di Maurizio Iorio

IL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA E L'APPLICAZIONE DEL NUOVO VBER

Il Vertical Block Exemption Regulation (VBE), entrato in vigore il 1 giugno 2022, nasce con l'intento di proteggere la concorrenza all'interno del mercato unico europeo, disciplinando i rapporti fra fornitori e distributori.

MAURIZIO IORIO
Dalla partnership tra Marketplace e Andec prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di Andec.

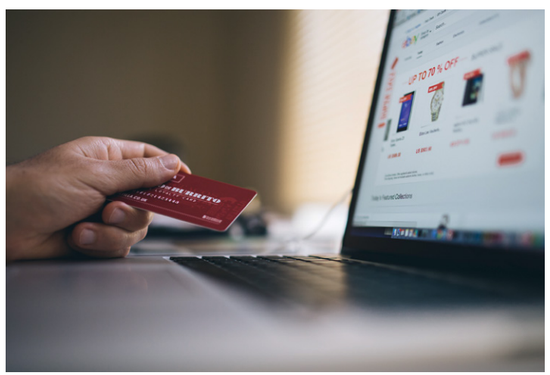
Facendo seguito ad un altro analogo articolo, pubblicato sul numero di maggio/giugno 2022 di Marketplace, ritorniamo a parlare del Regolamento 2022/720 UE (noto anche come VBER, acronimo per *"Vertical Block Exemption Regulation"*). Infatti, il Regolamento - che è entrato in vigore il 1º giugno 2022 quanto ai soli contratti stipulati successivamente a tale data - **dal 1º giugno 2023 si applica anche ai contratti già in vigore al 1º giugno 2022**. Da qui l'obiettivo interesse ad esaminare concisamente il contenuto del VBER, che va letto ed interpretato alla luce delle correlative **"Linee Guida della Commissione"**, documento interpretativo essenziale, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale UE del 30.06.2022 - C/248/1.

Il *background* normativo

L'obiettivo primario dei trattati Istitutivi CEE è stato fin dall'inizio quello di **creare un solo mercato in tutta l'Unione Europea**, con un'unica normativa non derogabile dalla legislazione dei singoli Stati Membri ed ispirata al principio secondo cui **ciascuna impresa deve determinare autonomamente** il proprio comportamento e la propria strategia sul mercato.
Nel mercato interno dell'Unione Europea vige pertanto il divieto per le imprese di intese e pratiche commerciali concordate che possano falsare la libera determinazione degli operatori economici.
Tale divieto è dettato dall'art. 101 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) e, quanto alla legge italiana, dall' art. 2 della L. 287/1990).

Cosa proibisce l'art. 101 TFUE?

Sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate consistenti nel:
a) fissare **direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita** ovvero altre condizioni di transazione;
b) limitare o controllare **la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti**;
c) **ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento**;
d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, **condizioni dissimili per prestazioni equivalenti**, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di **prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso** con l'oggetto dei contratti stessi.



Esistono eccezioni a questo divieto?

Sì, nel caso in cui i benefici economici di questi accordi superino gli effetti negativi della distorsione della concorrenza, il comma 3 dell'art 101 TFUE, sulla base di una valutazione effettuata volta per volta, li consente purché (1) l'accordo contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, (2) i consumatori ricevano un congruo beneficio dalla sua autorizzazione, (3) la restrizione sia indispensabile al raggiungere questi obiettivi, (4) l'accordo non dia alle imprese interessate la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte consistente dei prodotti in questione.

Esistono altre esenzioni al divieto delle suddette pratiche anticoncorrenziali?

Sì. È proprio in questo ambito che si colloca il **VBER**.

In cosa consiste il VBER?

Il VBER, purché vengano rispettate alcune condizioni di seguito esaminate, permette di esentare gli accordi "verticali" tra imprese non concorrenti dal divieto di intese restrittive della concorrenza contenuto nell'articolo 101 del TFUE; ciò in virtù di un meccanismo di presunzione di legittimità.

Cosa si intende per accordi verticali e quali sono quelli esentati dal VBER?

Il VBER si riferisce ai soli accordi verticali di fornitura tra imprese non concorrenti (quindi, ad esempio didattico, agli accordi tra Philips ed i suoi distributori e non gli accordi "orizzontali" tra Philips e Sony, che sono imprese concorrenti), con alcune eccezioni che, per sinteticità espositiva, non verranno trattati in questa sede.

