



Vertical Block Exemption Regulation. La Commissione Europea pubblica il Documento di Lavoro sulla prima fase di valutazione del processo di revisione



23/12/2020



DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, PROSPETTIVE, SOCIETÀ

Roberto A. Jacchia
Esmeralda Dedej

In data 8 settembre 2020, la Commissione Europea ha pubblicato il Documento di Lavoro¹ che riassume i dati e le evidenze emerse dal processo di revisione del Regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali (*Vertical Block Exemption Regulation*, VBER)², che

scadrà in data 31 maggio 2022, e dei relativi Orientamenti sulle restrizioni verticali³.

In particolare, la Commissione ha voluto verificare se il VBER, durante il decennio della sua applicazione, abbia raggiunto in maniera efficiente (efficienza) gli obiettivi prefissati (efficacia), e se tali obiettivi siano tuttora attuali e rilevanti (rilevanza).

¹ Commission Staff Working Document, SWD(2020) 172 final del 08.09.2020, *Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*. Il documento è disponibile al seguente [LINK](#).

² Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, GUUE L 102 del 23.4.2010.

³ Orientamenti sulle restrizioni verticali, GUUE C 130 del 19.05.2010.



Inoltre, la Commissione ha esaminato la coerenza del VBER con altre norme e documenti dell'Unione (coerenza), quali in particolare gli Orientamenti sulle restrizioni verticali, e se esso apporti un valore aggiunto alla valutazione sulla compatibilità degli accordi verticali con l'articolo 101 TFUE (valore aggiunto). I risultati di questo articolato esercizio serviranno alla Commissione come punto di partenza nel decidere se lasciare scadere, rinnovare o rivedere il VBER.

Come è noto, gli accordi verticali che potrebbero pregiudicare la concorrenza impedendola, restringendola o falsandola possono venire considerati pro-concorrenziali laddove promuovano o migliorino il funzionamento della catena distributiva, o promuovano il progresso tecnico o economico, garantendo ai consumatori di beneficiarne anch'essi⁴.

In base al quadro giuridico esistente, le imprese devono condurre un *self-assessment* al fine di valutare se i loro accordi siano conformi all'articolo 101 TFUE. Tale valutazione si articola in due fasi: la prima fase, ai sensi del paragrafo 1, consiste nel verificare se un accordo limita la concorrenza; la seconda fase, ai sensi del paragrafo 3, consiste nel determinare gli effetti pro-concorrenziali dell'accordo e verificare se essi superino gli effetti restrittivi. In tale prospettiva, l'obiettivo generale del VBER e degli Orientamenti è quello di facilitare l'applicazione delle norme da parte della Commissione, delle Autorità nazionali di concorrenza (ANC) e dei Giudici nazionali, nonché di assistere le imprese nel condurre il *self-assessment* dei loro accordi verticali.

Il processo di revisione del VBER da parte della Commissione si è suddiviso in due fasi: i) una prima fase di valutazione, della durata di circa 18 mesi, ed ii) una seconda fase di valutazione dell'impatto (*impact assessment*), della durata approssimativa di 24 mesi. La prima fase di valutazione, avviata in data 31 maggio 2018, si è basata su una vasta gamma di fonti, tra cui la consultazione pubblica e il *workshop* del 2019 in cui sono stati raccolti i contributi degli *stakeholder*, studi commissionati ad esperti esterni, i contributi delle ANC, nonché evidenze raccolte nel contesto di altre iniziative rilevanti come l'indagine settoriale sul commercio elettronico⁵.

In questa prima fase, la Commissione ha proceduto attraverso una metodica frequentemente utilizzata in economia, la c.d. 'analisi controfattuale, vale a dire, ipotizzando una situazione in cui il VBER e i relativi Orientamenti fossero stati assenti. La valutazione ha pertanto ipotizzato una situazione in cui il rispetto dei criteri dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE dovesse essere valutato esclusivamente alla luce di altri orientamenti della Commissione, della giurisprudenza europea e nazionale, e delle prassi decisionali della Commissione e delle ANC.

