

Conclusioni

Gli accordi verticali, grazie alla complementarità delle attività svolte dalle parti contraenti in diversi livelli della catena del valore, possono generare effetti positivi per le imprese aderenti e i consumatori. Questi accordi favoriscono l'ottimizzazione dei processi di produzione, commercializzazione e dei servizi offerti. Alcuni effetti positivi includono la difesa dal parassitismo tra concorrenti e acquirenti, la protezione dei distributori che sostengono investimenti per l'apertura di nuovi mercati, il successo nel lancio di nuovi prodotti e la mitigazione del rischio di rinuncia all'investimento tramite clausole di non concorrenza o quantitativi minimi di acquisto. I medesimi accordi verticali possono anche avere effetti negativi sulla concorrenza e sui consumatori. Questi includono la preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri fornitori o acquirenti, l'indebolimento della concorrenza intra e inter-brand, e la creazione di ostacoli all'integrazione dei mercati, come il geoblocking. Questi effetti possono portare ad aumenti dei costi per i consumatori, riduzione della qualità e dell'innovazione, nonché limitazione delle opzioni di beni e servizi disponibili. Allontanandoci dal dato normativo e dall'analisi condotta all'interno del presente lavoro occorre puntualizzare che risulta essere nota, come pratica comune, quella che vede i produttori non gestiscano direttamente la commercializzazione dei loro prodotti, ma si avvalgano di intermediari, rivenditori al dettaglio e grossisti. Questo processo produttivo, a sua volta, coinvolge diverse fasi svolte da attori economici diversi, come l'approvvigionamento delle materie prime, la lavorazione e la produzione finale. In questo contesto, si sviluppa una "catena del valore" in cui ogni attore economico svolge un ruolo specifico nella realizzazione del prodotto finale per i consumatori.

Le imprese stipulano accordi verticali al fine di beneficiare di questa catena del valore, cercando di garantire una migliore coordinazione, stabilità delle forniture, costi ridotti e una fornitura stabile dei beni nel lungo termine. Pertanto, gli accordi verticali non implicano necessariamente un interesse comune nell'attuare pratiche anti-competitive, ma possono diventare anticoncorrenziali se limitano l'autonomia di una delle parti, dando origine a restrizioni verticali.

Gli accordi verticali contribuiscono a contrastare il fenomeno del parassitismo, noto anche come free riding, che si verifica quando alcune imprese traggono vantaggi dagli sforzi compiuti da altre parti coinvolte nell'accordo. Questo fenomeno può manifestarsi sia tra concorrenti che tra acquirenti. Tale tipologia di riflessione risulta essere chiaramente molto significativa se

paracadutata all'interno del concetto di lusso e delle regole che caratterizzano tale mercato. Il concetto di lusso rappresenta una contraddizione all'interno della società dei consumi, poiché si differenzia in tre aspetti fondamentali: la relazione con l'oggetto, in quanto i beni di lusso sono carichi di significato, duraturi nel tempo e possono aumentare di valore; il rapporto con gli individui, poiché il lusso è legato all'artigianalità e alla relazione personale tra acquirente e venditore, a differenza della produzione industriale impersonale; il rapporto con il desiderio, che è soggettivo e non razionale, con il lusso che rappresenta un desiderio personale ed edonistico, basato sull'estetica e sulle emozioni. Queste caratteristiche contraddistinguono il lusso dagli oggetti di consumo di massa. La distribuzione selettiva, che preserva e migliora le qualità intrinseche del prodotto, non è considerata anticoncorrenziale, ma piuttosto un modo per soddisfare le esigenze dei consumatori.

Il nuovo regolamento di esenzione per categoria verticale (VBER) adottato dalla Commissione europea ha introdotto importanti cambiamenti nel settore del lusso. Nel contesto di questo sistema, i fornitori si impegnano a vendere i loro beni o servizi solo a distributori selezionati secondo criteri specifici, che a loro volta si impegnano a non vendere tali prodotti a distributori non autorizzati. I sistemi di distribuzione selettiva basati su criteri qualitativi oggettivi non sono considerati restrittivi della concorrenza, a condizione che rispettino le condizioni stabilite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Tuttavia, anche se queste condizioni non sono soddisfatte, gli accordi di distribuzione selettiva possono ancora beneficiare dell'esenzione prevista dal VBER se le quote di mercato dei partecipanti non superano il 30% e non contengono restrizioni fondamentali. Inoltre, le nuove Linee guida riconoscono la possibilità di subordinare l'accesso alla rete di distribuzione al raggiungimento di obiettivi di sostenibilità. Queste novità offrono maggiore flessibilità e adattabilità per i marchi del lusso nell'affrontare le sfide della distribuzione nel contesto attuale.

