

## Antitrust - Entra in vigore il nuovo Regolamento UE sugli accordi verticali

### 1. Introduzione

Il 1° giugno 2022 è entrato in vigore il nuovo Regolamento UE in materia di accordi verticali (Reg. (UE) n. 2022/720) (“**VBER**” o “**Regolamento**”) che, insieme alle nuove Linee Guida della Commissione Europea in materia di accordi verticali (“**Linee guida**”), introduce rilevanti novità rispetto alla precedente disciplina<sup>1</sup>, con l’obiettivo di adattarla agli sviluppi che hanno interessato i mercati distributivi negli ultimi anni. La nuova disciplina è il risultato di un ampio processo di consultazione da parte della Commissione Europea con tutte le parti interessate.

Nel contesto della normativa antitrust si definiscono accordi verticali le intese che intervengono tra imprese attive a livelli diversi della catena produttiva e distributiva, come i contratti di distribuzione esclusiva, i contratti di distribuzione selettiva o il *franchising*.

Il Regolamento si applicherà immediatamente ai contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore, mentre è previsto un regime transitorio di un anno (fino al 31 maggio 2023) per gli accordi verticali già in vigore al 31 maggio 2022, che non soddisfano le condizioni di esenzione previste nel Regolamento ma che rispettano le condizioni di esenzione stabilite dal precedente regolamento VBER 2010, al fine di permettere alle imprese di conformarsi alle nuove prescrizioni.

Esponiamo di seguito le principali novità introdotte dalla nuova disciplina.

### 2. Mantenimento dell’esenzione con quote di mercato inferiori al 30%

Il primo aspetto positivo della nuova disciplina è il mantenimento, per tutti gli accordi verticali, della zona di sicurezza prevista dalla precedente disciplina (cosiddetto *safe-harbour*), la quale è delimitata dalla soglia di quota di mercato del 30%<sup>2</sup>.

In particolare, laddove le quote di mercato del fornitore e del distributore non superino il 30% nel mercato rilevante in cui essi rispettivamente vendono e acquistano i beni o servizi oggetto del contratto, gli accordi verticali possono beneficiare dell’esenzione automatica garantita dal Regolamento, cioè di una presunzione di liceità, a condizione altresì che essi non contengano restrizioni fondamentali vietate dal Regolamento (cosiddette *hard-core restrictions*), ossia restrizioni ritenute gravemente lesive della concorrenza, tra cui quelle relative alla fissazione del prezzo di rivendita e all’instaurazione di una protezione territoriale assoluta.

### 3. Ampliamento dell’esenzione per alcune restrizioni territoriali e/o di clientela

Il precedente regolamento VBER 2010 già prevedeva alcune **eccezioni** al generale divieto di imposizione di restrizioni territoriali e/o di clientela ai distributori, al fine di tutelare ed incentivare gli investimenti cui questi ultimi incorrono. Tuttavia, tale regime era diventato inadeguato rispetto all’evoluzione dei mercati e, durante la consultazione, è emersa la necessità di garantire più flessibilità ai fornitori nell’organizzazione delle proprie reti distributive.

<sup>1</sup> Regolamento (UE) 330/2010 (“**VBER 2010**”) e relative Linee Guida (“**Linee Guida 2010**”).

<sup>2</sup> Cfr. art. 3 VBER.

**a) Distribuzione esclusiva**

In un sistema di distribuzione esclusiva, la VBER ammette che il fornitore imponga agli altri distributori un **divieto di vendite attive** all'interno del territorio o con riferimento al gruppo di clienti assegnati al distributore esclusivo. Rispetto al regime precedente, il Regolamento introduce le seguenti importanti novità:

