GIANFRANCO SIMONINI

CONCESSIONE DI VENDITA IN ESCLUSIVA E DISTRIBUZIONE INTEGRATA NEL SISTEMA ANTITRUST

2009

GIANFRANCO
SIMONINI

CONCESSIONE DI VENDITA IN ESCLUSIVA E DISTRIBUZIONE INTEGRATA NEL SISTEMA ANTITRUST

2009

GIANFRANCO SIMONINI

concessione di vendita in esclusiva
e distribuzione integrata nel sistema antitrust

2009

La distribuzione è un settore d'importanza cruciale per l'economia europea, non solo per le sue dimensioni e per il gran numero di persone che vi sono impiegate, ma anche per la sua rilevanza per altri settori (ad esempio, quasi tutti i beni raggiungono il consumatore finale attraverso un canale di distribuzione). È pertanto essenziale per il benessere dell'Europa che i mercati della distribuzione siano mantenuti aperti e competitivi. Il 1 giugno 2000 sono entrate in vigore nuove norme in materia di accordi di distribuzione e di fornitura, detti «accordi verticali» nel linguaggio della concorrenza. Tali norme hanno introdotto un approccio marcatamente economico in questo settore del diritto della concorrenza. Esse accordano alle imprese un'ampia libertà di scelta quanto alle modalità di distribuzione da esse prescelte ma, allo stesso tempo, avvertono con chiarezza che alcune pratiche che ostacolano l'accesso al mercato o che restringono la concorrenza non saranno ammesse. Dette norme provvedono anche affinché la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possano agire in maniera efficace per impedire tali pratiche restrittive.

Dr. Mario Monti,
prefazione all'opuscolo: Competition policy in Europe, European Commission.

I fattori di primaria importanza nella distribuzione sono i vettori che permettono il contatto tra l'Azienda ed il Mercato: i canali distributivi. Questi vettori devono essere in grado di cogliere tutte le opportunità che il mercato può offrire, operando, ad un tempo, in modo flessibile e tenace.

Corrado Ferfoglia, manager.
Le opportunità del mercato competitivo.

a mia madre ed a mio padre

INDICE

I. IL CONTRATTO 1
1.1 la struttura 1
1.2 un accordo tra diseguali 9
1.3 insufficienza dello schema dell'acquisto per la rivendita 14
1.4 il distributore integrato 15
1.5 obblighi accessori 24
1.6 uno schema contrattuale multiforme 25
1.7 le principali caratteristiche del contratto di distribuzione integrata 26
1.8 la qualificazione giuridica del contratto 34
1.9 il contratto di concessione comprende varie fattispecie contrattuali 45
1.10 prime conclusioni 49

2. LA DISTRIBUZIONE ESCLUSIVA 53
2.1 il contratto di concessione di vendita come contratto di distribuzione in esclusiva 53
2.2 il recesso nel regime distributivo esclusivo 57
2.3 l'approvvigionamento esclusivo. 58
2.4 il concessionario multibrand. 59

3. LA DISTRIBUZIONE E SELETTIVA 61
3.1 un sistema escludente 61
3.2 la distribuzione quantitativa: il numerus clausus. 65
3.3 il recesso nei regime distributivo selettivo 67
3.4 il recesso motivato. 67
3.5 un recesso trasparente 70
3.6 il recesso per riorganizzazione 73
3.7 il recesso per giusta causa 74
3.8 la risoluzione per inadempimento 75
3.9 un recesso per giusta causa speciale 76
3.10 congruità del periodo di preavviso nel recesso 78
3.11 il problema degli investimenti 84
3.12 la possibilità del distributore di cambiare marca e l'art. 9 della L.192/98. 85
3.12 il controllo societario 99

4 EVOLUZIONE DEL SISTEMA SELETTIVO 103
4.1 il franchising 103

5. LA SUBFORNITURA 107
5.1 la subfornitura: terreno di elezione di una relazione commerciale stabile 107

6. LE CLAUSOLE PIÙ RICORRENTI NEI CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE, ... 113
6.1 la clausola di esclusiva 113
6.2 le clausole di fatturato minimo 114
6.3 le clausole sulla determinazione dei prezzi. 114
6.4 il patto di riservato dominio. 116
6.5 le vendite attive e passive. 117
6.6 il tying – le vendite abbinate 118

6.7 la clausola inglese 119
6.8 l'availability clause 119
6.9 la location clause 120
6.10 l'esclusiva aperta 120
6.11 la preinformazione sulla struttura del contratto e posizione delle parti. 120

7. ANTITRUST E MERCATO. 121
7.1 workable competition 121
7.2 il sistema antitrust 130
7.3 la valutazione dell'intesa 133
7.4 un intesa in senso verticale 155
7.5 i regolamenti di esenzione e le parti. 158
7.6 le imprese indipendenti nell'accordo 160
7.7 le intese 167
7.8 un' intesa che reca pregiudizio al commercio comunitario. 169
7.9 il mercato rilevante 173
7.10 la valutazione dell' intesa 176
7.11 il regolamento generale 2790/99/CE. 179
7.12 monomarchismo (single branding) 184
7.13 distribuzione esclusiva (exclusive distribution) 186
7.14 attribuzione dei clienti in esclusiva (exclusive customer allocation) 188
7.16 il franchising 191
7.17 fornitura esclusiva (exclusive supply) 191
7.18 vendita abbinata (Tying) 192
7.19 prezzi imposti di rivendita 192
7.20 lo scambio di informazioni commerciali 194
7.21 gli effetti diretti del diritto comunitario 196
7.22 le parti del contratto e le violazioni antitrust. 200

8. LE VENDITE A CATENA 209
8.1 il regresso 209

9. LE LICENZE DI DPI 211
9.1 licenze ed antitrust 211
10. UN ESEMPIO DI CONTRATTO DI CONCESSIONE DI VENDITA 213
10.1 un contratto 213

11. LA RETE COMMERCIALE. 221
11.1 attuazione della politica commerciale del produttore 221
11.2 la formazione del contratto e la rete 225

12. SCONTISTICA ED ANTITRUST 229
12.1 pratiche illecite 229

13. IL CONTRATTO DI RIPARATORE AUTORIZZATO 231
13.1 un contratto accessorio 231
13.2 i servizi di garanzia 231
13.3 le informazioni tecniche sulla riparazione 233
13.4 standard del servizio assistenza 233

Anticipazione delle conclusioni.

