

VBER e Orientamenti sulle restrizioni verticali. La Commissione invita gli *stakeholders* ad esprimersi sulle nuove proposte

📅 26/08/2021

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, SOCIETÀ, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 9 luglio 2021, la Commissione Europea ha pubblicato le nuove proposte in merito al Regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali (*Vertical Block Exemption Regulation*, VBER)¹ e agli Orientamenti sulle restrizioni verticali², avviando una consultazione pubblica allo scopo di raccogliere le opinioni degli *stakeholders*.

Il processo di valutazione del VBER e degli Orientamenti era stato avviato nel

2018 al fine di valutare il loro funzionamento e consentire alla Commissione di determinare se fosse opportuno abrogarli, prorogarne la durata (attualmente prevista fino al 21 maggio 2022) o sottoporli a revisione. In data 8 settembre 2020, pertanto, la Commissione aveva pubblicato un Documento di Lavoro che evidenziava come, nonostante il VBER e gli Orientamenti fossero ancora rilevanti per gli *stakeholders*, esistessero una serie di problematiche relative, tra le altre cose, alla chiarezza delle regole e alla loro

¹ 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 23.04.2010.

² Orientamenti sulle restrizioni verticali, GUUE C 130 del 19.05.2010.

adeguatezza ad affrontare le nuove realtà del mercato, che talora ne limitavano l'efficacia, l'efficienza e la coerenza³. Successivamente, nel dicembre 2020 la Commissione aveva lanciato una valutazione d'impatto, su cui si era svolta una consultazione pubblica conclusasi nel giugno 2021 con la pubblicazione dei relativi risultati⁴.

In linea con i risultati di questo articolato processo, le proposte della Commissione non si discostano in maniera radicale dal precedente quadro normativo, introducendo piuttosto diverse novità significative.

In primo luogo, al fine di adeguare l'attuale VBER e gli Orientamenti all'incremento esponenziale delle vendite *online*, la Commissione ha deciso di modificare la definizione di "fornitori" per includervi nuovi *players* quali i giganti dell'*e-commerce* e le piattaforme⁵.

In secondo luogo, la Commissione si è occupata delle fattispecie di c.d. "doppia distribuzione" (*dual distribution*), ossia degli accordi tra un fornitore di beni o

servizi che opera anche sul mercato al dettaglio ed i suoi distributori. Più particolarmente, la Commissione, da un lato, rende l'attuale esenzione per categoria applicabile non solo ai produttori ma anche ai grossisti e agli importatori, chiarendo, dall'altro, che essa riguarda tutti gli aspetti dell'accordo verticale non reciproco e tutte le restrizioni orizzontali conseguenti, comprese quelle derivanti dallo scambio di informazioni tra le imprese concorrenti⁶. La Commissione, inoltre, introduce una nuova soglia di quota di mercato, limitando l'esenzione agli accordi in cui la quota di mercato aggregata delle parti sul mercato rilevante a livello di vendita al dettaglio non supera il 10%⁷. Se, tuttavia, il fornitore e l'acquirente concorrenti detengono una quota di mercato aggregata sul mercato rilevante a livello di vendita al dettaglio superiore a tale soglia ma inferiore a quella generale di cui all'articolo 3 (pari al 30%)⁸, l'esenzione troverà comunque applicazione, tranne nel caso di scambi di informazioni tra le parti, da valutarsi in base alle regole applicabili agli accordi di

³ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

⁴ Per ulteriori informazioni si veda il seguente [LINK](#).

⁵ L'articolo 1 della proposta di VBER, intitolato "Definizioni", al paragrafo 1 lettera d) dispone: "... Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

(...)

d) per "fornitore" si intende un'impresa che fornisce servizi di intermediazione online, indipendentemente dal fatto che sia o meno una parte coinvolta nella transazione che essa facilita; per "servizi di intermediazione online" si intendono servizi che consentono alle imprese di offrire beni o servizi ad altre imprese o a utenti finali al fine di agevolare transazioni dirette tra tali imprese o tra tali imprese e gli utenti finali, indipendentemente dal luogo in cui tali transazioni sono concluse, e che costituiscono 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 Si veda il punto 87 della proposta di Orientamenti.

⁷ L'articolo 2 della proposta di VBER, intitolato "Esenzione", al paragrafo 4 dispone: "... L'esenzione di cui al paragrafo 1 non si applica agli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti. Essa si applica tuttavia a tutti gli aspetti di un accordo verticale non reciproco tra imprese concorrenti se:

(a) il fornitore è un produttore, un grossista o un importatore e un distributore di beni, mentre l'acquirente è un distributore e non un'impresa concorrente a livello della produzione, della vendita all'ingrosso o dell'importazione e la loro quota di mercato aggregata sul mercato rilevante a livello di vendita al dettaglio non supera il [10] %; o

(b) il fornitore è un prestatore di servizi a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente fornisce i propri servizi al livello del dettaglio e non è un'impresa concorrente al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto e la loro quota di mercato aggregata sul mercato rilevante a livello di vendita al dettaglio non supera il [10] %...".