- i. è stata introdotta la possibilità della c.d. "**esclusività condivisa**", superando l'impostazione del precedente sistema secondo cui la restrizione delle vendite attive era possibile solo con riferimento a territori o gruppi di clienti assegnati in via esclusiva a **un unico distributore**. Ora sarà possibile **assegnare un territorio e/o un gruppo di clienti in via esclusiva fino ad un massimo di 5 distributori**<sup>3</sup>;
- ii. è stata ampliata la definizione di **vendite attive** al fine di adeguarla al contesto attuale di significativo aumento dell'*e-commerce*, precisando che costituisce vendita attiva *inter alia* (i) la gestione di un sito internet con un dominio di primo livello che corrisponde a determinati territori; (ii) l'offerta su un sito internet di opzioni linguistiche comunemente utilizzate in determinati territori, quando tali lingue siano diverse da quelle comunemente utilizzate nel territorio in cui è stabilito l'acquirente e (iii) l'utilizzo di strumenti di confronto dei prezzi o pubblicità associata a motori di ricerca, che siano destinati a clienti in determinati territori o a gruppi di clienti<sup>4</sup>;
- iii. è stata introdotta la possibilità per il fornitore di trasferire (c.d. **pass-on**) **la restrizione di vendite attive**, quindi, di chiedere ai propri distributori di imporre a loro volta, ai loro diretti clienti, un divieto di vendite attive nei territori e/o gruppi di clienti assegnati in esclusiva ad altri distributori<sup>5</sup>;
- iv. è stata riconosciuta la **possibilità di utilizzare sistemi di distribuzione diversi tra i vari Stati membri** e, in questo caso, di proteggere i distributori esclusivi in uno Stato membro dalle **vendite attive** da parte di distributori selettivi o liberi - e dei loro clienti - nei paesi in cui esiste, rispettivamente, la distribuzione selettiva o la distribuzione libera<sup>6</sup>.

**b) Distribuzione selettiva**

Il Regolamento garantisce una maggiore protezione anche per i sistemi di **distribuzione selettiva** (i.e., quella forma di distribuzione in cui i prodotti o servizi sono commercializzati tramite distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nella quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema)<sup>7</sup>. In particolare:

- i. è stata introdotta, per evitare elusioni del divieto di rivendita fuori rete tipico della distribuzione selettiva, la possibilità per il fornitore di trasferire (c.d. **pass-on**) **la restrizione di vendite attive e passive a distributori non autorizzati**, quindi, di chiedere ai propri distributori selettivi di imporre a loro volta, ai loro diretti clienti, un divieto di vendite attive e passive a distributori non autorizzati situati all'interno del territorio in cui il fornitore opera il sistema di distribuzione selettiva<sup>8</sup>;
- ii. è stata riconosciuta, come detto, la **possibilità di utilizzare sistemi di distribuzione diversi tra i vari Stati membri** e, in questo caso, la possibilità di proteggere i distributori selettivi in uno Stato membro dalle **vendite attive e passive** da parte di distributori esclusivi o liberi - e dei loro clienti - a distributori non autorizzati situati nei paesi in cui il fornitore gestisce un sistema di distribuzione selettiva<sup>9</sup>;

---

3 Cfr. art. 4(b)(i) VBER e § 219 delle Linee Guida.

4 Cfr. art. 1(1)(l) VBER.

5 Cfr. art. 4(b)(i) VBER.

6 Cfr. artt. 4(c)(i)(1) VBER e 4(d)(i) VBER.

7 Cfr. art. 1(1)(g) VBER.

8 Cfr. artt. 4(c)(i)(2) VBER.

9 Cfr. artt. 4(b)(ii), 4(c)(i) e 4(d)(ii) VBER.

- iii. è stato precisato nelle Linee Guida che la combinazione della distribuzione selettiva con la distribuzione esclusiva nello stesso territorio non può beneficiare dell'esenzione di cui al Regolamento, anche quando il fornitore applica la distribuzione esclusiva all'ingrosso e la distribuzione selettiva al dettaglio<sup>10</sup>.