I contratti di distribuzione formano una categoria molto vasta che raggruppa varie fattispecie. Alfine di individuare una sotto categoria che presenti tratti in comune occorre, a nostro avviso, dapprima sottrarre quei contratti nei quali il distributore, pur inserendosi nella rete distributiva del produttore, opera con totale indipendenza sotto il profilo strategico. Di questi, la figura più nota è quella del "distributore autorizzato" (contrapposta a quella di distributore integrato o concessionario), il quale vende un prodotto specifico, ma non è soggetto a tutti gli obblighi conseguenti all'integrazione della sua impresa in quella del produttore. Occorre poi ancora sottrarre quei contratti nei quali gli operatori non assumono un rischio di impresa nella rivendita, come gli agenti di commercio.
Vengono, pertanto, considerati solo quei contratti nei quali gli operatori sono integrati nel processo distributivo del produttore, accettando comuni politiche commerciali, tra questi: il concessionario esclusivo, il distributore selettivo, il franchisee.
Consideriamo, inoltre, quelle figure che si interpongono nella fase distributiva attraverso la mera prestazione di servizi post-vendita, accessori alla vendita del bene primario. In queste la prestazione fornita è di servizi (e non di vendita di un prodotto), ma tale prestazione è collegata indissolubilmente a quella della vendita del bene primario che, diversamente, non sarebbe vendibile se atto al funzionamento e destinato ad un consumatore.
Definiamo questa sotto categoria "*distributori integrati*".
Il contratto di distribuzione diviene così anche uno strumento per formare un aggregato reticolare caratterizzato da regole condivise.
Rileviamo, infine, la tendenza del diritto *antitrus*t a condizionare la formulazione dei testi contrattuali e la possibilità del distributore integrato di utilizzare la normativa *antitrust* per ottenere, avanti le corti nazionali, il risarcimento dei danni nel caso in cui il contratto di distribuzione sia stato per il produttore uno strumento per ottenere ingiustificati vantaggi economici.

Avvertenze

Le tesi qui espresse sono opinioni personali dell'autore.

L'acronimo TCE sta per Trattato che istituisce la Comunità Europea (Roma 1957).

Per Commissione, Tribunale Ce e Corte Ce si intendono le Istituzioni previste dal TCE.

I casi esaminati dalla Commissione, dal Tribunale o dalla Corte sono indicati col nome in corsivo della parte.

I. IL CONTRATTO

1.1 la struttura

Il contratto di concessione di vendita viene generalmente qualificato come contratto misto[1], risultante dalla combinazione di più tipi o frammenti contrattuali tipici (compravendita, mandato, somministrazione di beni e servizi) o atipico[2], risultante dalla

---

[1] Nel caso del contratto misto, si ricorre alla teoria dell'assorbimento (applicazione della disciplina del contratto prevalente) per regolarlo (Cass. 21 dicembre 1999, 14372). "In tema di contratto misto (nella specie, di vendita e di appalto), la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente" (Cass. SS. UU. 12 maggio 2008, 11656).
Una giurisprudenza risalente (v. Cass. 14 maggio 1960, 884, Rep. Foro it. 1960) qualifica di "natura complessa" quel contratto che dà al concessionario il diritto esclusivo di vendere i prodotti al concedente in un determinato territorio, in quanto esso riunisce in sè gli elementi caratteristici della vendita e del mandato, intimamente connessi in un unico negozio che resta pertanto disciplinato dalle norme del primo negozio relativamente ai singoli rapporti di scambio e dalle norme del secondo per quanto attiene alla collaborazione ed al collegamento degli interessi dei contraenti".

[2] In alcuni ordinamenti, il contratto di concessione di vendita non è disciplinato a livello normativo, ma ha norme di riferimento: in Belgio la L. 27.7.61 disciplina il recesso e le indennità di fine rapporto nella concessione di vendita in esclusiva.
In giurisprudenza, Cass. 23 gennaio 2006, 1227, conferma il giudice del merito che aveva parlato di contratto di concessione come contratto atipico con complessa funzione di scambio, collaborazione tra le parti ed obbligo di assunzione da parte del concessionario della promozione contrattuale ed accordi integrativi. Nonchè Cass. SS.UU. 12263/93: "si tratta di un contratto atipico assimilato, di volta in volta, alla somministrazione, alla vendita, al mandato, all'agenzia ed al contratto misto". I termini contratto misto e atipico sono usati nella massima in modo del tutto promiscuo.
Varie sono, comunque, le proposte di classificazione elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza che qualificano il contratto di concessione come contratto atipico o misto, in dipendenza dello specifico caso concreto esaminato. Difficoltà esegetiche derivano anche dal fatto che i modelli contrattuali risentono spesso del condizionamento del paese ove sono elaborati e dal quale si irradiano verso i vari paesi ove il produttore nomina distributori. Questi paesi li recepiscono generalmente senza particolari problemi. Per quanto attiene al nostro paese, l'art. 64 della L. 218/95, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, prevede come unico limite di recepimento degli atti stranieri che "le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico".

combinazione di schemi contrattuali non definiti dalla normativa, rafforzato da clausole caratteristiche (ad es. esclusiva di zona), derivate dalla prassi commerciale (*lex mercatoria*). Il contratto di concessione è generalmente inserito nella categoria dei contratti di distribuzione[3] che comprende (più che modelli contrattuali) sistemi (o tecniche o metodi[4]) di distribuzione variamente articolati. Come categoria generale, il contratto di concessione è visto come un rapporto di collaborazione duraturo tra due parti, nel quale l'una ha l'obbligo di promuovere la conclusione di contratti nell'interesse dell'altra verso un insieme predeterminato di clienti, assumendosi il rischio economico della distribuzione. Nella contrattualistica internazionale il contratto di concessione corrisponde a quello di *Distributorship Agreement*, categoria generale entro la quale si collocano contratti che riproducono varie forme distributive[5]. Una così vasta categoria consentirebbe di applicare, per analogia, norme tratte