⁸ L'articolo 3 VBER, intitolato "Soglia della quota di mercato", al paragrafo 1 dispone: "... L'esenzione di cui all'articolo 2 si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto...".

cooperazione orizzontali⁹. L'esenzione, infine, non si applicherà laddove un fornitore di servizi di intermediazione *online* che vende anche beni e servizi in concorrenza con le imprese alle quali fornisce tali servizi concluda con esse un accordo verticale non reciproco¹⁰.

In terzo luogo, la Commissione interviene sull'articolo 4 VBER che contiene le c.d. "restrizioni fondamentali", ossia quelle che, se inserite in un accordo, lo squalificano automaticamente della possibilità di beneficiare dell'esenzione. Nello specifico, l'imposizione di prezzi di rivendita (*resale price maintenance*, RPM)¹¹ è ancora qualificata come tale indipendentemente dalla struttura della distribuzione, ma i nuovi Orientamenti precisano che i) le politiche relative ai prezzi minimi pubblicizzati (*minimum advertised price policies*, MAPs), che vietano ai dettaglianti di pubblicizzare i loro prezzi al di sotto di un determinato importo fissato dal fornitore, possono anch'esse equivalere ad un RPM¹², e che ii) la fissazione del prezzo di rivendita in un accordo verticale tra un fornitore e un acquirente che dà esecuzione ad un accordo precedente tra il primo e un utente finale specifico (c.d. "contratto di esecuzione") non costituisce un RPM se quest'ultimo ha rinunciato al suo diritto di scegliere l'impresa che dovrebbe dare esecuzione all'accordo¹³. Il nuovo articolo

4 VBER, tuttavia, predispone il sistema di esenzioni specifiche in base a criteri relativi al territorio e al tipo di cliente, a seconda che si tratti di un accordo di distribuzione esclusiva, selettiva o gratuita (intendendosi per distribuzione gratuita quella non esclusiva né selettiva)¹⁴. La proposta, inoltre, offre alle imprese una maggiore flessibilità nella predisposizione dei loro sistemi di distribuzione introducendo un nuovo concetto di "esclusiva condivisa", in cui un fornitore può nominare uno od un numero limitato di distributori esclusivi in un determinato territorio o per un determinato gruppo di clienti, oltre a distribuire i prodotti stessi, a condizione tuttavia che il numero di distributori designati sia stabilito proporzionalmente al territorio o al gruppo di clienti attribuiti, in modo da garantire un certo volume di affari che preservi i loro investimenti¹⁵.

La Commissione ha, in quarto luogo, incluso nella proposta di nuovo VBER il concetto di "restrizioni alle vendite *online*", intese come quelle che, direttamente o indirettamente, isolatamente o in combinazione con altri fattori, hanno per oggetto di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente *internet* al fine di vendere i loro beni o servizi online o di impedire loro di utilizzare efficacemente uno o più

⁹ L'articolo 2 della proposta di VBER al paragrafo 5 dispone: "... Se il fornitore e l'acquirente concorrenti di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), detengono una quota di mercato aggregata sul mercato rilevante a livello di vendita al dettaglio superiore al [10] % ma inferiore alle soglie di quota di mercato di cui all'articolo 3, si applica l'esenzione di cui al paragrafo 1, tranne nel caso di scambi di informazioni tra le parti, che devono essere valutati in base alle norme applicabili agli accordi di cooperazione orizzontali...".

¹⁰ L'articolo 2 della proposta di VBER al paragrafo 7 dispone: "... Le eccezioni di cui all'articolo 2, paragrafo 4, lettere a) e b), non si applicano ai casi in cui un fornitore di servizi di intermediazione online che vende anche beni e servizi in concorrenza con le imprese alle quali fornisce tali servizi conclude un accordo verticale non reciproco con l'impresa concorrente in questione...".

¹¹ L'articolo 4 della proposta di VBER, intitolato "Restrizioni che eliminano il beneficio dell'esenzione per categoria - restrizioni fondamentali", alla lettera a) 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...".

¹² Si veda il punto 174 della proposta di Orientamenti.

¹³ Si veda il punto 178 della proposta di Orientamenti.

¹⁴ Si vedano le lettere b)-d) dell' articolo 4 della proposta di VBER.