#### c) Distribuzione libera

Il Regolamento introduce, per la prima volta, una disciplina applicabile ai sistemi di distribuzione che non sono né esclusivi né selettivi (c.d. distribuzione libera), che specifica quali restrizioni possono essere imposte ai distributori liberi senza perdere il beneficio dell'esenzione. In particolare, oltre alle restrizioni di cui ai punti a) iv. e b) ii. *supra* a tutela dei distributori esclusivi e selettivi in altri paesi, è riconosciuta *inter alia* la possibilità di (i) imporre una restrizione relativa al luogo di stabilimento dell'acquirente, (ii) imporre una restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte di un acquirente operante al livello del commercio all'ingrosso<sup>11</sup> e (iii) in certe circostanze, come già riconosciuto per gli accordi di distribuzione selettiva<sup>12</sup>, vietare l'utilizzo dei *marketplaces* online, a condizione che tale restrizione non abbia, direttamente o indirettamente, come oggetto di impedire l'uso efficace di internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni o servizi oggetto del contratto<sup>13</sup>.

#### 4. Accordi di distribuzione tra concorrenti

Tra le novità più rilevanti introdotte dalla riforma vi è quella relativa alla disciplina della c.d. duplice distribuzione ("*dual distribution*"), ovvero i modelli di distribuzione nei quali il distributore vende i propri beni tanto direttamente ai consumatori finali quanto tramite distributori indipendenti, e che si caratterizza pertanto da uno scenario nel quale il fornitore opera in regime di concorrenza diretta con i propri distributori.

Recependo i commenti provenienti dagli *stakeholders*, il Regolamento non include, come aveva inizialmente proposto la Commissione Europea, una nuova soglia del 10% per l'esenzione degli accordi verticali in caso di *dual distribution*, mantenendo, quindi, anche per questi accordi la zona di sicurezza del 30% di quota di mercato.

Inoltre, il Regolamento ha ampliato l'ambito dell'esenzione, includendo espressamente i vari livelli della catena distributiva. Quindi, l'esenzione si applica agli accordi verticali tra un fornitore che opera, a monte, come produttore, importatore o grossista e, a valle, come importatore, grossista o distributore di beni, e un acquirente che opera a valle come importatore, grossista o distributore e non è un'impresa concorrente a monte<sup>14</sup>.

La novità più importante del Regolamento in relazione a questi accordi è l'introduzione di una nuova previsione che esclude dall'esenzione **gli scambi di informazioni** tra fornitore e distributore che non sono direttamente connessi all'esecuzione dell'accordo verticale o necessari per migliorare la produzione o la distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto<sup>15</sup>. Al riguardo, nelle Linee Guida è stato incluso un elenco (esemplificativo e non esaustivo), che viene sintetizzato nella seguente tabella, delle informazioni il cui scambio è generalmente ritenuto direttamente connesso all'esecuzione del contratto o necessario per migliorare la produzione o distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto, e che pertanto potrebbero, verosimilmente ed in base alle circostanze del caso concreto, beneficiare dell'esenzione di cui alla VBER<sup>16</sup>, nonché delle informazioni che sono generalmente ritenute non direttamente connesse all'esecuzione del contratto o necessarie per migliorare la produzione o distribuzione dei beni o servizi oggetto del contratto<sup>17</sup>. Questa nuova previsione

10 Cfr. § 236 delle Linee Guida.

11 Cfr. artt. 4(d)(iii) e (iv) VBER.

12 Cfr. C-230/16 - Coty Germany, § 64-69.

13 Cfr. § 335 delle Linee Guida.

14 Cfr. art. 2(4) VBER.

15 Cfr. art. 2(5) VBER.

16 Cfr. § 99 Linee Guida.

17 Cfr. § 100 Linee Guida.

richiederà ovviamente una **valutazione molto accurata dei flussi informativi** in essere tra fornitore e distributore al fine di evitare rischi antitrust.