---

In Francia i distributori hanno ripetutamente posto la questione, nelle aule di giustizia, dell'assimilazione del contratto di concessione al mandato di interesse comune, al fine di far valere l'inammissibilità del recesso unilaterale anticipato. In tale figura il mandatario ha un concreto interesse alla buona riuscita dell'affare e non è consentito al mandante recedere anticipatamente. La tesi, pur avendo avuto un ualche successo, non è attualmente seguita (Court de Cassation 7 ottobre 1997, 1978, caso Volvo; 3 luglio 2001, caso Fichet Bauce, su Lexinter. net). Va rilevato che la categoria del mandato di interesse comune non è presente in ogni Stato comunitario. Inoltre, richiederebbe la configurazione di un rapporto bilaterale o plurilaterale basato su una costante condivisione della politica della gestione dell'affare, condivisione che nella concessione di vendita è solo apparente per la diseguale posizione delle parti che generalmente caratterizza il rapporto. Se la collaborazione avviene su basi relazionali condivise, la contrattualistica accede a forme diverse. Sulla base dei principi del mandato di interesse comune si sono elaborati gli obblighi di preinformazione contrattuale, ritenuti applicabili a tutti i contratti di distribuzione.

[3] Sui contratti di distribuzione la letteratura è sterminata, tra gli altri: PARDOLESI, Contratti di distribuzione, Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1990, 66; VETTORI, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, Milano, 1983; DELLI PRISCOLI, Franchising e tutela dell'affiliato, Milano, 2000; ROPPO, I contrati di distribuzione integrata, 1994.

[4] Nel caso *Pronuptia de Paris* a proposito di un contratto di franchising, la Corte CE (28.1.86) parla di modalità di valorizzare il *know how* posseduto, ma è del tutto evidente che il franchising si pone, in primo luogo, come sistema distributivo.

[5] Corretta sembra l'interpretazione contenuta nello Staff working document n. 1 della Commissione UE, ove si parla di "various distribution models". Di "distribution agreements" si parla nel regolamento *automotive* 1400/02/CE e nell'opuscolo della Commissione "Competition policy in Europe: the competition rules for supply and distribution agreements".

da contratti che hanno elementi comuni: in realtà il ricorso all'analogia è molto scarso. Basti pensare all'indennità di fine rapporto, desumibile dal contratto di agenzia, non applicata nel nostro paese al contratto di concessione[6], ma applicata in altri paesi (Germania, Portogallo). Rimane dubbia l'applicabilità, nel nostro ordinamento, al contratto di concessione di vendita della fattispecie del recesso per giusta causa ex art. 2119, I° comma, applicabile al contratto di agenzia[7]. Mentre tale recesso è da alcuni ritenuto ammissibile nel contratto di concessione di vendita in esclusiva, ove si assiste ad una valutazione del concessionario su basi soggettive e fiduciarie[8], diverso discorso può farsi nell'ipotesi di un contratto di "concessione" basato su elementi puramente oggettivi (distribuzione selettiva).

Il termine "contratto di concessione di vendita" si presenta equivoco se viene utilizzato per identificare, come genere, diversi modelli distributivi[9], mentre appare più correttamente utilizzabile se identifica

---

[6] L'unica norma trasversale che sembra abbracciare tutti i contratti di distribuzione è l'art. 9 della legge sulla subfornitura (L. 192/98) in tema di abuso di dipendenza economica. Comunque, l'esigenza di non accordare tutela a situazioni di palese iniquità dovuta alla disparità di forze (Gross disparity) è unanimamente sentita anche a livello del diritto contrattuale: v. art. 4:109 dei Principles of european contract Law, Commissione Lando, titolato "Excessive benefit or unfair advantage". Non sembra pertanto più possibile richiamarsi alla libertà del contratto per legittimare relazioni contrattuali fortemente sbilanciate, finalizzate ad estrarre dalla controparte i massimi profitti. Nei paesi anglosassoni, ove il contratto è sinonimo di libertà di regolare i propri interessi, i comportamenti delle parti negli affari, specie verso i consumatori, sono poi regolati da rigidi codici comportamentali, scrupolosamente osservati. È presente in tali paesi la dottrina della *unconscionability*, volta ad evitare che la parte forte si avvantaggi in una relazione nella quale la parte debole non percepisce esattamente gli obblighi cui è tenuta.
È molto attenta agli abusi che intervengono su una relazione contrattuale consolidata (stabile) la giurisprudenza francese.

[7] V. Cass. 12 dicembre 2001, 15661: "Si ritiene possibile fare riferimento al recesso per giusta causa previsto dall'art. 2119 c.c. sulla base dell'analogia sussistente tra il rapporto di agenzia e di lavoro subordinato, entrambi presupponenti una relazione fiduciaria tra le parti".

[8] Alla valutazione del comportamento di una parte, tale da menomare la fiducia dell'altra, allude l'art. 1564 c.c., in tema di risoluzione del contratto di somministrazione.

[9] Ai fini *antitrust* sistemi o modelli distributivi sono generalmente distinti in cinque fattispecie: a) accordi di distribuzione esclusiva; b) accordi di acquisto esclusivo; c) accordi di franchising; d) accordi di distribuzione selettiva; e) accordi di fornitura esclusiva in un determinato territorio o nella EU. Nei primi tre casi erano stati emanati, prima del regolamento 2790/99/CE, tre regolamenti di esenzione per

un particolare modello: la distribuzione esclusiva[10]. Ciò secondo la tradizione continentale[11].

Se si vuole descrivere una categoria generale, con tratti comuni, dei contratti di distribuzione non è possibile enfatizzare solo una loro caratteristica: l'acquisto per la rivendita[12]; infatti, tale caratteristica non è esaustiva, essendo il contratto, nella prassi, ampiamente utilizzato anche per regolare il servizio di assistenza post-vendita (v. regolamento *automotive* 1400/02/CE) .

Come categoria generale si è fatto anche ricorso a quella dei contratti di impresa, contratti per mezzo dei quali si esplica e realizza l'attività dell'impresa commerciale. Questi contratti presenterebbero la caratteristica della spersonalizzazione del rapporto dalle vicende dell'imprenditore, del ricorso a moduli o condizioni generali per la contrattazione, della sufficienza della mera determinabilità dell'oggetto[13]. La categoria è, tuttavia, troppo vasta per essere qui

---

categoria, a testimonianza della meticolosa analisi svolta dalla Commissione su queste forme distributive.