Bibliografia

- Aiello G., Donvito R., *L'evoluzione del concetto di lusso e la gestione strategica della marca. Un'analisi qualitativa delle percezioni sul concetto, sulla marca e su un prodotto di lusso*, 5th International Congress Marketing trends, 2006
- Altgamma, *Consumatore e Retail di Alta Gamma: cosa cambia post Covid-19*, Giugno 2020
- Baldi R., Venezia A., *Il contratto di agenzia*, Giuffrè, Milano 2023
- Beretta M., D'Ostuni M., *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, Torino 2021
- Blandini A., *Diritto dell'innovazione*, CEDAM, Padova 2022
- Boldrin M., Levine D. K. (2013). *The case against patents*. Journal of Economic Perspectives, 27(1), 3-22
- Bortolotti F., *Contratti di distribuzione*, Utet giuridica, Ipsoa, Milano, 2022.
- Buhr C.C., *Quantitative Selective Distribution Systems under EU Competition Law*, International Review of Law and Economics, 2014, II, 215
- Camardi C., *I contratti di distribuzione come contratti di rete*, in Le reti di imprese e i contratti di rete, a cura di P. Iamiceli, Giappichelli, Torino, 2009,
- Chevalier M., Mazzalovo G., *“Luxury brand management. Una visione completa sull'identità e la gestione del settore lusso”*, Franco Angeli, 2008
- Clarizia R., Marchetti F., *I contratti di distribuzione*, Giuffrè, Milano, 2020
- Combe J., Holzer s., *Quantitative Selective Distribution Systems: How to Assess their Compatibility with Article 101 TFEU*, European Competition Law Review 2016, IV, p. 95 e ss.
- Commissione europea, *Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria del 1997*, Bruxelles, 1998
- Fiammano F., Catrical A. et Al., *Diritto antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021
- Gianni & Origoni, *Concorrenza e Regolamenti*, 2022. Disponibile su: [Antitrust - Entra in vigore il nuovo Regolamento UE sugli accordi verticali \(gop.it\)](#)
- Conti A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021
- Czarnitzki D., Toole A., *Vertical Restraints in the Auto Industry: Quantitative Aspects and Market Effects*, The Journal of Industrial Economics 2006, p. 1236 e ss.
- Dalli, D., Romani, S., *Il comportamento del consumatore. Acquisti e consumi in una prospettiva di marketing*, Vol. 30, FrancoAngeli, 2004
- Delli Priscoli L., *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002

Deloitte Global Powers of Luxury Goods, 2020

Geradin D., Layne-farrar A., Petit N., *EC Competition Law and Economics*, Oxford, 2012

Hendrikse, *Vertical Restraints in EC Competition Law*, *European Competition Law Review*, (vol. 27, n. 4), 2006, p. 123 e ss.

Jacchia R. A., Capruzzi S., *Distribuzione selettiva dei prodotti di lusso. Il divieto di vendita online su una piattaforma Internet terza imposto ai distributori autorizzati non viola le norme europee sulla concorrenza*, Dicembre 2017.

Disponibile su: [SOCIETY_Distribuzione-selettiva-dei-prodotti-di-lusso.pdf \(dejalex.com\)](#)

Jacobacci F., *Importazioni parallele ed esaurimento del diritto di marchio: la giurisprudenza della Corte di giustizia tra Silhouette e Davidoff*, in *Giur. piem.*, 2000, 381

Kapferer J., Bastien V., *The Luxury Strategy: Break the Rules of Marketing to Build Luxury Brands*, II edition, 2012

Katsoulacos Y., Ulph D., *Quantitative Selective Distribution and Internet Sales: Revisiting the Conventional Wisdom*, *Journal of Competition Law & Economics* 2015, III, p. 136 e ss

Lugli G., *Marketing channel. La creazione di valore nella distribuzione specializzata*, Utet Giuridica, Torino, 2011

Magrì R., *Il regolamento di esenzione UE 330/10*, Lulu Press Inc, 2013

Marengo V., Venturello M., *L'esaurimento del diritto di marchio e le importazioni parallele: profili giurisprudenziali comunitari*, in *Contr. e impr.-Europa*, 2010, 967.