INFORMAZIONI AUTORIZZATE	INFORMAZIONI NON AUTORIZZATE
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Informazioni tecniche</li> <li>➤ Informazioni logistiche</li> <li>➤ Feedback dei clienti (a certe condizioni)</li> <li>➤ Prezzi di sell-in</li> <li>➤ Prezzi al dettaglio suggeriti</li> <li>➤ Informazioni di marketing e promozionali (non prezzi futuri)</li> <li>➤ Informazioni di mercato</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Informazioni sui prezzi futuri</li> <li>➤ Informazioni su clienti specifici dei distributori</li> <li>➤ Informazioni relative a beni venduti da un acquirente con il proprio marchio con un produttore di prodotti di marca concorrenti, a meno che il produttore non sia anche il produttore dei prodotti a marchio proprio</li> </ul>

Infine, la versione finale del Regolamento ha mantenuto un approccio restrittivo nei confronti delle piattaforme, escludendo dall'esenzione le **piattaforme ibride**. In particolare, si precisa che l'esenzione per categoria non si applica agli accordi verticali relativi alla fornitura di servizi di intermediazione *online* in cui il fornitore di tali servizi è un'impresa concorrente sul mercato rilevante per la vendita dei beni o servizi oggetto dell'intermediazione<sup>18</sup>. È prevedibile che questa nuova previsione escluda dalla VBER numerosi accordi, i quali resteranno soggetti ad una valutazione individuale *ad hoc* con i conseguenti aggravii per le imprese.

## 5. La fissazione dei prezzi di rivendita (RPM)

Il Regolamento e le Linee Guida continuano a qualificare come restrizioni fondamentali della concorrenza le pratiche consistenti nell'imposizione verticale del prezzo da parte di un produttore ai propri distributori (c.d. *"resale price maintenance"*, o **"RPM"**). Le linee Guida prevedono alcune novità che meritano di essere menzionate:

- i. le Linee Guida forniscono indicazioni più ampie circa le circostanze in cui le pratiche di **RPM** possono comportare vantaggi in termini di **efficienza**<sup>19</sup>. Tuttavia, tali casi non potranno comunque beneficiare dell'esenzione automatica garantita dalla VBER. Le imprese dovranno svolgere un'analisi *ad hoc* di tali pratiche per valutare se esse soddisfino i requisiti per poter beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101(3) TFUE;
- ii. le Linee Guida stabiliscono poi che la fissazione da parte del fornitore di **prezzi minimi pubblicizzati** (c.d. *"minimum advertised price policies"* **"MAPs"**), sebbene in linea di principio lasci al distributore la libertà di fissare un prezzo di vendita inferiore a quello pubblicizzato, di fatto disincentiva la possibilità per il dettagliante di fissare prezzi di rivendita inferiori, limitando la sua capacità di informare potenziali clienti della disponibilità di eventuali sconti. Per tali ragioni, le Linee Guida stabiliscono che le **MAPs saranno considerate una forma indiretta di pratica RPM**<sup>20</sup>;

<sup>18</sup> Cfr. art. 2(6) VBER.

<sup>19</sup> In particolare, lancio di un nuovo prodotto (cfr. § 197(a) delle Linee Guida), campagne di breve termine di prezzi bassi - generalmente, dalle 2 alle 6 settimane - (cfr. § 197(b) delle Linee Guida), la fornitura da parte del dettagliante di servizi aggiuntivi prevendita, in particolare in caso di prodotti la cui qualità è di difficile valutazione prima del consumo (c.d. prodotti "d'esperienza") o nel caso di prodotti complessi (cfr. § 197(d) delle Linee Guida) e la possibilità per il fornitore di imporre al distributore un prezzo minimo di rivendita nel caso in cui tale distributore rivenda sistematicamente i prodotti del fornitore al di sotto dei prezzi all'ingrosso al fine di attirare nuova clientela (c.d. "prodotto civetta") (cfr. § 197(c) delle Linee Guida).

<sup>20</sup> Cfr. § 189 delle Linee Guida.