¹⁵ Si veda il punto 102 della proposta di Orientamenti.

canali pubblicitari *online*¹⁶. La nozione di “utilizzo efficace di *internet*” viene specificata nella proposta di nuovi Orientamenti. Più particolarmente, ai fornitori è innanzitutto consentito di imporre requisiti di qualità ai distributori, a prescindere dal modello di distribuzione applicato, di talché gli accordi verticali che prevedono una restrizione dell'utilizzo di uno specifico canale di vendita *online*, come i mercati *online*¹⁷, o che definiscono *standard* qualitativi per le vendite *online*, possano beneficiare dell'esenzione nella misura in cui tale restrizione non abbia per oggetto di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente *internet* per vendere i loro beni o servizi online o di utilizzare efficacemente uno o più canali pubblicitari *online*¹⁸. Per quanto riguarda i mercati *online*, la proposta di Orientamenti si allinea alla decisione della Corte di Giustizia del 6 dicembre 2017 nella Causa C-230/16, *Coty Germany*¹⁹, stabilendo che una restrizione o un divieto di vendita sui mercati *online* riguarda le modalità di vendita dell'acquirente, non limitando queste ultime in un territorio o a un gruppo di clienti specifico. Di talché, sebbene limiti il ricorso ad un canale

online specifico, l'acquirente continua a disporre di altri canali²⁰.

La Commissione, inoltre, ha modificato il suo approccio nei confronti del c.d. “*dual pricing*”²¹: mentre tale pratica, in precedenza, era considerata una restrizione fondamentale, secondo i nuovi Orientamenti l'obbligo per il medesimo acquirente di pagare un prezzo diverso per i prodotti destinati alla rivendita *online* rispetto a quelli destinati alla rivendita *offline* può beneficiare del VBER nella misura in cui abbia per oggetto di incentivare o premiare un adeguato livello di investimenti effettuati nel relativo canale²².

La Commissione, infine, interviene anche sulle c.d. “clausole della nazione più favorita” (*Most Favoured Nation clauses*, MFNs)²³. Più particolarmente, mentre tali clausole beneficiano della esenzione secondo l'attuale VBER, la nuova proposta esclude dal suo ambito di applicazione le MFNs c.d. “ampie”, in cui una piattaforma *online* vieta ad un acquirente di offrire beni o servizi attraverso altre piattaforme *online* ad un prezzo inferiore o a condizioni migliori²⁴,

¹⁶ L'articolo 1 della proposta di VBER al paragrafo 1 lettera n) dispone: “... n) per “restrizione delle vendite attive o passive” si intende una restrizione delle vendite attive secondo la definizione di cui all'articolo 1, lettera l), o delle vendite passive secondo la definizione di cui all'articolo 1, lettera m). Per quanto riguarda la vendita di beni e servizi online, una restrizione che, direttamente o indirettamente, isolatamente o in combinazione con altri fattori, ha per oggetto di impedire agli acquirenti o ai loro clienti di utilizzare efficacemente Internet al fine di vendere i loro beni o servizi online o di impedire loro di utilizzare efficacemente uno o più canali pubblicitari online costituisce una restrizione delle vendite attive o passive, che, direttamente o indirettamente, isolatamente o in combinazione con altri fattori sotto il controllo delle parti, ha per oggetto la restrizione del territorio in cui o del gruppo di clienti al quale gli acquirenti possono vendere i beni o servizi oggetto del contratto o, nel caso della distribuzione selettiva, la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri del sistema di distribuzione selettiva operanti a livello del commercio al dettaglio...”.

¹⁷ I mercati *online* sono piattaforme online che mettono in contatto i commercianti e i potenziali clienti per consentire acquisti diretti.

¹⁸ Si vedano i punti 192-194 della proposta di Orientamenti.

¹⁹ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

²⁰ Si veda il punto 316 della proposta di Orientamenti.

²¹ Il “*dual pricing*” consiste nel fissare prezzi diversi su diversi mercati per lo stesso prodotto o servizio.

²² Si veda il punto 195 della proposta di Orientamenti.

²³ Le MFNs impongono ad un fornitore di beni o servizi di offrire questi ultimi ad un'altra parte a condizioni che non siano meno favorevoli rispetto a quelle offerte dal fornitore a determinate altre parti o su determinati altri canali.

²⁴ L'articolo 5 della proposta di VBER, intitolato “Restrizioni escluse”, al paragrafo 1 lettera d) dispone: “... L'esenzione di cui all'articolo 2 non si applica ai seguenti obblighi contenuti in accordi verticali: (...)

ricomprendendovi solamente quelle situazioni in cui una piattaforma *online* vieta ad un acquirente di offrire beni o servizi tramite i propri canali di vendita a condizioni migliori.

Gli *stakeholders* avranno ora tempo fino al 17 settembre 2021 per presentare le proprie osservazioni, sulla cui base la

Commissione riesaminerà nuovamente le proposte attualmente in discussione per poi introdurre le nuove norme alla scadenza dell'attuale VBER. Sembra, quindi, da escludere il venire meno del VBER a livello sistemico, la verosimile scelta legislativa essendo invece quella del loro adeguamento alle nuove realtà dei mercati.

(d) un obbligo diretto o indiretto che impedisca agli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli utilizzando servizi di intermediazione online concorrenti...".



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@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