La prima fase dell'indagine ha evidenziato alcuni aspetti cruciali. Nel complesso, le evidenze suggeriscono che il VBER, insieme agli Orientamenti, è utile e rimane rilevante per gli *stakeholder*. Tuttavia, la valutazione ha individuato anche una serie di problematiche, in particolare, per quanto riguarda la chiarezza delle regole e la loro capacità di affrontare i nuovi sviluppi

⁴ L'articolo 101 del TFUE, al paragrafo 3, dispone: "... *Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:*

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
- a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,

che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;

b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi ..."

⁵ I documenti sono disponibili al seguente [LINK](#).

del mercato, che talora ne limitano l'efficacia, l'efficienza e la coerenza.

Più particolarmente, nell'ambito dell'analisi di efficacia, la valutazione ha evidenziato che il VBER e gli Orientamenti sono strumenti utili che aumentano la certezza del diritto. Tuttavia, secondo le parti che si sono espresse, talune disposizioni mancano di chiarezza, sono complesse da applicare o non sono più adeguate alla realtà, in particolare per quanto riguarda il mercato

online. La valutazione ha inoltre individuato delle lacune nelle norme che non fanno riferimento alla giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) (ad esempio, la sentenza *Coty Germany* del 2017 nella Causa C-230/16⁶). Pertanto, l'obiettivo di agevolare, da un lato, l'*enforcement* e, dall'altro, il *self-assessment* e la certezza giuridica, non è stato pienamente raggiunto. Nonostante l'elenco delle restrizioni *hardcore*⁷ e delle restrizioni escluse⁸ sia considerato

⁶ CGUE 06.12.2017, causa C-230/16, *Coty Germany GmbH contro Parfümerie Akzente GmbH*.

⁷ restrizioni fondamentali”, dispone: “... L'esenzione di cui all'articolo 2 non si applica agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, isolatamente o congiuntamente con altri fattori sotto il controllo delle parti, hanno per oggetto quanto segue:

- a) la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita, fatta salva la possibilità per il fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o di raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti;
- b) la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l'acquirente che è parte contraente dell'accordo, fatta salva una restrizione relativa al suo luogo di stabilimento, può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, eccettuate le seguenti:
 - i) la restrizione delle vendite attive nel territorio esclusivo o alla clientela esclusiva riservati al fornitore o da questo attribuiti ad un altro acquirente, laddove tale restrizione non limiti le vendite da parte dei clienti dell'acquirente,
 - ii) la restrizione delle vendite agli utenti finali da parte di un acquirente operante al livello del commercio all'ingrosso,
 - iii) la restrizione delle vendite da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva a distributori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema, e
 - iv) la restrizione della facoltà dell'acquirente di vendere componenti, forniti ai fini dell'incorporazione, a clienti che userebbero tali componenti per fabbricare beni simili a quelli prodotti dal fornitore;
- c) la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio, fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato;
- d) la restrizione delle forniture incrociate tra distributori all'interno di un sistema di distribuzione selettiva, ivi inclusi i distributori operanti a differenti livelli commerciali;
- e) la restrizione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio a utenti finali, a riparatori o ad altri prestatori di servizi non incaricati dall'acquirente della riparazione o della manutenzione dei propri prodotti...”.

⁸ L'articolo 5 del VBER, intitolato “Restrizione escluse”, dispone: “... 1. L'esenzione di cui all'articolo 2 non si applica alle seguenti obbligazioni contenute in accordi verticali:

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

Ai fini del primo comma, lettera a), un obbligo di non concorrenza tacitamente rinnovabile oltre i cinque anni si considera concluso per una durata indeterminata.