- iii. le Linee Guida stabiliscono come la fissazione del prezzo di rivendita nei **contratti di esecuzione** (i.e., gli accordi tra un fornitore e un acquirente che danno esecuzione a un accordo precedente tra il fornitore e un utente finale specifico) **non sempre costituisca una pratica RPM**, a condizione che sia il fornitore e non il cliente ad identificare l'impresa che provvederà all'esecuzione del contratto<sup>21</sup>;
- iv. nel contesto di un accordo tra un fornitore di prodotti e servizi e un'impresa attiva nell'economia delle piattaforme online, che riguardi la fornitura di servizi di intermediazione online<sup>22</sup>, l'impresa che fornisce i servizi di intermediazione online non può essere qualificata come acquirente ai sensi del Regolamento per quanto riguarda i beni o servizi offerti dal fornitore che utilizza tali servizi di intermediazione online<sup>23</sup>. Pertanto, il fornitore può fissare i prezzi di vendita sulla piattaforma online dei beni o servizi da lui offerti. Inoltre, le Linee Guida precisano che l'esenzione garantita dal Regolamento non si applica ad un accordo in base al quale un fornitore di servizi di intermediazione online impone un prezzo di vendita fisso o minimo per le transazioni online da lui intermedie<sup>24</sup>. In ogni caso, questo non si applica alle **piattaforme ibride** poiché non possono beneficiare dell'esenzione per categoria gli accordi verticali relativi alla fornitura di servizi di intermediazione *online* in cui il fornitore di tali servizi è un'impresa concorrente sul mercato rilevante per la vendita dei beni o servizi oggetto dell'intermediazione<sup>25</sup>.

## 6. Le clausole MFN

Le c.d. *most-favoured-nation clauses* ("**clausole MFN**", anche note come "*parity clauses*" o "*obblighi di parità*"), ovvero clausole inserite nei contratti di distribuzione con cui fornitore e distributore si obbligano reciprocamente a concedersi condizioni uguali o migliori rispetto a quelle offerte su qualsiasi altro canale di vendita o marketing, sono state oggetto di crescente attenzione da parte delle autorità della concorrenza negli ultimi anni<sup>26</sup>, nonostante ai sensi della precedente VBER beneficiassero dell'esenzione per categoria.

In questo contesto, il Regolamento ha **escluso dall'ambito di applicazione dell'esenzione** gli obblighi diretti o indiretti che impediscano agli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli attraverso servizi di intermediazione online concorrenti (c.d. "**across-platform retail parity obligations**")<sup>27</sup>.

Resta in vigore l'esenzione per categoria con riferimento a tutti gli altri tipi di clausole MFN e le Linee Guida forniscono ulteriori indicazioni circa le tipologie di MFN che possono beneficiare dell'esenzione<sup>28</sup>. In ogni caso, il Regolamento avverte espressamente del rischio che l'esenzione per categoria possa essere revocata laddove, ad esempio, il mercato rilevante per la fornitura di servizi di intermediazione online sia altamente concentrato e la concorrenza tra i fornitori di tali servizi sia limitata dagli effetti cumulativi di reti parallele di accordi analoghi che limitano la possibilità degli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli sui loro canali di vendita diretta<sup>29</sup>.

21 Cfr. § 193 delle Linee Guida.

22 Cfr. Art. 1(1)(e) per «servizi di intermediazione online» si intendono i servizi della società dell'informazione, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio(6), che consentono alle imprese di offrire beni o servizi: i) ad altre imprese, al fine di agevolare l'avvio di transazioni dirette tra tali imprese; o ii) ai consumatori finali, al fine di agevolare l'avvio di transazioni dirette tra dette imprese e i consumatori finali; indipendentemente dal fatto che tali operazioni siano concluse e dal luogo in cui sono concluse.

23 Cfr. § 67(a) delle Linee Guida.

24 Cfr. § 67(c) delle Linee Guida.

25 Cfr. art. 2(6) VBER e § 67(e) delle Linee Guida.

26 A livello europeo, si veda la decisione della Commissione Europea del 4 maggio 2017 relativa al procedimento AT.40153, *E-book MFNs and related matters (Amazon)*. In Italia, si veda il provvedimento dell'AGCM del 21 aprile 2015 reso all'esito del procedimento I779 - *Mercato Dei Servizi Turistici-Prenotazioni Alberghiere On Line*.

