



Infrazioni per oggetto e per effetto e condotte *intra brand* negli accordi verticali. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla validità di una clausola che conferisce al distributore una priorità per la finalizzazione di una operazione di vendita

📅 04/02/2022

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, CONTENZIOSO, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 18 novembre 2021, la Corte di Giustizia si è pronunciata nelle Causa C-306/20, «*Visma Enterprise*» SIA contro *Konkurences padome*, sull'interpretazione dell'articolo 101, paragrafi 1 e 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

(TFUE) nonché dell'articolo 2 e dell'articolo 4, lettera b), del 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 concordate¹. Tale domanda era stata

¹ GUUE L 71 del 09.03.2012.

presentata nell'ambito di una controversia tra la «*Visma Enterprise*» SIA ("Visma") e il *Konkurences padome* (Consiglio per la concorrenza della Lettonia) in merito alla decisione di quest'ultimo di irrogare un'ammenda alla Visma per una violazione del diritto lettone della concorrenza.

Questi i fatti.

In data 9 dicembre 2013, il Consiglio per la concorrenza aveva comminato un'ammenda pari a circa 64.000 euro alla Visma, titolare dei diritti d'autore relativi ai *software* di contabilità "*Horizon*" e "*Horizon Start*", per aver concluso degli accordi di distribuzione che prevedevano vantaggi a favore di taluni distributori, con l'effetto di restringere il gioco della concorrenza tra di loro.

Più particolarmente, secondo il Consiglio, la clausola 4.1 del contratto *standard* di collaborazione per l'anno 2011 tra la Visma e i suoi distributori prevedeva che, all'avvio del processo di vendita con l'utente finale, il distributore fosse tenuto a registrare la potenziale transazione in una banca dati creata dalla Visma, inviando un modulo elettronico tipo contenente talune informazioni relative all'utente in questione, e che il distributore che avesse registrato per primo la transazione godesse di una priorità nella finalizzazione dell'operazione per un periodo di sei mesi a decorrere dalla registrazione.

Benché la creazione di una banca dati relativa ai potenziali clienti dei distributori della Visma non fosse di per sé vietata, il vantaggio derivante dalla priorità per finalizzare la vendita, conferito al distributore che aveva registrato per primo il potenziale cliente, rivelava una regolamentazione restrittiva dei rapporti *intra brand* tra i distributori dei *software* di contabilità "*Horizon*" e "*Horizon Start*".

La Visma aveva presentato dinanzi all'*Administratīvā apgabaltiesa* (Corte amministrativa regionale; il "giudice del rinvio") un ricorso diretto all'annullamento della decisione del Consiglio, sostenendo che quest'ultima fosse viziata da errori materiali relativi alla valutazione dell'accordo controverso e all'interpretazione del suo oggetto nonché all'interpretazione dei criteri in base ai quali verificare se taluni accordi verticali siano esentati dal divieto delle intese previsto dal *Konkurences likums* ("legge sulla concorrenza lettone")². La Corte aveva parzialmente accolto il ricorso della Visma e annullato la parte della decisione impugnata relativa alla condanna al pagamento dell'ammenda, ordinando al Consiglio per la concorrenza di escludere dal calcolo di quest'ultima il fatturato netto della Visma nell'ultimo esercizio precedente l'adozione della decisione stessa.

Sia la Visma che il Consiglio per la concorrenza avevano proposto ricorso per cassazione dinnanzi al *Senāta*

² L'articolo 11 della legge sulla concorrenza al paragrafo 1 dispone: "... Sono vietati e nulli sin dalla loro conclusione gli accordi tra operatori che hanno per oggetto o per effetto di ostacolare, limitare o falsare la concorrenza nel territorio della Lettonia, ivi compresi gli accordi relativi:

- 1) alla fissazione diretta o indiretta di prezzi o di tariffe, in qualsiasi forma, oppure alle clausole per la loro formazione, nonché allo scambio di informazioni sul prezzo o sulle condizioni di vendita;
- 2) alla limitazione o al controllo del volume della produzione o delle vendite, dei mercati, dello sviluppo tecnico o degli investimenti;
- 3) alla ripartizione dei mercati in funzione del territorio, dei clienti, dei fornitori o di altri criteri;
- 4) a clausole che subordinano la conclusione, la modifica o la risoluzione di un contratto con un terzo all'accettazione, da parte di quest'ultimo, di obbligazioni che, secondo gli usi commerciali, non sono applicabili alla transazione in questione;
- 5) alla partecipazione a o all'astensione da procedure di appalto o aste oppure alle clausole relative a tali partecipazioni (o astensioni), salvi i casi in cui i concorrenti abbiano annunciato pubblicamente la loro offerta congiunta e tale offerta non abbia per oggetto di ostacolare, restringere o falsare la concorrenza;
- 6) all'applicazione di condizioni diverse a transazioni equivalenti con terzi, che determinano per questi ultimi condizioni sfavorevoli in termini di concorrenza;
- 7) ad atti (o astensioni) che impongono a un altro operatore di abbandonare un determinato mercato o che ostacolano l'ingresso di un altro potenziale operatore in un determinato mercato...".