Marinova D., Phillis Y. A. *The value of product innovation: An empirical investigation of Australian and Canadian manufacturing firms*. *Journal of Business Research*, 2019, 103, p. 423-434

Pace L. F., *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene Editore, 2020

Pappalardo A., *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, UTET Giuridica, Milano 2018

Perugini M. R., *Esaurimento comunitario e territorialità del diritto di marchio: l'epilogo annunciato della "dottrina Hag"*, in *Riv. dir. ind.*, 1992, II, 190

Pine B.J., Gilmore J. H., *L'economia delle esperienze*, Etas, Milano, 2000

Raffaelli E.A., *Diritto comunitario della concorrenza*, Vita e pensieri, Milano, 2006

Rasmussen J., *The Principle of Exhaustion of Trade Mark Rights Pursuant to Directive 89/104 (and Regulation 40/94)*, in *EIPR*, 1995

Rosenbaum M.S., Pearlman S.M., *The Anti-Trust Laws and Exclusive Distributorships*. in *Handbook of Antitrust Economics*, Vol. 1, edited by Paolo Buccirossi. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2013

Rossi Dal Pozzo F., *Codice della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2019

Rubini L., *Le stranezze della giurisprudenza della Corte di giustizia tra importazioni parallele da Paesi terzi, esaurimento del marchio e norme sulla concorrenza* (i casi Silhouette, Sebago e Javico), in *Il dir. com. e degli scambi internaz.*, 2000

Sardi De Letto F., Levori L., *La tutela giuridica del marchio. Distribuzione selettiva, esclusiva e libera*, Key Editore, 2023

Schenk A., *The impact of selective distribution on manufacturers and competitors. In European competition law review*, 2019, Vol. 29, No. 11, pp. 586-593

Schenk A., *Selective Distribution: Antitrust and Competition Issues*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013

Sena G., *Il diritto dei marchi: marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007

Simonini G.F., *La proposta di Regolamento sulle intese verticali del 9 luglio 2021 nel contesto internazionale e nella Ue*, *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc.1, Giuffrè, 1 marzo 2022

Tesauro G., *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, 2012

Jones A., Sufrin B., Dunne N., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 185 e ss

Whish R., Bailey D., *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018

Wided Batat, *Digital Luxury: Transforming Brands and Consumer Experiences*, 2019

Wijckmans F., Fioretti F. et Al., *Gli accordi di distribuzione nel diritto della concorrenza UE-Italia*, Walters Kluwer, Amsterdam 2021

Zeno – Zencovich v., *Il mercato digitale e la tutela della concorrenza: tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2019,III, p. 145 e ss

Zevgolis E.Z., *Resale Price Maintenance (RPM) in European Competition Law: legal certainty versus economic theory?*, *European Competition L. Rev.* 2013 (34), 2, p. 258 e ss

Sitografia

Assonime, *Disciplina antitrust degli accordi verticali: nuovo Regolamento di esenzione per categoria (vber) e nuove Linee Guida*, 2022, su https://www.assonime.it/attivita-editoriale/news/pagine/news-23_05_2022.aspx

Caretta Boso A., *Vber: il nuovo Regolamento Ue sugli accordi verticali*, su *Dir. Banc*, 2022, <https://www.dirittobancario.it/art/vber-il-nuovo-regolamento-ue-sugli-accordi-verticali/>

La Rocca Sena F., *Distribuzione selettiva, il Tribunale di Milano definisce il prodotto di lusso*,

Giurisprudenza

Sentenza 25 ottobre 1977 (in causa 26/76); Pres. Kutscher, Avv. gen. Reischl (concl. conf.); Metro SB Grossmärkte GmbH & Co. KG e altro c. Commissione CE, con commento di Pardolesi, su For. It., 1978,IV; 92 e ss.

Sentenza Metro I, 25/10/1977

Causa C-31/80, L'Oréal/ PVBA

Caso Omega, decisione della Commissione del 28/10/1970

Caso BMW del 23/12/1977 su Riv. It. Di Diritto Pubblico Comunitario, 2000, III, 125 e ss.

Tribunale di Milano, Ord. 19 /10/2020, su For. It., 2021, IV; 1236

Caso Vichy, decisione della Commissione del 27/02/1992, In Riv. Dir. Pub. Com., 2010, III, 147 e ss.