27 Cfr. art. 5(1)(d) VBER.

28 Cfr. § 254 delle Linee Guida.

29 Cfr. art. 6(1) VBER.

## 7. Le vendite online

La nuova VBER conferma la recente prassi della Commissione Europea<sup>30</sup>, che considera come **hardcore restriction** qualsiasi **divieto esplicito** da parte del fornitore riferito all'utilizzo da parte dei propri distributori di canali di vendita *online*<sup>31</sup>.

Tuttavia, le Linee Guida 2010 ricomprendevano tra le restrizioni fondamentali anche l'imposizione, da parte del fornitore, di criteri per le vendite on-line **che non fossero nel complesso equivalenti** a quelli imposti presso un punto vendita "non virtuale" (c.d. "**criterio di equivalenza**").

Significativamente, **le Linee Guida rimuovono l'obbligo di equivalenza**, con la conseguenza che non è più richiesto che i criteri imposti dai fornitori in relazione alle vendite *online* siano complessivamente equivalenti ai criteri imposti ai punti vendita fisici, **a condizione**, tuttavia, che tali diversi criteri **non si pongano l'obiettivo di ostacolare le vendite online**.

Una tra le più rilevanti novità introdotte dalla nuova VBER è quella relativa alla c.d. doppia tariffazione ("**dual pricing**"), che consiste nella fissazione da parte del fornitore, nei confronti dello stesso distributore, di prezzi all'ingrosso diversi per le vendite *online* e quelle *offline*.

Nella disciplina precedente, il *dual pricing* veniva considerato come una restrizione alle vendite passive, quindi, vietata. Le Linee Guida ribaltano tale prospettiva, a condizione tuttavia che la differenza di prezzo sia connessa ai diversi costi sostenuti in ciascun canale e abbia come obiettivo di incentivare o premiare un adeguato livello di investimenti effettuati rispettivamente nei canali *online* e *offline*<sup>32</sup>.

Ne risulta che **la doppia tariffazione non sarà più necessariamente considerata una hardcore restriction**, salvo il caso in cui la differenza di prezzo persegua l'obiettivo precipuo di ostacolare le vendite online e/o le vendite *cross-border*<sup>33</sup>.

Inoltre, recependo i principi della giurisprudenza *Coty*<sup>34</sup>, le Linee guida chiariscono che, in linea di principio, le **restrizioni relative all'utilizzo dei marketplace** sono coperte dall'esenzione per categoria, in quanto limitano soltanto una delle modalità di vendita online utilizzabili dal distributore (che resta libero di vendere mediante il proprio negozio online e gli altri canali online e di utilizzare la pubblicità online), a condizione che la restrizione non abbia l'oggetto di impedire l'uso effettivo di internet per la vendita dei beni/servizi contrattuali.

Infine, per quanto riguarda i **price comparison tools**, le Linee Guida stabiliscono che un divieto assoluto di utilizzare servizi di comparazione dei prezzi impedirebbe l'uso di un intero canale pubblicitario e configurerebbe, quindi, una restrizione *hardcore*. Viene tuttavia chiarito che le restrizioni che non impediscono l'utilizzo di tutti i servizi di comparazione dei prezzi, ad esempio l'obbligo che il servizio soddisfi determinati standard qualitativi, possono beneficiare dell'esenzione per categoria.

---

30 Cfr. caso C-230/16 *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:941, §§ 64-69.

31 Cfr. art. 4(c) del Regolamento 330/2010 e art. 4(e) della nuova VBER.

32 Cfr. § 209 delle Linee Guida.

33 Ibid.

34 Cfr. C-230/16 - *Coty Germany*.

## 8. Gli obblighi di non concorrenza

In base al regime precedente<sup>35</sup>, le clausole di non concorrenza<sup>36</sup> potevano beneficiare dell'esenzione per categoria a condizione che fosse rispettata la soglia del 30% di quote di mercato e che la loro durata non fosse superiore a **cinque anni**. Erano pertanto escluse dal beneficio dell'esenzione le clausole di non concorrenza: (i) di durata **indefinita**, (ii) di durata determinata **superiore ai cinque anni**, e (iii) **tacitamente rinnovabili** oltre cinque anni.