[10] L'esclusiva non è, come si dirà, elemento essenziale al contratto. Nota COSTANZA, La concessione di vendita: obblighi del concedente e diritti del concessionario, Giust. Civ. 2000, 1813, che una posizione equilibrata dei ruoli tra concedente e concessionario si raggiunge solo se vengono date al concessionario reali posizioni di esclusiva. Dal punto di vista operativo, in determinati settori, ove vengono richiesti notevoli investimenti, una concessione senza esclusiva verrebbe a creare una situazione di eccessiva diseguaglianza tra concedente e concessionario, salvo quest'ultimo non possa vendere più marche.

[11] V. SAYAG, Le contrat cadre II – La Distribution, Paris, pg. 89.

[12] Questo tratto comune è utilizzato nel regolamento 2790/99/CE per definire gli accordi verticali, accordi che riproducono appunto, in massima parte, i contratti di distribuzione; v. art. 2 "Conformemente all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, e salvo il disposto del presente regolamento, il paragrafo 1 di detto articolo è dichiarato inapplicabile agli accordi o alle pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi ("gli accordi verticali"). Da questi contratti si possono distinguere i contratti di licenza di trasferimento di tecnologie finalizzati alla produzione per la rivendita. La subfornitura industriale rientra nelle intese verticali se limitata al trasferimento di mere specifiche di lavorazione (v. § 33, COMMISSIONE: Comunicazione della Commissione linee direttrici sulle restrizioni verticali 2000, a seguito: Guidelines).

[13] Sul punto, BREGOLI, I Contratti di impresa, Giur. Comm. 2008, 141/1. La questione della determinabilità dell'oggetto viene generalmente risolta nei contratti di distribuzione attraverso la predisposizione di contratti programmatici (o convenzioni), entro i quali si innestano i contratti esecutivi. I termini per procedere alla formazione dei contratti esecutivi devono desumersi dai contratti

considerata, comprendendo ogni aspetto dell'operare dell'impresa, non solo quello distributivo.

A questo punto occorre incominciare ad esaminare la fattispecie del contratto di concessione nel nostro ordinamento, continuando provvisoriamente ad usare per semplicità questa definizione.

In base alle descrizioni comuni, iniziamo col dare al contratto di concessione di vendita una definizione più specifica, richiamando una risalente massima della giurisprudenza: *"la concessione di vendita è un contratto di distribuzione che viene stipulato da due imprenditori autonomi, attraverso il quale vengono regolate, per la durata del rapporto, tutte le vendite che verranno effettuate in costanza di detto accordo. Il produttore può, in tal modo, contemperare l'esigenza di non assumere i costi ed i rischi di gestione, normalmente connessi alla distribuzione dei prodotti, con l'esigenza di pari rilevanza di non disinteressarsi della loro commercializzazione".*

Il contratto in parola è un contratto di durata[14], stipulato tra imprenditori, nel quale il concedente (generalmente il produttore) affida al concessionario[15] o rivenditore indipendente[16] , l'incarico di promuovere la rivendita dei propri prodotti: sono difficilmente

---

programmatici. Il problema è stato ampiamente dibattuto avanti le corti francesi a proposito dell'indeterminabilità del prezzo dei contratti esecutivi.

[14] Questo implica che per la disciplina domestica opera il disposto di cui all'art. 1458 c.c. che, in caso di risoluzione del contratto, sottrae agli effetti della retroattività le prestazioni già eseguite, ad esempio, la consegna delle merci.

[15] Denominato variamente nella contrattualistica anche *dealer* o *franchisee.*

[16] In assenza del requisito della indipendenza non si potrebbe parlare di contratto tra soggetti autonomi: la prima implicazione è che alla relazione non si applicherebbero le norme *antitrust*. Tali norme sono riservate alle imprese che operano sul mercato con indipendenza strategica. Sul requisito dell'indipendenza, v. art. 2 della legge sul franchising (L.129/04), ove si afferma: 1. Le disposizioni relative al contratto di affiliazione commerciale, come definito all'articolo 1, si applicano anche al contratto di affiliazione commerciale principale con il quale un'impresa concede all'altra, *giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima*, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazione commerciale con terzi, nonché al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'articolo 1.

Nel caso di imprese collegate si tende ad operare una valutazione complessiva del comportamento del gruppo (v. art. 11/2 regolamento 2790/99/CE) in relazione, appunto, alla mancanza di indipendenza delle società satellite.

ipotizzabili contratti di concessione per brevissimi periodi[17]. La durata del contratto impone poi la presenza di clausole che sorreggono questa particolare struttura contrattuale e consentono lo sviluppo del contratto in funzione programmatica[18].

Le clausole di stabilità[19] contenute nel regolamento *automotive* n. 1400/02/CE (conosciuto anche con l'acronimo BER, Block Exemption Regulation) e nella legge 6 maggio 2004, n. 129 (Legge sul Franchising) ne sono una chiara prova: esse prevedono una durata minima del contratto.

Altre caratteristiche di questi contratti, oltre alla durata, sono l'incompletezza del testo contrattuale e la necessità del distributore di effettuare investimenti, anche gravosi, per sostenere la relazione, distribuendoli in un arco temporale molto lungo[20]. L'incompletezza contrattuale deriva dall'impossibilità delle parti di predisporre un contratto che, *ex ante*, tenga conto anche di variabili economiche che si svilupperanno in futuro (prezzi, tendenze di mercato, comportamento dei concorrenti, ecc.)[21]. Si tratta di un problema diverso dall'iniziale asimmetria informativa presente nella fase della scelta del partner, la quale può determinare una decisione di

---

[17] V. Cass. Comm. Francia 7 ott. 97, in relazione ad un recesso esercitato dopo due anni con un preavviso di un anno, giudicato inadeguato per gli investimenti fatti da un concessionario automobilistico.

[18] Si pensi, ad es., alla parte che riguarda le condizioni generali di acquisto, ai trasporti, alla logistica in generale.