2. In deroga al paragrafo 1, lettera a), il limite di cinque anni non si applica se i beni o servizi oggetto del contratto sono venduti dall'acquirente in locali e terreni di proprietà del fornitore o da questi affittati presso terzi non collegati all'acquirente, purché la durata dell'obbligo di non concorrenza non sia superiore al periodo di occupazione dei locali e terreni da parte dell'acquirente.

3. In deroga al paragrafo 1, lettera b), l'esenzione di cui all'articolo 2 non si applica a un obbligo diretto o indiretto che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi, qualora:

generalmente appropriato, secondo le parti interessate, potrebbe essere ridotto l'onere del *self-assessment* per le imprese attraverso l'esenzione di ulteriori restrizioni verticali frequentemente ricorrenti che, secondo le parti interessate, normalmente sarebbero soddisfattive delle condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE.

Per quanto riguarda l'efficienza, il Documento di Lavoro suggerisce che i costi per valutare se il VBER e gli Orientamenti siano applicabili a determinati accordi verticali sono stati ritenuti proporzionati ai benefici. Al tempo stesso, la Commissione ritiene che vi sia un notevole margine di miglioramento e ulteriore riduzione dei costi, in particolare, attraverso la semplificazione della formulazione e della struttura delle norme ed il loro aggiornamento per allinearle alle attuali necessità del mercato.

In termini di rilevanza, lo studio ha dimostrato che il VBER e gli Orientamenti non sono sufficientemente adeguati all'attuale contesto di mercato. Più particolarmente, la crescita esponenziale delle vendite *online* e del commercio elettronico ha avuto un impatto molto significativo sui modelli di distribuzione che ha, a sua volta, contribuito ad una moltiplicazione dei rapporti contrattuali, ad un sempre maggiore utilizzo degli accordi verticali, ad una diversificazione dei canali distributivi e di promozione dei beni e dei servizi offerti, e dei modelli di *business* utilizzati. Lo studio indica, ad esempio,

che vi è stato un aumento del ricorso ai sistemi di distribuzione selettiva, a discapito della distribuzione esclusiva, e che vi è stata una maggiore diffusione delle restrizioni relative alle vendite nei mercati *online*, alla pubblicità *online* e alle clausole contrattuali quali le *retail parity clauses* (clausole di parità di prezzo). Questi sviluppi del mercato confermano la rilevanza del VBER e degli Orientamenti con la conseguente necessità di affrontare le relative problematiche.

Per quanto concerne la coerenza, le parti interessate hanno riscontrato che il VBER e gli Orientamenti sono, nel loro complesso, coerenti sia con altre norme e orientamenti della Commissione sull'applicazione dell'articolo 101 del TFUE, sia con altre normative europee rilevanti per gli accordi verticali di fornitura e distribuzione. Ciononostante, lo studio ha evidenziato una minore coerenza tra alcune norme specifiche, tra cui il Regolamento *Geoblocking*⁹ ed il Regolamento *Platform-to-Business*¹⁰ (in particolare, in relazione alle *retail parity clauses*).

Inoltre, secondo le parti interessate, costituendo un *safe harbour* e offrendo pertanto maggiore certezza del diritto a livello europeo, il VBER e gli Orientamenti rappresentano senz'altro un valore aggiunto rispetto ad altri orientamenti esistenti sull'applicazione dell'articolo 101 del TFUE, che possono presentarsi più generici o frammentati.

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

Il paragrafo 1, lettera b), lascia impregiudicata la possibilità di imporre una restrizione non limitata nel tempo in relazione all'utilizzazione ed alla diffusione del «know-how» che non sia divenuto di pubblico dominio...».

⁹ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, GUUE L 60I del 2.3.2018.

¹⁰ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, GUUE L 186 dell'11.7.2019.