Quando il VBER viene applicato?

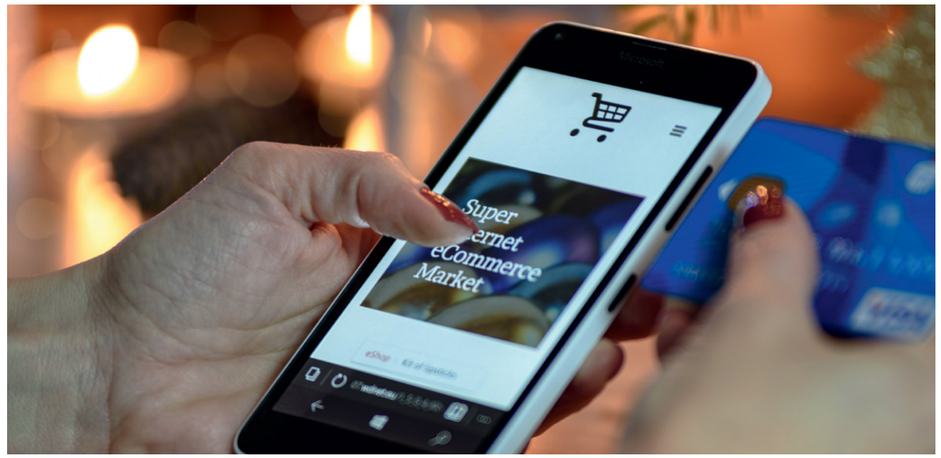
L'esenzione di cui al VBER ha efficacia purché vengano rispettate due condizioni sostanziali:
(1) assenza di *hardcore restriction*, ovvero restrizioni tali da fare presumere un contenuto anticoncorrenziale. Ad esempio, l'imposizione ai distributori di prezzi minimi, oppure il divieto ad usare il mezzo *online* per vendere i prodotti;
(2) mancanza di un elevato potere di mercato in capo ai contraenti: il fornitore (produttore, importatore, distributore nazionale), deve detenere una quota inferiore al 30% del mercato rilevante su cui vende il bene o il servizio oggetto del contratto e l'acquirente deve detenere una quota inferiore al 30% del mercato rilevante su cui acquista il bene o il servizio oggetto del contratto.
Quando vengono rispettate queste due condizioni vige una **presunzione di legittimità dell'accordo** e **le imprese possono**, dunque, **godere di deroghe al divieto concorrenziale posto dall'art 101 TFUE**.
Se, invece, non ricorrono i presupposti di cui sopra, l'eventuale esenzione al divieto di pratiche commerciali restrittive dovrà essere valutata caso per caso, in base al terzo comma dell'art 101 TFUE, sopra trattato.

Quali sono le principali novità introdotte dal VBER?

- **1. E- commerce**

Negli ultimi anni, anche a seguito della pandemia, abbiamo assistito ad una crescita esponenziale del mercato digitale; ciò ha spinto il legislatore UE ad introdurre col VBER importanti novità al fine di tutelare la gestione dei processi distributivi.
Infatti, pur essendo tuttora fatto divieto al fornitore di impedire al rivenditore/distributore o ai suoi clienti l'uso di internet per la vendita dei propri prodotti, il nuovo VBER esenta talune restrizioni, purché non venga impedito o escluso del tutto l'utilizzo del canale di vendita *online*
Può, così, essere lecito, ricorrendone le condizioni, **il divieto di vendere su piattaforme *online* prodotti di lusso, di prestigio o altamente tecnologici**.

L'altra importante novità riguarda **la legittimità del *dual pricing*** (prima vietato), ovvero dell'applicazione da parte del fornitore allo stesso rivenditore di prezzi diversi a seconda che il bene sia destinato dal medesimo alla commercializzazione attraverso la vendita *online* oppure attraverso



un negozio fisico: con il nuovo VBER i fornitori, pertanto, potranno applicare prezzi diversi a seconda del canale di vendita prescelto, senza incorrere in alcuna violazione, purché la differenza non sia eccessiva e ostacoli, di fatto, la vendita *online*.