[19] Come si vedrà in seguito, non è detto che a fronte di clausole che impongono una durata minima, si migliori l'autonomia del distributore. Il punto è affrontato di recente nella Relazione di valutazione della Commissione del Regolamento n. 1400/02, concernente la distribuzione di autoveicoli. Nel documento si dubita dell'efficacia di clausole di durata minima poste nel regolamento, in quanto esse potrebbero irrigidire il rapporto ed escludere la possibilità di uscita del distributore. Nel regolamento 2790/99/CE sulle intese verticali si limita la durata della clausola di non concorrenza (obbligo di acquisto esclusivo per più dell'80% del fabbisogno) a 5 anni.

[20] V. art. 442-6 Codice di Commercio francese che prende a riferimento una "relation commerciale établie".

[21] Si pone qui il problema se il nostro diritto dei contratti sia in grado di regolare compiutamente un contratto di durata. V. ZOPPINI, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, ove: "non a caso il problema (…) si è posto per i contratti di durata nei quali le parti negoziano rappresentandosi vicende incerte, legate al trascorrere del tempo e, sopratutto, per quei contratti che con i termini del giurista americano si definiscono "relational". Indubbiamente le relazioni commerciali di durata necessiterebbero di una sistemazione normativa capace di valorizzare i peculiari aspetti che presentano e di regole che tengano conto dello loro diversità dai contratti istantanei.

collaborazione errata (a questo inconveniente hanno ovviato le legislazioni nazionali con i cd. obblighi di preinformazione) . Il problema dell'incompletezza del testo può essere, in tesi, risolto dal giudice. Si può, infatti, ipotizzare che le parti facciano affidamento sull'intervento sostitutivo del giudice (o dell'arbitro); tuttavia, tale opzione dà per scontato che il giudice disponga dei dati sostitutivi necessari e riesca a collocarli nel contratto, lasciando inalterato il rischio distributivo inizialmente scelto dai contraenti (equivalenza soggettiva delle prestazioni). Se il giudice non dispone di questi dati e non ha regole sostitutive (cd. regole di default[22]) si crea un'inefficienza di sistema. Per ovviare a questa inefficienza si è proposto di ricercare regole formali uniformi da applicare alle parti incomplete dei contratti, facendo riferimento agli usi commerciali[23], alle regole della *lex mercatoria* od ad altre regole riconosciute. In questo modo aumentano il formalismo e l'area della regolamentazione del contratto, diminuisce l'area di intervento del giudice. Il contratto assume così una veste standardizzata, formalistica, transnazionale. Molto opportuni si presentano, pertanto, anche meccanismi contrattuali di intervento da parte di *terzi super partes*[24]. In tal modo l'incompletezza del contratto non si trasforma in uno strumento per

---

[22] V. PARDOLESI, Regole di default e razionalità limitata: per un diverso approccio di analisi economica del diritto dei contratti, Riv. crit. di diritto priv., 1996, 451.
Si affronta qui il tema di una relazione durevole, caratterizzata dalla necessaria incompletezza. Nel mondo anglosassone per descrivere questi contratti si parla anche di *relational contract:* relazioni che assomigliano ad un matrimonio (SCOTT, Marriage as relational contract, 1998).
Nel momento in cui il contratto vuole comprendere una relazione durevole deve rinunciare a descrivere situazioni non valutabili ex ante dalle parti. Questa parte incompleta dovrà essere poi completata dalle parti in itinere o dal giudice.
Sui contratti incompleti e le regole di default, BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, Padova, 2000. La teoria del contratto incompleto segnala appunto che la redazione di un contratto è condizionata dall'incapacità delle parti di descrivere alcune circostanze in termini che siano verificabili da un giudice. La teoria è di derivazione economica e vede nell'applicazione da parte del giudice di regole sostitutive, comuni a tutte le relazioni di quel tipo, uno strumento di più facile applicazione rispetto ad una analisi della regolamentazione specifica.

[23] Agli usi commerciali fanno riferimento l'art. 1569 c.c. e l'art. 446-6 del codice di comm. francese, entrambi in tema di recesso.

[24] Nel regolamento *automotive* 1400/02/CE si impone la necessità dell'intervento di un esperto per determinare clausole incomplete. Il mantenimento di questo meccanismo è suggerito, di recente, da ACEA in un Codice di buona pratica proposto agli associati, sul web.

aumentare la forza della parte contrattuale forte. Lo stesso problema si pone in relazione agli investimenti posti a carico del distributore. Se il contratto già dispone di regole per consentire al distributore una gestione dell'investimento in modo razionale, funzionali alle capacità operative del medesimo, munite di meccanismi che consentono scelte di diversificazione dell'investimento, viene sottratta al giudice parte dell'area d'indeterminatezza contrattuale e lasciato inalterato il bilanciamento del rischio previsto dalle parti. Il vantaggio di queste regole, che sostanzialmente sono regole sull'informazione della controparte, è ritraibile anche dai produttori, i quali vedono disegnate con chiarezza tutte le aree comportamentali del contratto.
Generalmente il concedente disegna un propria rete di concessionari, scegliendoli su base fiduciaria, valutandone le qualità tecnico/professionali, l'affidabilità e la lealtà commerciale. *L'intuitu personae* svolge un ruolo determinante nella selezione quantitativa operata dal concedente sui membri della rete. Si è affermato[25] che la "vendita con esclusiva è, per la sua funzione economica, un contratto di natura complessa in quanto, agli elementi della vendita, unisce quelli del mandato, intimamente connessi in un unico negozio che resta, pertanto, disciplinato dalle norme della prima, relativamente ai singoli atti di scambio e dalle norme del secondo per ciò che attiene *alla natura fiduciaria del rapporto di collaborazione* ed al collegamento degli interessi dei contraenti. Poiché in questo tipo di contratto *è insito l'elemento della fiducia* a norma degli art.li 1722, 1723 e 1725 c.c., ove ricorrano circostanze che rendano incompatibile la continuazione del rapporto, per essere venuto meno nel concedente *la fiducia* sull'operato del concessionario". Si vedrà poi che nei moderni sistemi di distribuzione il concedente utilizza per la scelta del distributore, in massima parte, standard tecnici che finiscono per relegare, in secondo ordine, la valutazione personalistica. Addirittura, nel sistema selettivo si tiene conto solo di questi per valutare la proposta di entrata nella rete di un nuovo candidato. A seguito della tendenza dei costruttori a costituire reti di grandi dimensioni e dell'utilizzo, come criterio di scelta del partner, di requisiti oggettivi (standard), sia tecnici che commerciali (d'immagine o layout), l'elemento soggettivo tende a lasciare il posto ad una valutazione più tecnica e commercialmente più rapida: il distributore è ammesso alla

[25] Cass. 16 maggio 1968, 1542.

rete solo in base alla rispondenza agli standard proposti dal concedente[26].