La principale preoccupazione che emerge dalla valutazione è che il VBER e gli Orientamenti non sono più adeguati agli sviluppi del mercato che si sono verificati successivamente al 2010, in particolare, in relazione alle vendite *online* ed ai nuovi *market players* come le piattaforme¹¹. Sono stati sollevati dei dubbi soprattutto in merito alla valutazione delle restrizioni alle vendite *online* e alla pubblicità, al *dual pricing* e alla distinzione tra vendite attive e passive, rilevante per la determinazione dei limiti di alcune restrizioni fondamentali del VBER. Numerose questioni sono state sollevate anche in relazione all'impatto di tali sviluppi sulla valutazione degli accordi di distribuzione selettiva, del principio di equivalenza¹², delle restrizioni all'uso dei mercati *online* e dei siti *web* di confronto dei prezzi, dei contratti di agenzia e delle *retail parity clauses*, nonché delle norme sulla duplice distribuzione¹³. Si è osservato che gli strumenti *online* consentono ai consumatori di ottenere e confrontare istantaneamente informazioni sui prodotti e sui prezzi e di passare rapidamente da un canale all'altro (presenza di un processo *omni-channel* in cui i consumatori possono passare da *online* a *offline* e viceversa). A tal proposito, il Documento di Lavoro sottolinea che i produttori hanno reagito alla maggiore trasparenza dei prezzi cercando di esercitare un più ampio controllo sulle proprie reti di distribuzione mediante vendite dirette attraverso canali *online*, l'uso crescente dei sistemi di distribuzione selettiva e di restrizioni contrattuali (tra cui sui prezzi, sulle *marketplace platforms* e sull'uso di siti *web* di confronto dei prezzi).

Di conseguenza, la seconda fase dell'indagine, vale a dire, la valutazione

di impatto, si concentrerà sull'evoluzione del mercato, sui *deficit* di chiarezza, sulla complessità delle regole, sulle difficoltà di applicazione pratica, sulla mancanza di esempi sufficientemente dettagliati e sulla mancanza di riferimenti alla più recente giurisprudenza della Corte. Nello specifico, dovranno essere affrontate le carenze relative ad alcune restrizioni fondamentali (come il mantenimento dei prezzi di rivendita), delle restrizioni escluse (come le clausole di non concorrenza), di alcuni modelli di distribuzione (come il *franchising*) e della combinazione di diversi modelli (come l'utilizzo della distribuzione esclusiva e di quella selettiva da parte dello stesso fornitore).

Lo scorso 23 ottobre 2020, la Commissione ha pubblicato la propria Valutazione di impatto iniziale (*Inception impact assessment*)¹⁴, che dà il via alla seconda fase. La valutazione di impatto affronterà in effetti il mantenimento dei prezzi di rivendita, la duplice distribuzione, le restrizioni alle vendite attive e alle vendite *online* e le clausole di parità tariffaria in relazione al commercio elettronico e al mercato *online*. Gli *stakeholder* hanno avuto tempo fino al 20 novembre 2020 per fornire i loro *feedback* a riguardo ed è prevista una consultazione pubblica per la fine di quest'anno. Nel corso del prossimo anno, la Commissione pubblicherà altresì una bozza del nuovo regolamento a valle dell'intero processo per raccogliere ancora una volta i commenti delle parti interessate.

¹¹ La descrizione dettagliata di ciascun argomento affrontato è riportata nell'allegato 4 del Documento di Lavoro.

¹² Il punto 56 degli Orientamenti dispone: "... La Commissione considera pertanto come una restrizione fondamentale qualsiasi obbligo che impedisce ai rivenditori designati l'utilizzo di Internet per raggiungere clienti più numerosi e differenziati imponendo criteri per le vendite on-line che non sono nel complesso equivalenti a quelli imposti presso un punto vendita «non virtuale»...".

¹³ Le situazioni di duplice distribuzione sono quelle in cui il produttore di un bene opera anche in quanto distributore, in concorrenza con i distributori indipendenti del bene medesimo.

¹⁴ Il documento è disponibile al seguente [LINK](#).



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Esmeralda Dedej

ASSOCIATE

 e.dedej@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com