Administratīvo lietu departaments (Corte suprema, sezione del contenzioso amministrativo), che aveva annullato la sentenza della Corte amministrativa regionale rinviando la causa dinanzi alla stessa. Chiamata nuovamente a pronunciarsi in materia, in data 13 settembre 2018 la Corte amministrativa regionale aveva respinto il ricorso, dichiarando legittima la decisione impugnata. Di conseguenza, la Visma aveva nuovamente proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza, che la Corte suprema aveva annullato in data 26 novembre 2019 ritenendo che la Corte amministrativa regionale non avesse proceduto ad una corretta valutazione del contesto giuridico ed economico dell'accordo controverso. Alla luce della necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, quest'ultima aveva deciso di sospendere il procedimento e di rivolgere alla Corte di Giustizia [sette questioni pregiudiziali](#).

Con le sue [questioni prima, quinta e sesta](#), il giudice del rinvio chiedeva di conoscere se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che un accordo concluso tra un fornitore e un distributore in forza del quale il distributore che ha registrato per primo una potenziale transazione con l'utente finale gode, per un periodo di sei mesi dalla registrazione, di una «priorità per la finalizzazione dell'operazione di vendita», salvo che l'utente vi si opponga, possa venire qualificato come "accordo avente per oggetto" o "per effetto" di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

La Corte ha preliminarmente ricordato che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE opera una distinzione tra la nozione di "restrizione per oggetto" e quella di "restrizione per effetto", ciascuna soggetta ad un regime probatorio diverso³. Taluni tipi di coordinamento tra imprese, infatti, rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per essere qualificati come "restrizione

per oggetto", di talché non occorre ricercarne né, *a fortiori*, dimostrarne gli effetti sulla concorrenza al fine di qualificarli come restrizioni non consentite, in quanto l'esperienza dimostra che essi determinano riduzioni della produzione ed aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori⁴. Di conseguenza, il criterio essenziale per determinare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto" risiede nel rilievo che esso presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuarne gli effetti⁵.

Per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentino un grado di dannosità sufficiente per essere considerati come una restrizione della concorrenza "per oggetto" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE occorre riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano, prendendo in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione⁶.

Per quanto riguarda il tenore dell'accordo controverso, secondo la Corte, dalla formulazione della clausola 4.1 non emerge in che cosa consista concretamente la "priorità per la finalizzazione dell'operazione di vendita"; di talché, tale clausola, di per sé, non sembra vietare ai distributori della Visma di rivolgersi in modo attivo al potenziale cliente o di rispondere alle sue richieste. Poiché, tuttavia, non spetta alla Corte valutare se, alla luce dell'insieme degli elementi pertinenti che caratterizzano il caso concreto, nonché del contesto economico e giuridico nel quale quest'ultimo si colloca, l'accordo in questione abbia per oggetto una restrizione della concorrenza, e bensì al

³ CGUE 30.01.2020, Causa C-307/18, *Generics (UK) e a.*, punto 63.

⁴ *Ibidem*, punto 64.

⁵ CGUE 02.04.2020, Causa C-228/18, *Budapest Bank e a.*, punti 37 e 54.

⁶ *Ibidem*, punto 51.

giudice del rinvio⁷, incomberà a quest'ultimo il compito di determinare il contenuto esatto dell'accordo controverso così come i suoi obiettivi.

Nel caso in cui l'accordo non possa venire essere qualificato come "restrizione per oggetto", il giudice del rinvio dovrà esaminarne gli effetti e, per poterlo qualificare come "restrizione della concorrenza" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, dovrà accertare la sussistenza di tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo⁸. Più particolarmente, per valutare gli effetti di un accordo sotto il profilo dell'articolo 101 TFUE occorrerà considerare il gioco della concorrenza nel concreto quadro controfattuale in cui si svolgerebbe in assenza dell'accordo⁹, prendendo in considerazione, tra le altre cose, la natura e la quantità dei prodotti oggetto dell'accordo, la posizione e l'importanza delle parti sul mercato dei prodotti di cui trattasi, il carattere isolato di tale accordo o, al contrario, la sua posizione in un complesso di accordi¹⁰.

Nel caso concreto, la quota di mercato della Visma non superava il 30%, ciò che, unitamente ad altri elementi, dovrebbe essere preso in considerazione al fine di determinare la struttura del mercato, e la posizione in esso della Visma stessa. Spetterà al giudice del rinvio, inoltre, esaminare gli effetti sulla concorrenza della riserva del potenziale cliente da parte di un distributore alla luce, in particolare, della circostanza che i distributori non ne siano preventivamente informati e che il cliente finale non sia informato della possibilità di opporsi a tale riserva, nonché alla luce della durata di quest'ultima. Con le sue questioni seconda, terza e settima, il giudice del rinvio chiedeva di

conoscere se l'articolo 101, paragrafo 3, TFUE debba essere interpretato nel senso che un accordo concluso tra un fornitore ed un distributore in forza del quale il distributore che ha registrato per primo una potenziale transazione con l'utente finale gode, per un periodo di sei mesi dalla registrazione, di una "priorità per la finalizzazione dell'operazione di vendita", salvo che detto utente vi si opponga, possa beneficiare, nel caso in cui si tratti di un accordo avente "per oggetto" o "per effetto" di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, di un'esenzione a norma del suo paragrafo 3.