• **2. Reti di vendita**

Il precedente VBER rendeva già lecite alcune restrizioni territoriali e di clientela che i fornitori impongono ai distributori, riconoscendo che esse possono contribuire alla promozione dei prodotti, nonché alla tutela degli investimenti.

Il nuovo VBER incrementa le esenzioni, rispondendo alla manifestata esigenza di garantire ai fornitori una maggior flessibilità nella gestione delle proprie reti di vendita, tenuto conto dell'evoluzione dei mercati, anche online.

Di seguito le innovazioni del nuovo VBER a seconda delle diverse reti di distribuzione:

1. Rete esclusiva: è una forma di distribuzione in cui un'impresa riserva a sé o ai propri rivenditori la distribuzione dei propri prodotti o servizi in un determinato territorio o gruppo di clienti.

Secondo il nuovo VBER, il fornitore può restringere le vendite attive da parte dell'acquirente (sia questo o meno un distributore esclusivo o un membro di una rete di distribuzione selettiva) **e dei suoi clienti diretti in un territorio o a un gruppo di clienti (operatori economici) riservati al fornitore o assegnati dal fornitore esclusivamente ad un massimo di altri cinque distributori esclusivi**.

Per "vendite attive" si intendono le vendite frutto dell'iniziativa del venditore, mentre quelle passive che avvengono su iniziativa dell'acquirente, che piazza ordini tramite internet[1].

Va rilevato che la precedente versione del VBER prevedeva che l'assegnazione di un territorio o di un gruppo di clienti potesse avvenire solo nei confronti di un unico distributore esclusivo e non prevedeva il c.d. *pass-on*, ossia la facoltà, ora riconosciuta al fornitore, di imporre ai suoi acquirenti di "passare" contrattualmente il divieto ai propri clienti diretti (ma non ai clienti più a valle nella catena distributiva).

2. Rete selettiva: È una forma di distribuzione in cui un'impresa commercializza i propri prodotti o servizi tramite distributori selezionati in base a determinate caratteristiche, di solito qualitative (ma possibilmente quantitative).

Secondo il nuovo VBER: è lecita la restrizione delle vendite attive o passive da parte dell'acquirente (sia questo o meno un distributore esclusivo o un membro di una rete di distribuzione selettiva) **e dei suoi clienti (inclusi i clienti dei clienti) a distributori non autorizzati situati in un territorio in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva dei beni o servizi oggetto del contratto**.

Va evidenziato che in questo caso è riconosciuta la facoltà per il fornitore di imporre ai propri acquirenti di trasferire contrattualmente la suddetta restrizione anche ai clienti indiretti, ossia a quelli che, rispetto ai clienti diretti, stanno più a valle nella catena distributiva. Va altresì notato che in questo caso la restrizione si riferisce anche alle vendite passive, il che costituisce una novità assoluta rispetto al precedente VBER.

3. Distribuzione libera: Si tratta di un sistema di distribuzione né esclusivo né selettivo, al quale possono tuttavia essere imposte alcune restrizioni. Secondo il nuovo VBER è ora consentito imporre restrizioni di vendita anche ai distributori liberi ed ai loro clienti, vietando vendite attive nel territorio riservato a distributori esclusivi, nonché vendite attive e passive in un territorio in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva.

• **3. *Dual distribution* e scambi di informazioni**

Questo sistema di distribuzione si ha quando un distributore vende i propri beni o servizi sia ai consumatori (ad esempio attraverso un proprio sito internet) sia ai propri rivenditori che, a loro volta li vendono ai consumatori. In tale situazione si ha evidentemente un rapporto di concorrenza tra il fornitore ed il suo cliente. Il nuovo VBER stabilisce che le esenzioni, all'interno del sistema di distribuzione duale, non si applicano (1) agli scambi di informazioni sensibili tra fornitore e rivenditore concorrenti a livello di distribuzione che non siano strettamente connessi all'esecuzione dell'accordo verticale o indispensabili per migliorare la produzione o distribuzione del bene o del servizio oggetto del contratto (ad esempio, le informazioni sui prezzi che verranno applicati in futuro o su clienti specifici dei distributori), (2) ai servizi di intermediazione *online* forniti da una piattaforma ad un'impresa concorrente sul mercato rilevante per la vendita dei beni o servizi oggetto di intermediazione (ad esempio, *EPrice* fornisce un servizio di tipo *marketplace* ad un rivenditore che è suo concorrente nello stesso mercato in cui *EPrice* vende gli stessi prodotti).