La nuova VBER mantiene l'impostazione precedente, lasciando immutato il periodo quinquennale<sup>37</sup>. Tuttavia, le Linee Guida introducono un'importante novità con riferimento all'ipotesi *sub (iii)* del **rinnovo tacito**, in quanto ora possono beneficiare dell'esenzione le clausole di non concorrenza che si rinnovano tacitamente oltre i cinque anni a condizione che sia consentito al distributore di rinegoziare effettivamente o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo di non concorrenza con un **ragionevole preavviso** e **senza incorrere in costi irragionevoli**, e che il distributore sia quindi in grado di passare ad un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni<sup>38</sup>.

La nuova norma è da accogliere positivamente in quanto conferisce maggiore flessibilità agli accordi verticali contenenti obblighi di non concorrenza tacitamente rinnovabili al termine del quinquennio. Resta tuttavia da chiarire perché l'esenzione non sia stata estesa anche agli accordi di durata indefinita e a quelli di durata determinata superiore ai cinque anni che possano essere risolti con un ragionevole preavviso e a costi ragionevoli, non essendo chiaro in cosa questi ultimi possano differire dai primi rispetto agli obiettivi perseguiti dalla norma.

## 9. Gli accordi di agenzia commerciale

La nuova disciplina mantiene l'impostazione precedente, secondo cui la condizione perché un rapporto di agenzia possa essere considerato escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE (e quindi dal VBER) consiste nella mancanza di indipendenza economica dell'agente, cioè nell'**assenza o non significatività di rischio finanziario o commerciale** in relazione ai contratti che l'agente conclude o negozia per conto del preponente (il c.d. "*agency test*").

**Le Linee Guida introducono un'interpretazione più restrittiva dell'*agency test***, facendo riferimento al criterio della **significatività** del rischio assunto dall'agente, che va valutato rispetto alle entrate generate dalla prestazione di servizi di agenzia da parte dell'agente (tipicamente, le commissioni che questo percepisce dal preponente), anziché con riferimento alle entrate realizzate dalla vendita di beni o servizi oggetto del contratto di agenzia<sup>39</sup>. Tale valutazione può risultare particolarmente complessa nel caso in cui si svolga attività di agenzia e di distribuzione indipendente per lo stesso fornitore (c.d. "**dual role**"), in quanto questo crea difficoltà nel distinguere tra investimenti e costi relativi alla funzione di agenzia, compresi gli investimenti specifici del mercato, e quelli che riguardano esclusivamente l'attività indipendente<sup>40</sup>.

---

35 Cfr. art. 5(1)(a) del Regolamento 330/2010, nonché §§ 66-67 delle Linee Guida del 2010.

36 Per «obbligo di non concorrenza» si intende qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di non produrre, acquistare, vendere o rivendere beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi oggetto del contratto, ovvero qualsiasi obbligo, diretto o indiretto, che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da un'altra impresa da questi indicata più dell'80 % degli acquisti annui complessivi dei beni o servizi oggetto del contratto, e dei relativi succedanei, effettuati dall'acquirente stesso sul mercato rilevante, calcolati sulla base del valore o, se tale è la normale prassi del settore, del volume dei suoi acquisti effettuati nell'anno civile precedente (cfr. art. 1(1)(f) VBER).