1.2 un accordo tra diseguali

Nel contratto di concessione si realizza poi, di frequente, un accordo tra diseguali ed una situazione di dipendenza quantomeno strategica[27], in relazione all'inserimento del distributore nella rete del concedente in un organismo che opera all'unisono, con la conseguenza che parrebbe corretto considerare determinati contratti di concessione come relazioni di gruppo. Peraltro, l'utilizzazione di un medesimo sistema distributivo presuppone un fascio di contratti tesi a formare un aggregato reticolare unitario e porta (necessariamente) ad uniformare i comportamenti dei concessionari ed ad allinearli a quelli programmati dal produttore, le cui direttive, in determinati casi, vengono a eliminare i poteri decisionali del concessionario che vi si adegua passivamente[28]. Pertanto, pur in termini del tutto generali, va qui

[26] Questo aspetto diviene particolarmente rilevante ai fini del recesso, in quanto svilisce il requisito della base fiduciaria utilizzato per fondare una giusta causa.

[27] Che nel contratto di distribuzione si realizzi un accordo tra diseguali lo dimostra l'atteggiamento della Commissione UE che ha considerato come "accordo" anche meri comportamenti unilaterali indotti dal concedente, cadendo in un evidente errore perché, in realtà, in tali casi, non si realizza un'intesa: la politica commerciale del distributore è, di fatto, gestita dal concedente. Nel caso *BMW Belgio* (1979) si è rilevato che il fatto che i concessionari belgi di BMW fossero in evidente posizione di sudditanza non escludeva la possibilità per i medesimi di rifiutare il comportamento anticompetitivo proposto dalla casa madre. È certo che il concessionario può sollecitare la casa madre a proteggerlo (v. caso *Grundig*), ma appare altresì chiaro che quando la casa madre si induce a questo non fa che attuare la protezione della rete. Si vedrà in seguito che per superare questo problema la giustizia comunitaria di recente ha fatto leva sulla necessità di rilevare una intesa restrittiva basata su comportamenti effettivamente condivisi, ritenendo insufficiente una serie di direttive del concedente miranti a realizzare restrizioni della concorrenza. Anche tale prospettiva è virtuosa, ma irrealistica. È vero che difficilmente un concedente sarà indotto a risolvere un contratto con un concessionario efficiente che non collabora (come rileva la Commissione nello Staff working document 4, automotive sector), ma è altrettanto evidente che non è possibile per un concessionario permanere nella rete perseguendo una politica commerciale difforme da quella della casa madre. In effetti la cd. *brand loyalty* dei distributori è spesso un comportamento indotto.

[28] Sembra ipotizzare questa situazione la Commissione nel caso *Volkswagen* (Trib. CE 2001), allorché sostiene la rilevanza di semplici circolari della casa produttrice inviate ai propri concessionari per evidenziare una intesa. V. anche caso *Pioneer*, Corte CE 1983, C-103/80, in relazione a comportamenti dei distributori di mera acquiescenza.

rilevata la caratteristica del contratto di concessione (usiamo il termine ancora in un significato generico) di realizzare una relazione nella quale è attribuito al produttore un marcato potere di direzione sul concessionario[29]. L'ingerenza del concedente nell'attività del concessionario è strutturale e caratteristica, in quanto nel contratto di concessione il concessionario è un *impresa integrata nel ciclo produttivo del concedente*[30].

La legge italiana sul franchising (L.129/04) ed, in particolare, la parte riguardante la protezione offerta al distributore è un chiaro sintomo di questa situazione. Nella relazione ai lavori preparatori si afferma: "*si ritiene necessario, nel rispetto, come ricordato, dell'autonomia negoziale delle parti, fissare vincoli minimi di contenuto del contratto a garanzia soprattutto dell'affiliato che rappresenta oggettivamente la parte debole del rapporto*". La dipendenza strategica[31] è strumentale

---

[29] DELLI PRISCOLI, Le restrizioni verticali della concorrenza, Milano, 2002, nota 50; dello stesso A., I contratti di distribuzione come categoria unitaria, Giur. Comm. 1994, II, 790, che evidenzia che il rapporto è improntato necessariamente a collaborazione e coordinazione.

[30] In questo senso utilizza segni distintivi del concedente, marchi, brevetti, know how, standard tecnici, ecc., sfruttandone i vantaggi. Reciprocamente il concedente, attraverso una rete, potrà cogliere le esigenze del cliente finale, operare politiche di efficienza, rifornirlo al meglio e secondo i prodotti che predilige.

Il fenomeno dell'integrazione verticale non riguarda solo la distribuzione, ma anche la produzione, in tal caso il produttore del prodotto finale utilizza contratti di fornitura o subfornitura. Tali relazioni sono anch'esse finalizzare a creare efficienze di produzione ed una diminuzione dei costi di transazione, v. ESPOSITO, Economia delle imprese ad alta tecnologia, ESI, 1999, 246.

Perché il costruttore riesca a mantenere in vita strutture verticali che presentano un proprio valore aggiunto, differenziandosi degli operatori indipendenti estranei alla rete, è necessario che lo stesso sia effettivamente disponibile a trasmettere alla rete, attraverso un intenso scambio informativo, la sua capacità tecnica (*technicall skill*) e relazionale (*relational skill*), in modo che questa possa esprimere valori non presenti al di fuori (MANNELLI, Le relazioni nelle reti distributive, 2005, 86).

È singolare come l'art. 6/3 del regolamento n. 715/07 (cd. regolamento Euro 5 ed Euro 6 sulle informazioni tecniche per la riparazione dei veicoli), preveda che: "concessionari/meccanici autorizzati in seno ad un sistema di distribuzione di un certo produttore di veicoli sono considerati operatori indipendenti". Considerato che gli operatori indipendenti sono tutti i terzi estranei alla rete, evidentemente si teme che il produttore non rilasci nemmeno alla sua rete complete informazioni tecniche sulla riparazione del prodotto.