Corte di giustizia del 13 luglio 1966, Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione, in cause riunite 56 e 58-64, ECLI:EU:C:1966:41

Sentenza Cass. civ., Sez. I, Ord. Data ud. 16/02/2023, n. 7378

v. CGCE, GRUR Int. 1998, pag. 140 marginale 43 – Dior/Evora; v. anche Ströble/Hacker/Thiering, MarkenG, 12a ed., § 24 marginale 164

Riassunto

La distribuzione selettiva è una pratica attraverso la quale un determinato fornitore sceglie di commercializzare i propri prodotti o servizi tramite una rete ristretta di distributori o rivenditori con specifici requisiti. Questo tipo di relazione commerciale, che fa parte degli accordi verticali, è ampiamente utilizzata nel contesto attuale del mercato. Tale sistema può comportare vantaggi come una migliore qualità del prodotto e un'esperienza di acquisto superiore per i consumatori, ma può anche limitare la concorrenza e favorire comportamenti anticoncorrenziali. In molti casi, la scelta di distribuire determinati prodotti attraverso un numero limitato di aziende selezionate è una risposta alle strategie di vendita diretta e alle scelte produttive dell'azienda. Quando un'impresa decide di comunicare specifici valori legati alla valorizzazione dei prodotti durante l'acquisto, spesso opta per gestire direttamente questa fase o rivolgersi ad aziende con caratteristiche specifiche. Tali caratteristiche contribuiscono ad aumentare il valore aggiunto legato all'acquisto di un determinato bene. Gli accordi verticali selettivi sono tipici di prodotti di fascia alta, per i quali il produttore richiede il rispetto di determinati processi di vendita che possono essere gestiti solo direttamente o da aziende di distribuzione in grado di soddisfare tali requisiti. Questa scelta si basa sulla necessità di spiegare tecnicamente le scelte produttive e le caratteristiche dei prodotti altamente specializzati, il che non sarebbe possibile con i distributori generali di mercato. Ciò comporterebbe un aumento dei costi e una perdita di valore aggiunto per un prodotto nato per soddisfare esigenze specifiche. Questa giustificazione logica ed essenziale degli accordi di distribuzione selettiva ha portato gli ordinamenti europei e nazionali a consentire tali accordi, nonostante siano sicuramente limitativi per la dinamica concorrenziale. In tale contesto, il diritto antitrust, sia a livello comunitario che nazionale, ha fissato regole con specifiche limitazioni di natura e grado. Le restrizioni di natura riguardano i criteri di selezione dei rivenditori, mentre le restrizioni di grado riguardano il numero di livelli nella catena di distribuzione. Il diritto antitrust è più efficace nel regolare le restrizioni di natura poiché influiscono direttamente sulla concorrenza nel mercato. I sistemi di distribuzione selettiva (SDS) sono accordi verticali tra un produttore e uno o più distributori, volti a controllare la distribuzione del prodotto. Il produttore seleziona i distributori autorizzati in base a criteri specifici, che possono riguardare la qualità del prodotto ("SDS qualitativi") o limitare il numero di distributori autorizzati in generale o in un'area geografica specifica ("SDS quantitativi").

L'articolo 101, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) proibisce accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate che possano ostacolare, limitare o falsare la libera concorrenza. Secondo l'articolo 101, comma 2, del TFUE, tutte le restrizioni anticompetitive sono invalide. Ai sensi dell'articolo 101, comma 3, del TFUE, le restrizioni anticompetitive possono essere escluse dal divieto, se si può dimostrare che, nel complesso, i benefici per i consumatori e gli aumenti di efficienza derivanti dalla restrizione superano tali effetti. Nel caso della distribuzione selettiva, è importante precisare che, in relazione all'articolo 101 del TFUE, tali accordi dovrebbero essere proibiti. Sono accordi che possono limitare notevolmente la dinamica della concorrenza e, sicuramente, leggendo e analizzando l'articolo 101 del TFUE, questo tipo di accordi permetterebbero a poche imprese di manipolare il mercato, soprattutto in riferimento a principi importanti di discriminazione legati alla scelta di partner commerciali e aree geografiche di riferimento. A questo principio di portata generale, si aggiunge la necessità di proteggere il produttore in relazione agli sforzi competitivi che ha profuso nella produzione di beni e servizi. Infatti, proibire in modo generale a un produttore di concentrarsi sull'ampiezza e la diffusione della propria rete di vendita e più sulla restrizione dei canali di distribuzione non può rispondere a criteri di economicità ed efficienza sia in riferimento a una determinata azienda che al mercato in generale. Molto spesso, le imprese di grandi dimensioni, che producono beni altamente specializzati, optano per affidare i propri prodotti a un numero limitato di rivenditori specializzati, selezionati sulla base di specifici criteri oggettivi legati alla tipologia dei prodotti. Tali criteri includono l'abilità professionale (relativa ai potenziali distributori), la qualità del servizio fornito e il prestigio ed infine l'attenzione ai dettagli degli spazi commerciali in cui i rivenditori svolgeranno le loro attività. Il compito del legislatore europeo è stato, nel corso degli anni, quello di rendere compatibili le richieste contenute nei Trattati in termini di protezione del mercato e dinamica della concorrenza, da un punto di vista che possiamo definire microeconomico. Non a caso, la disposizione normativa contenuta nell'articolo 101 del TFUE, così come analizzata anche nel corso del primo capitolo del presente lavoro, risponde al tentativo di creare una regolamentazione uniforme che non può essere derogata dalle norme interne dei singoli paesi. In questa prospettiva, il legislatore europeo ha previsto e proibito i comportamenti delle imprese che possono alterare o falsare la libera concorrenza all'interno del mercato dell'UE.