La Corte ha preliminarmente ricordato che l'esame volto ad accertare se un accordo contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti od a promuovere il progresso tecnico o economico, e se esso sia fonte di efficienze o vantaggi, deve essere compiuto alla luce degli argomenti di fatto e degli elementi di prova forniti dalle imprese interessate¹¹. Più particolarmente, tale esame può richiedere che si tenga conto delle caratteristiche e delle eventuali specificità del settore se esse risultano decisive, dovendosi prendere in considerazione il carattere favorevole degli effetti sull'insieme dei consumatori nei mercati rilevanti¹². Secondo la Corte, pertanto, spetta al giudice del rinvio valutare se l'accordo in questione contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti della Visma, vale a dire, presenti vantaggi oggettivi sensibili tali da compensare gli inconvenienti che derivano dall'accordo sul piano della concorrenza¹³.

Con la sua quarta questione, infine, il giudice del rinvio chiedeva di conoscere se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE

⁷ CGUE 02.04.2020, Causa C-228/18, *Budapest Bank e a.*, punto 59; CGUE 14.03.2013, Causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, punto 29.

⁸ CGUE 02.04.2020, Causa C-228/18, *Budapest Bank e a.*, punto 38.

⁹ CGUE 30.01.2020, Causa C-307/18, *Generics (UK) e a.*, punto 118.

¹⁰ CGUE 11.12.1980, Causa 31/80, *L'Oréal*, punto 19.

¹¹ CGUE 11.09.2014, Causa C-382/12 P, *MasterCard e a./Commissione*, punto 235.

¹² *Ibidem*, punto 236.

¹³ *Ibidem*, punto 234.

debba essere interpretato nel senso che l'esistenza di un accordo che lo viola sia esclusa, qualora l'autorità competente ad attuare tale disposizione abbia effettuato una valutazione differenziata in merito all'attribuzione della responsabilità dell'infrazione.

La Corte ha preliminarmente rammentato che affinché sussista un "accordo" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è sufficiente che le imprese coinvolte abbiano espresso la loro volontà comune di comportarsi sul mercato in un determinato modo.

Più particolarmente, la questione dell'esistenza di un accordo vietato ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è diversa da quella dell'attribuzione della responsabilità dell'infrazione e dell'applicazione di una sanzione ad una parte di tale accordo. Mentre infatti la prima questione riguarda i presupposti di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, la seconda è relativa alle conseguenze della violazione e viene in rilievo solo qualora sia previamente accertata l'infrazione. Di conseguenza, purché sia dimostrata l'esistenza di un accordo che viola l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, la valutazione dell'autorità competente ad attuare tale disposizione in merito all'attribuzione della responsabilità dell'infrazione alle parti di tale accordo non può incidere sulla constatazione dell'infrazione.

Alla luce di quanto precede, la Corte ha pertanto statuito che:

“L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che un accordo concluso tra un fornitore e un distributore in forza del quale il distributore che ha registrato per primo una potenziale transazione con l'utente finale gode, per un periodo di sei mesi dalla registrazione, di una «priorità per la finalizzazione dell'operazione di vendita», salvo che detto utente vi si opponga, non può essere qualificato come «accordo avente per oggetto» di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi della disposizione citata, a meno che si possa

ritenere che detto accordo, in considerazione del suo tenore letterale, dei suoi obiettivi e del suo contesto, presenti un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per essere qualificato in tal modo.

Nell'ipotesi in cui un siffatto accordo non costituisca una restrizione della concorrenza «per oggetto», ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, il giudice nazionale deve esaminare se, alla luce di tutte le circostanze rilevanti del procedimento principale, vale a dire, segnatamente, il contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, la natura dei beni o dei servizi coinvolti, nonché le condizioni effettive di funzionamento e la struttura del mercato in questione, tale accordo possa essere considerato restrittivo della concorrenza in modo sufficientemente sensibile in ragione dei suoi effetti reali o potenziali.

L'articolo 101, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che un accordo concluso tra un fornitore e un distributore in forza del quale il distributore che ha registrato per primo una potenziale transazione con l'utente finale gode, per un periodo di sei mesi dalla registrazione, di una «priorità per la finalizzazione dell'operazione di vendita», salvo che detto utente vi si opponga, può beneficiare, nel caso in cui costituisca un accordo avente «per oggetto» o «per effetto» di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, di un'esenzione a norma del paragrafo 3 di detto articolo solo se soddisfa le condizioni cumulative ivi previste.

L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che l'esistenza di un accordo vietato da detta disposizione non può essere esclusa per la sola ragione che l'autorità competente ad attuare tale disposizione abbia effettuato una valutazione differenziata in merito all'attribuzione della responsabilità dell'infrazione alle parti di tale accordo”.



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