• **4. Fissazione dei prezzi di rivendita (RPM – *resale price maintenance*)**

Il nuovo VBER continua a qualificare come *hardcore restriction* l'imposizione da parte del fornitore ai propri distributori del prezzo di vendita.

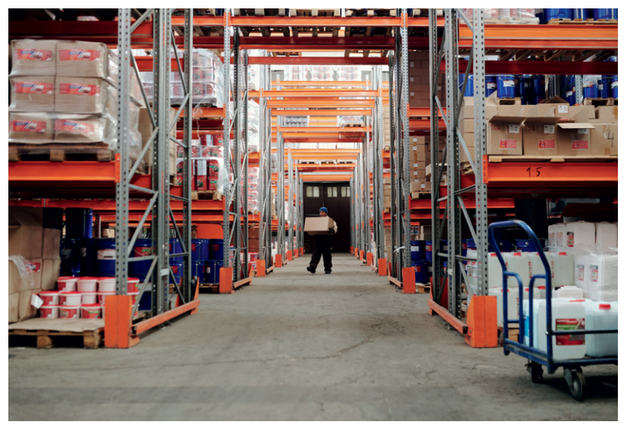
Le *Linee Guida della Commissione* indicano tuttavia alcune e circostanze in cui la fissazione di un prezzo minimo di vendita da parte del fornitore può comportare vantaggi in termini di efficienza e, quindi, rispondere ai requisiti previsti dal comma 3 dell'art. 101 TFUE per beneficiare di un'esenzione *ad hoc*. Ad esempio, può esser lecita, in quanto esentata, la fissazione di un prezzo minimo di vendita nei seguenti casi:

- in caso di lancio di un nuovo prodotto, al fine di agevolare la promozione e l'introduzione del nuovo prodotto nel mercato, a condizione che non esistano altri strumenti alternativi, realistici e meno restrittivi per incentivare il distributore a promuovere il prodotto;
- per impedire la vendita sistematica di un prodotto da parte di distributori ad un prezzo inferiore a quello all'ingrosso (c.d. loss leader) con conseguente danno all'immagine del prodotto;
- per condurre una campagna promozionale a breve termine (dalle 2 alle 6 settimane) all'interno di un sistema distribuzione a formato uniforme (come ad es. un *franchising*);
- per tutelare i dettaglianti che forniscono, con la vendita del prodotto, anche servizi aggiuntivi prevendita, a cui il consumatore si rivolge nella scelta del prodotto ma che poi vengono scartati dal medesimo al momento dell'acquisto in favore di altri dettaglianti che, non offrendo tali servizi, hanno meno costi e sono in condizione di vendere il bene ad un prezzo più basso.

In tutti questi casi, il fornitore dovrà naturalmente valutare preventivamente ed accuratamente se ricorrono le particolari circostanze sopra indicate, atte a giustificare l'esenzione ex art. 101 terzo comma.

• **5. *Clausole "di parità" (clausole MFN o "most-favoured-nation clauses")***

Con queste clausole, fornitore e distributore si impegnano reciprocamente a riconoscersi condizioni uguali o migliori rispetto a quelle offerte ad altri contraenti.Si tratta di clausole esentate, e quindi lecite alla stregua del VBER, con l'eccezione del caso in cui, per fare un esempio, una piattaforma di vendita on line faccia contrattualmente divieto ad un rivenditore che venda un prodotto sul Marketplace della suddetta piattaforma, di commercializzarlo a migliori condizioni anche su una piattaforma concorrente: tale divieto non è infatti ammesso.



N.B. Le immagini utilizzate a corredo di questo articolo sono solo a puro scopo illustrativo

1 - La Commissione considera, tra l'altro, la pubblicità on-line specificamente indirizzata a determinati clienti una forma di vendita attiva a tali clienti. I banner che mostrino un collegamento territoriale su siti Internet di terzi rappresentano ad esempio una forma di vendita attiva sul territorio in cui tali banner sono visibili. Il pagamento di un compenso ad un motore di ricerca o ad un provider pubblicitario on-line affinché vengano presentate inserzioni pubblicitarie specificamente agli utenti situati in un particolare territorio.