Nel corso di questo lavoro, è emerso come l'approccio del diritto della concorrenza nei confronti degli accordi verticali e della distribuzione selettiva sia notevolmente cambiato nel corso degli anni. E' importante sottolineare che nuove esigenze, provenienti dal mercato, hanno spinto i regolatori a considerare le nuove sfide, in particolare quelle legate alla valorizzazione

comunicativa dei marchi. Nel settore del lusso, il marketing e le strategie di vendita si concentrano molto sull'aspetto evocativo del brand, che viene influenzato anche dalla gestione dei canali di distribuzione. Un produttore desideroso di suscitare determinate emozioni legate al consumo di beni e servizi di alta gamma non può delegare l'interazione finale con i consumatori a soggetti che non rispettano appieno la strategia aziendale. La nuova normativa analizzata ha, in tal senso, introdotto importanti cambiamenti nel settore del lusso. Nel contesto di questo sistema, i fornitori si impegnano a vendere i loro beni o servizi solo a distributori selezionati secondo criteri specifici, che a loro volta si impegnano a non vendere tali prodotti a distributori non autorizzati. I sistemi di distribuzione selettiva basati su criteri qualitativi oggettivi non sono considerati restrittivi della concorrenza, a condizione che rispettino le condizioni stabilite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Tuttavia, anche se queste condizioni non sono soddisfatte, gli accordi di distribuzione selettiva possono ancora beneficiare dell'esenzione prevista dal VBER se le quote di mercato dei partecipanti non superano il 30% e non contengono restrizioni fondamentali. Inoltre, le nuove Linee Guida riconoscono la possibilità di subordinare l'accesso alla rete di distribuzione al raggiungimento di obiettivi di sostenibilità. Queste novità offrono maggiore flessibilità e adattabilità per i marchi del lusso nell'affrontare le sfide della distribuzione nel contesto attuale. Gli accordi verticali, grazie alla complementarità delle attività svolte dalle parti contraenti in diversi livelli della catena del valore, possono generare effetti positivi per le imprese aderenti e per i consumatori. Questi accordi favoriscono l'ottimizzazione dei processi di produzione, commercializzazione e dei servizi offerti. Alcuni effetti positivi includono la difesa dal parassitismo tra concorrenti e acquirenti, la protezione dei distributori che sostengono investimenti per l'apertura di nuovi mercati, il successo nel lancio di nuovi prodotti e la mitigazione del rischio di rinuncia all'investimento tramite clausole di non concorrenza o quantitativi minimi di acquisto. I medesimi accordi verticali possono anche avere effetti negativi sulla concorrenza e sui consumatori. Questi includono la preclusione anticoncorrenziale del mercato ad altri fornitori o acquirenti, l'indebolimento della concorrenza intra e inter-brand, e la creazione di ostacoli all'integrazione dei mercati, come il geoblocking. Questi effetti possono portare ad aumenti dei costi per i consumatori, riduzione della qualità e dell'innovazione, nonché limitazione delle opzioni di beni e servizi disponibili. Allontanandoci dal dato normativo e dall'analisi condotta all'interno del presente lavoro occorre puntualizzare che risulta essere nota, come pratica comune, quella che vede i produttori non gestire direttamente la commercializzazione dei loro prodotti, ma si avvalgano di intermediari, rivenditori al dettaglio e grossisti. Questo processo produttivo, a sua volta, coinvolge diverse

fasi svolte da attori economici diversi, come l'approvvigionamento delle materie prime, la lavorazione e la produzione finale. In questo contesto, si sviluppa una "catena del valore" in cui ogni attore economico svolge un ruolo specifico nella realizzazione del prodotto finale per i consumatori.