[31] Ovviamente, non è sempre rintracciabile una subalternità strategica in un contratto di distribuzione: se un costruttore automobilistico straniero per vendere le proprie vetture sceglie la rete distributiva di FIAT realizzerà una relazione che difficilmente potrà essere sbilanciata. Questo schema è considerato al § 27 delle Guidelines (distribuzione duplice) che ritiene, in via di eccezione, rientrante nel regolamento

all'obbligo di promuovere le vendite nell'ambito di una struttura organizzativa predisposta dal produttore ed è fisiologica sino a che non travalica o in un mezzo di controllo del distributore, privandolo di autonomia decisionale od in una situazione di abuso di dipendenza economica [32] (situazione in cui è rilevante non tanto la disparità di posizione, quanto il vantaggio che il contraente forte vuole raggiungere).

Si è significativamente affermato, a proposito della subfornitura industriale, che "laddove il subfornitore sia sottoposto a direttive

---

una relazione in cui il produttore di un bene opera anche come distributore. La specificità della fattispecie non giustifica però regole generali.

In termini assoluti è difficile pensare a forme di disallineamento del distributore rispetto a quelle del produttore. Egli potrà aderire alla politica del produttore o sollecitarla, potrà assumere un atteggiamento di passiva acquiescenza, ma non è prospettabile una politica contraria del distributore. Né ci pare possibile sostenere che gli interessi di un intesa verticale sono per definizione antagonisti. Nella struttura distributiva il distributore svolge una funzione alternativa a quella dell'ufficio interno del produttore, sostituendolo nell'organizzazione dell'impresa. È del tutto evidente che sussistono giustificazioni obiettive a certe pratiche del sistema della distribuzione integrata: il produttore tende a spingere l'acquisto del distributore, alimentando la formazione di stock. La correttezza della formazione degli stock dipende dalla correttezza della politica del produttore il quale, se ritenesse di fare a meno di forme di pianificazione delle vendite, opererebbe vendite dirette. Quando il produttore abusa di queste forme di approvvigionamento si perviene alla frustrazione dell'interesse del distributore e dell'intero sistema: al di là di queste patologie di sistema, l'interesse del produttore non è evidentemente quello di mettere in difficoltà il proprio distributore.

Circa tali problematiche, v. atti del convegno Federaipca - Motorshow 2008 sui contratti di distribuzione del settore automobilistico, intervento di MALAGÒ che evidenzia la necessità che la rete distributiva sia unicamente legata ai produttori da criteri di efficienza e non eccessivamente appesantita da obblighi non essenziali alla rivendita, superando così logiche antagonistiche ove il distributore deve sopportare anche inefficienze di sistema del produttore per il vantaggio di appartenere alla rete.

È interessante sul tema Cass. 22 febbraio 1999, 1469, che introduce, nell'ambito del contratto di concessione di vendita (in quel caso di autovetture), il concetto di *distribuzione integrata*, rilevando che "è comunque indubitabile che, pur trattandosi di un contratto annoverabile nella categoria dei contratti che regolano i rapporti nel settore della distribuzione commerciale "integrata", caratterizzata, quindi, da un elevato grado di elaborazione tra concedente e concessionario, tuttavia il concessionario acquista i prodotti del concedente e li rivende in nome e per conto proprio (...); conseguentemente se "non v'è dubbio che il contratto produce l'effetto di limitare l'autonomia imprenditoriale del concessionario (..)" la dismissione di tale autonomia deve essere controbilanciata dalla posizione imprenditoriale di privilegio assicurata dalla concessione e da un elevato grato di collaborazione del concedente.

[32] Il punto verrà trattato oltre, a proposito dell'abuso di dipendenza economica ex art. 9 L. 192/98 (sulla subfornitura).

costanti del committente, come, ad esempio, nel caso di subfornitura di lavorazione, il subfornitore perde la propria autonomia ed il contratto assumerà più gli aspetti della concessione di vendita"[33].
La parziale dismissione della propria autonomia decisionale da parte del concessionario[34] (realizzata attraverso l'inserimento nella rete di vendita) avviene in corrispettivo della posizione di privilegio sul mercato accordatagli dalla licenza di uso del marchio del concedente, marchio solitamente caratterizzato da un certo prestigio[35]. La rinunzia del distributore alla propria indipendenza di gestione è compensata solo ove al privilegio dell'uso del marchio si accompagni una struttura organizzata di vendita legata ad obiettivi di efficienza distributiva, fortemente sostenuta dal produttore ed opportunamente pianificata[36].
Ovviamente, ci si riferisce solo a relazioni contrattuali ove il distributore si approvvigiona di gran parte del suo fabbisogno di prodotti e per ampi periodi di tempo; nel caso, invece, in cui il distributore acquisisca solo una parte del proprio fabbisogno, difficilmente verrà compromessa la sua indipendenza di gestione. Se addirittura, a fronte di una piccola percentuale di fabbisogno, il distributore fosse autorizzato anche a vendere prodotti in concorrenza, l'indipendenza raggiungibile dal distributore potrebbe essere assoluta (quest'ultima ipotesi non è solo di scuola in quanto, come ci insegnano i produttori che distribuiscono i loro prodotti in regime di distribuzione selettiva, non sempre la presenza di un prodotto concorrente nella medesima vetrina è dannosa).
Il valore del marchio (brand) controbilancia pertanto, almeno in parte, la rinuncia all'indipendenza per la forza trainante che generalmente possiede; il marchio costituisce sicuramente un importante *asset* che il concessionario può sfruttare. Quest'ultimo è spesso chiamato a

---

[33] VETTORELLO, Il Contratto di subfornitura in, I contratti dell'industria e del mercato finanziario, Torino, 1995, nota 5.

[34] Afferma VAN GINDERACHTER, funzionario della DG Competition presso la Commissione, nell'opuscolo "How does european competition policy contribute to realize a single market", nel sito della Commissione, che "the balance between the interests of various parties concerned, leaned clearly to the manufacturers side. Dealers suffered from an extreme economic dependence on the latter".

[35] Cass. 22 febb. 99, 1469. In alcuni casi, poiché viene trasferito anche *know how,* si assiste a veri e propri trasferimenti di tecnologia, ma sono sempre accessori alla rivendita, almeno allo stato attuale della contrattualistica.