37 Cfr. art. 5(1)(a) VBER.

38 Cfr. § 248 delle Linee Guida.

39 Cfr. § 32 delle Linee Guida.

40 Cfr. § 37 delle Linee Guida.

Le Linee Guida specificano poi (i) che laddove l'agente faccia capo ad un **numero considerevole di preponenti** è meno probabile che il rapporto possa essere qualificato come di agenzia<sup>41</sup> e (ii) che gli accordi conclusi da imprese attive nell'economia delle **piattaforme online** generalmente non soddisfano le condizioni per essere classificati come contratti di agenzia che esulano dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFEU. Viene inoltre ribadito come l'eventuale qualificazione che le parti diano del contratto come di agenzia (ciò che è frequente con riferimento alle imprese operanti su piattaforme online<sup>42</sup>) sia irrilevante ai fini antitrust, poiché ciò che rileva è che il rapporto soddisfi l'*agency test*.

## 10. Conclusioni

La nuova disciplina presenta diversi miglioramenti rispetto al regime anteriore e recepisce alcune indicazioni emerse nella prassi applicativa del precedente Regolamento, puntando a garantire maggiore flessibilità ai sistemi distributivi. Le novità introdotte dal nuovo Regolamento e dalle relative Linee Guida sono molteplici e renderanno senz'altro necessaria per le imprese una revisione complessiva dei propri accordi verticali, non solo al fine di valutare se essi possano o meno continuare a beneficiare dell'esenzione per categoria garantita dal Regolamento, ma anche per cogliere le nuove opportunità offerte da quest'ultimo. Tuttavia, la nuova disciplina presenta ancora ambiti di incertezza che potrebbero dare luogo a prassi differenziate tra Stati Membri dell'UE e, quindi, rendere più complessa la conclusione di accordi verticali tra imprese. Al riguardo, sarà interessante constatare se lo strumento delle lettere di orientamento<sup>43</sup>, attualmente oggetto di consultazione pubblica<sup>44</sup> con l'obiettivo di consentire alla Commissione Europea maggiore flessibilità a vantaggio delle imprese e aumentare la certezza del diritto, potrà essere effettivamente utilizzato dalle imprese al fine di risolvere tali spazi di incertezza.

---

41 Cfr. § 30 delle Linee Guida.

42 Cfr. § 63 delle Linee Guida.

43 Lo strumento delle lettere di orientamento è stato introdotto con la Comunicazione della Commissione Europea sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento) (2004/C 101/06), nella quale la Commissione Europea adottava criteri che interpretavano restrittivamente le circostanze in cui la Commissione Europea poteva fornire orientamenti informali nei casi di reale incertezza circa l'applicazione delle norme antitrust.

44 Cfr. [link](#) alla consultazione pubblica della Commissione Europea, avviata con l'obiettivo di adottare una nuova Comunicazione sulla base di criteri aggiornati, considerato che la Commissione Europea ritiene che un approccio rigoroso come quello precedente non sia più giustificato.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi. Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

**Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:**

**Piero Fattori**  
**Partner**  
Responsabile dipartimento  
Concorrenza e Regolamentazione  
Roma  
+39 06 478751  
pfattori@gop.it

**Alberto Pera**  
**Partner**  
  
Concorrenza e Regolamentazione  
Roma  
+39 06 478751  
apera@gop.it

**Francesco Maria Salerno**  
**Partner**  
  
Concorrenza e Regolamentazione  
Bruxelles  
+32 2 340 1550  
fsalerno@gop.it

**Matteo Padellaro**  
**Partner**  
  
Concorrenza e Regolamentazione  
Roma  
+39 06 478751  
mpadellaro@gop.it

**Eva Cruellas Sada**  
**Partner**  
  
Concorrenza e Regolamentazione  
Milano  
+39 02 763741  
ecruellas@gop.it

**Salvatore Spagnuolo**  
**Partner**  
  
Concorrenza e Regolamentazione  
Roma  
+39 06 478751  
sspagnuolo@gop.it



**INFORMATIVA EX ART. 13 del Reg. UE 2016/679 - Codice in materia di protezione dei dati personali**

I dati personali oggetto di trattamento da parte dello studio legale Gianni & Origoni (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: [relazioniesterne@gop.it](mailto:relazioniesterne@gop.it). Titolare del trattamento è lo studio Gianni & Origoni, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.