Le imprese stipulano accordi verticali al fine di beneficiare di questa catena del valore, cercando di garantire una migliore coordinazione, stabilità delle forniture, costi ridotti e una fornitura stabile dei beni nel lungo termine. Pertanto, gli accordi verticali non implicano necessariamente un interesse comune nell'attuare pratiche anti-competitive, ma possono diventare anticoncorrenziali se limitano l'autonomia di una delle parti, dando origine a restrizioni verticali.

Gli accordi verticali contribuiscono a contrastare il fenomeno del parassitismo, noto anche come free riding, che si verifica quando alcune imprese traggono vantaggi dagli sforzi compiuti da altre parti coinvolte nell'accordo. Questo fenomeno può manifestarsi sia tra concorrenti che tra acquirenti. Tale tipologia di riflessione risulta essere chiaramente molto significativa se paracadutata all'interno del concetto di lusso e delle regole che caratterizzano tale mercato. Il concetto di lusso rappresenta una contraddizione all'interno della società dei consumi, poiché si differenzia in tre aspetti fondamentali: la relazione con l'oggetto, in quanto i beni di lusso sono carichi di significato, duraturi nel tempo e possono aumentare di valore; il rapporto con gli individui, poiché il lusso è legato all'artigianalità e alla relazione personale tra acquirente e venditore, a differenza della produzione industriale impersonale; il rapporto con il desiderio, che è soggettivo e non razionale, con il lusso che rappresenta un desiderio personale ed edonistico, basato sull'estetica e sulle emozioni. Queste caratteristiche contraddistinguono il lusso dagli oggetti di consumo di massa. La distribuzione selettiva, che preserva e migliora le qualità intrinseche del prodotto, non è considerata anticoncorrenziale, ma piuttosto un modo per soddisfare le esigenze dei consumatori. Il nuovo regolamento di esenzione per categoria verticale (VBER) adottato dalla Commissione europea ha introdotto importanti cambiamenti nel settore del lusso. Nel contesto di questo sistema, i fornitori si impegnano a vendere i loro beni o servizi solo a distributori selezionati secondo criteri specifici, che a loro volta si impegnano a non vendere tali prodotti a distributori non autorizzati. I sistemi di distribuzione selettiva, basati su criteri qualitativi oggettivi, non sono considerati restrittivi della concorrenza, a condizione che rispettino le condizioni stabilite dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Tuttavia, anche se queste condizioni non sono soddisfatte, gli accordi di distribuzione selettiva possono ancora beneficiare dell'esenzione prevista dal VBER se le quote di mercato dei

partecipanti non superano il 30% e non contengono restrizioni fondamentali. Inoltre, le nuove Linee guida riconoscono la possibilità di subordinare l'accesso alla rete di distribuzione al raggiungimento di obiettivi di sostenibilità. Queste novità offrono maggiore flessibilità e adattabilità per i marchi del lusso nell'affrontare le sfide della distribuzione nel contesto attuale. L'evoluzione normativa più recente ha visto, quindi, nell'approvazione del Vertical Block Exemption Regulation il 10 maggio 2022, il tentativo più aggiornato di risolvere e conciliare le istanze dei mercati e dei produttori in ambito comunitario. Il Regolamento, frutto di un esteso periodo di analisi e aggiornamento, rimpiazza e aggiorna la precedente normativa, in scadenza il 31 maggio 2022. La crescente importanza delle vendite online e il ruolo sempre più cruciale delle piattaforme digitali hanno notevolmente influenzato le strategie distributive e di determinazione dei prezzi, sia per i produttori che per i distributori.

Questo fenomeno ha comportato una maggiore partecipazione dei produttori nelle vendite al dettaglio, attraverso i loro negozi online, e un ricorso sempre più diffuso a contratti tra fornitori e distributori, alimentando la necessità di stabilire norme che consentano agli attori del mercato di operare nel pieno rispetto delle dinamiche concorrenziali, senza però ostacolare lo sviluppo economico.

In questo scenario, il nuovo quadro normativo si prefigge l'obiettivo di offrire alle aziende regole più semplici, al fine di facilitarle nelle valutazioni di conformità al modello normativo europeo in materia di concorrenza e permettere loro di affrontare un contesto imprenditoriale fortemente influenzato dai nuovi modelli di business digitali. Sempre riprendendo quanto affermato in precedenza parlando dell'articolo 101 TFUE il nuovo Regolamento precisa che, all'articolo 2 , il divieto stabilito al primo comma non si applica agli accordi verticali, che si intendono come intese o pratiche concordate tra due o più aziende, operanti ciascuna, per quanto riguarda l'intesa o la pratica concordata, su un diverso livello della catena produttiva o distributiva. Questi accordi riguardano le condizioni secondo le quali le parti coinvolte possono acquistare, vendere o rivendere specifici beni o servizi, e ciò si verifica solo nella misura in cui includono le cosiddette restrizioni verticali. Tali restrizioni consistono nelle limitazioni alla concorrenza di cui all'art. 101, comma primo, del TFUE. Ai fini della nostra analisi risulta essere molto importante l'articolo 4 del medesimo Regolamento. Proprio l'articolo 4 cerca di identificare le cosiddette restrizioni fondamentali, che annullano il beneficio dell'esenzione per categoria, stabilendo che l'esenzione prevista dall'articolo 2 non si applica agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, riguardano: la limitazione del diritto dell'acquirente di stabilire il proprio prezzo di vendita, con l'eccezione della possibilità di imporre o suggerire un prezzo massimo; nel caso in cui il fornitore adotti un sistema di distribuzione esclusiva, la

restrizione riguardante il territorio o i clienti ai quali il distributore esclusivo può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, salvo alcune eccezioni; nel caso in cui il fornitore adotti un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione riguardante il territorio o i clienti ai quali i membri del sistema possono vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, escluse alcune restrizioni, la limitazione delle forniture incrociate tra i membri del sistema di distribuzione selettiva, e la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di distribuzione selettiva che operano a livello di commercio al dettaglio.

Inoltre, nel caso in cui il fornitore non adotti né un sistema di distribuzione esclusiva né un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione riguardante il territorio o il gruppo di clienti ai quali un acquirente può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, ad eccezione di alcune restrizioni; la pratica di ostacolare l'uso efficace di internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni o servizi oggetto del contratto; e infine, la limitazione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che integra tali componenti, del diritto del fornitore di vendere tali componenti come ricambi.

Il concetto che possiamo definire “nuovo”, che il regolamento istituisce, è sicuramente quello di vendite attive e passive, con riferimento proprio alla distribuzione selettiva. Partendo dal presupposto che i fornitori possano riservarsi per un massimo di 5 distributori, oltre che per loro stessi, territori specifici o gruppi di clientela, gli stessi possono – poi - richiedere al distributore di “trasmettere” (pass-on) la restrizione anche all'acquirente diretto (sub-distributore). Gli stessi possono proibire ai distributori (anche se non fanno parte di un sistema di distribuzione selettiva) di vendere prodotti o servizi a rivenditori non autorizzati nelle aree in cui è presente un sistema di distribuzione selettiva. In tale contesto, il Regolamento crea due importanti definizioni in tema di vendite parlando di vendite attive e passive con riferimento alle nuove modalità di commercializzazione dei beni on line. Tali definizioni sono di grande importanza, poiché le limitazioni alle vendite passive sono generalmente considerate restrizioni severe (ad eccezione delle situazioni relative ai sistemi di distribuzione selettiva), mentre per le vendite attive è applicabile una normativa più flessibile. Le “vendite attive” includono ora, tra le altre, le vendite effettuate tramite un sito web che offre opzioni linguistiche diverse da quelle comunemente utilizzate nel territorio (ad eccezione dell'inglese, considerato una sorta di lingua universale del commercio). In sintesi, nel contesto della distribuzione selettiva, il marchio crea una rete di distribuzione “chiusa” alla quale permette l'accesso solo ai rivenditori che rispondono a specifici criteri qualitativi e, in alcuni casi, quantitativi. In un sistema di distribuzione esclusiva, al contrario, il marchio si riserva, o riserva ad un suo rivenditore, la

distribuzione dei prodotti in un'area geografica specifica (o a un particolare gruppo di clienti). Tuttavia, esistono delle ragioni che potrebbero portare i marchi di lusso a non essere più vigili sulla distribuzione selettiva. Tali motivi sono da un lato la difficoltà di convincere i loro partner locali ad implementarlo, dall'altro i costi elevati derivanti dalla distribuzione specifica del marchio che possono portare i partner locali a rifiutarsi di pagarli. Per evitare tali minacce ai marchi del lusso è necessario saper “vendere” la distribuzione selettiva ai propri partner dimostrando il proprio interesse strategico condiviso e offrendo una formazione adeguata ai team locali per istruirli sui criteri di selezione dei rivenditori. Attualmente i marchi di lusso si trovano di fronte ad un paradosso: da un lato mantenere la propria immagine di lusso e dall'altro incrementare l'accesso ai loro prodotti, in quanto si desidera estendere la clientela. Tuttavia, la distribuzione selettiva resta il sistema di distribuzione più adatto per i prodotti di lusso e quello a cui gli stessi sono più legati. In quest'ottica l'evoluzione del diritto della concorrenza verso una maggiore flessibilità è assai apprezzata dai marchi di lusso. L'articolo 5 del Codice della Proprietà Industriale affronta il principio di esaurimento del marchio che garantisce una libera circolazione delle merci all'interno del territorio europeo. L'obiettivo è promuovere la concorrenza e prevenire delle situazioni in cui il titolare del marchio possa abusare della propria posizione dominante o limitare in modo ingiustificato la commercializzazione dei prodotti recanti il marchio stesso. Dunque, il principio instaura un equilibrio tra gli interessi del titolare del marchio, che desidera tutelare la propria immagine, e quelli dei consumatori e rivenditori, che devono avere la possibilità di accedere ai prodotti del marchio liberamente e senza restrizioni. E' importante menzionare l'eccezione a tale principio prevista al comma 2, ovvero in presenza di motivi legittimi come la rete di distribuzione selettiva. Infatti, la Cassazione nel 2023 durante una sentenza ha messo in luce due aspetti importanti: da un lato il ruolo rivestito dai criteri di selezione, fissati dal titolare del marchio per garantire l'esclusività, dall'altro l'importanza di dimostrare l'effettivo rispetto di tali criteri nella scelta dei distributori. Infatti, il monopolio conferito al titolare di un marchio non può essere in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci previsto all'interno della Comunità europea. Per questo motivo tale monopolio cessa per ogni prodotto contrassegnato dal marchio, dopo la sua prima immissione in circolazione.

L'analisi condotta nel corso del presente lavoro dimostra come nel corso degli anni l'approccio da parte del diritto della concorrenza, in relazione agli accordi verticali ed in particolare alla distribuzione selettiva sia molto cambiato. Questo per dire che, nei fatti, occorre puntualizzare che di recente nuove istanze, da parte dei mercati, hanno portato i regolatori a tenere conto di nuove esigenze, prima tra tutte quelle collegate alla valorizzazione in termini comunicativi di

determinati marchi. Il marketing e soprattutto le strategie di vendita dei beni di lusso puntano molto sulla forza evocativa del brand. Brand che viene rivestito di particolari significati anche attraverso la gestione del canale di vendita che deve essere considerato in funzione proprio di una nuova visione esperienziale di beni e servizi. Molto spesso il valore simbolico di un marchio e di un prodotto viene evocato proprio dalle tecniche di distribuzione dello stesso, per prodotti di alta gamma, ad esempio. E' chiaro, in tal senso, che un produttore orientato a suscitare particolari sensazioni in associazione con il consumo di beni e servizi non possa delegare la fase finale di contatto materiale con il consumatore a soggetti che non rispettano pienamente gli indirizzi strategici che la medesima azienda si sforza di cogliere. Nuove istanze per il diritto della concorrenza sono state evidenziate nella Relazione del Parlamento del 18 maggio 2021 sulla politica della concorrenza relativa all'anno 2020. Tale diritto deve considerare sia l'interesse generale che giustifica i limiti alla concorrenza, come stabilito nella sentenza *Wouters*, sia l'elaborazione di una solida "teoria del danno" che superi gli approcci incentrati sui prezzi e tenga conto di considerazioni più ampie. Inoltre, viene sottolineata l'importanza del principio di proporzionalità, che implica che le limitazioni della concorrenza non possono andare oltre quanto necessario per l'interesse generale.

La giustificazione giurisprudenziale della distribuzione selettiva si basa sulla necessità di preservare l'aura di lusso o di elevata tecnologia di un prodotto e di valorizzarne la qualità, attraverso l'inserimento di forti limitazioni negli accordi verticali. Tuttavia, la giurisprudenza non accetta in via automatica la distribuzione selettiva, ma sottopone il sistema al vaglio dell'effettiva utilità per il consumatore. La sentenza della Corte di giustizia *AEG-Telefunken* afferma che i sistemi di distribuzione selettiva costituiscono un fattore di concorrenza conforme all'art. 85, n. 1 del Trattato. Tuttavia, le limitazioni della concorrenza inerenti a tale sistema sono ammesse soltanto alla condizione che mirino effettivamente a realizzare un miglioramento della concorrenza riguardante aspetti diversi dai prezzi. Altrimenti, le limitazioni sarebbero prive di qualsiasi giustificazione, in quanto il loro solo effetto sarebbe quello di limitare la concorrenza sui prezzi.