[36] Godere del privilegio del marchio significherebbe poco se poi il produttore non realizzasse prodotti adattati alle esigenze del mercato ove opera il rivenditore. La questione è stata esaminata anche dalla giurisprudenza italiana in relazione a prodotti scadenti ripetutamente forniti da un produttore di vetture al distributore.

valorizzare questo *asset*, attraverso investimenti alle strutture di vendita, all'impiantistica ed agli equipaggiamenti (cd. standard qualitativi), al fine di ricreare l'immagine (cd. *corporate identity*) del concedente; così come il concedente è tenuto a non pregiudicare il valore del brand[37]. In determinati contratti, come il franchising, il valore del brand (così come quello del *know how* trasferito) è essenziale al contratto.

La posizione di privilegio consiste anche nella possibilità di fregiarsi della qualifica di "distributore ufficiale" (o concessionario ufficiale) che ancora riveste una certa forza commerciale, anche se ora si va attenuando, a seguito della più efficace concorrenza esercitata dai distributori indipendenti.

Non vengono qui considerati quei contratti che consentono al rivenditore di operare come soggetto (del tutto) indipendente anche sotto il profilo strategico, pur facendo parte di una rete distributiva. Si allude a quelle forme, tra le quali la più nota è quella del "rivenditore autorizzato" (contrapposta a quella di concessionario - o distributore - autorizzato), ove il distributore non è soggetto a tutti gli obblighi necessitati dalla integrazione della sua impresa in quella del produttore[38].

In tali casi il rivenditore autorizzato partecipa alla fase distributiva come soggetto autonomo, unicamente legato al produttore per vendere il suo prodotto. Nessun punto di contatto vi è, pertanto, tra questa figura e quelle del concessionario esclusivo, distributore selettivo, franchisee o somministrato esclusivo[39]. Ai fini della prospettazione della categoria del distributore integrato, il rivenditore autorizzato rimane escluso, apparendo inutile creare categorie troppo ampie, senza che poi possano trarsi caratteri comuni. Per lo stesso motivo riteniamo di non poter considerare forme distributive ove il concedente si riserva di eseguire o non gli ordinativi del distributore oppure i quantitativi di acquisto sono avulsi da qualsiasi piano programmatico di allocazione. L'impresa integrata è protetta, nella sua indipendenza, da una serie di norme, non solo appartenenti al diritto dei contratti (ad esempio sulla

---

[37] In un arbitrato avanti la CCI di Parigi, un concessionario esclusivo inglese di un noto costruttore di macchine industriali ha sostenuto con successo che la diversa motorizzazione applicata alle macchine aveva pregiudicato il valore del *brand*, sul quale il concessionario aveva fatto in precedenza forti investimenti.

[38] CASERTA, La concessione di vendita tra subordinazione e collaborazione, Corriere Giuridico, 4/2000, 549.

[39] Nella fattispecie il fornitore concede in esclusiva al distributore il territorio comunitario per organizzare la distribuzione.

buona fede contrattuale), ma anche a quello della concorrenza: ad un rafforzamento di questa indipendenza è volto il regolamento 2790/99/CE sulle intese verticali, nel quale gli obblighi di approvvigionamento dell'acquirente (distributore) presso il fornitore sono previsti nella misura massima dell'80% del suo fabbisogno; in tal modo si apre la strada ad un concessionario *multibrand* che potrà utilizzare la residua quota del 20% per un'altra marca. La Commissione nelle Guidelines[40] ritiene che accordi di approvvigionamento esclusivo per forti quantità debbano: a) essere limitati nella durata (massimo 5 anni); b) prevedere la possibilità di negoziazione della clausola; c) consentire all'acquirente di porre termine al contratto, cioè di recedere. Molto efficaci si sono dimostrate le regole sugli standard qualitativi che possono essere imposti ai distributori membri di reti. Possono essere imposti ai membri della rete solo standard qualitativi necessari e proporzionati. Con ciò il contratto ideale di distribuzione tende ad assumere una dimensione *multibrand*, fondato su regole ragionevoli e non arbitrarie. In un ambiente *multibrand* perde efficacia una direzione strategica del produttore troppo personalistica.

1.3 insufficienza dello schema dell'acquisto per la rivendita

L'obbligo di rivendita dei beni è caratterizzante e costituisce il nocciolo duro del contratto[41]. Espungere questo elemento e valorizzarlo consente di rintracciare un ulteriore tratto comune ai contratti di distribuzione integrata che poi si coniuga con altri elementi per creare le diverse fattispecie. Se alla rivendita si unisce un'esclusiva di zona ed un'esclusiva di approvvigionamento, si ottiene una concessione di vendita in esclusiva. Se si unisce una selezione qualitativa degli aderenti la rete in base a standard tecnici e l'esclusione dall'acquisto di rivenditori, si ottiene una distribuzione selettiva[42].

Tuttavia non appare elemento caratteristico del contratto di distribuzione integrata che la rivendita attenga ad un bene. La rivendita di un bene è

---

[40] Si tratta di un documento molto ponderato che si è potuto avvalere di una consolidata giurisprudenza comunitaria e di un lungo dibattito. Minor fortuna hanno avuto le Guidelines sulle restrizioni verticali emesse in U.S.A. nel 1985, strumento poco pratico ed inutilizzato fin da subito.

[41] La struttura dell'acquisto per la rivendita emerge dai regolamenti di esenzione sulla distribuzione esclusiva (1983/83/CEE) e sulle intese verticali (2790/99/CE). È solo con il regolamento 1400/02/CE che viene presa in considerazione la fase dell'assistenza post-vendita. In giurisprudenza, tra le tante, v. Cass. 22 ott. 2002, 14891.

[42] La scelta della fattispecie contrattuale non è tuttavia sempre libera, il regolamento n. 1400/02/CE, ad esempio, non consente per la distribuzione delle vetture contratti di franchising.

tradizionalmente prevista solo nel contratto di concessione di vendita in esclusiva[43], ma non nella distribuzione selettiva o nel franchising, sistemi attraverso i quali si possono fornire anche servizi. Inoltre, come vedremo, il fenomeno dell'integrazione aziendale si realizza anche nel decentramento della fase dell'assistenza post-vendita ad una impresa cui vengono trasferiti dal produttore il *know how* e le informazioni tecniche necessarie per svolgere il servizio in favore della marca.
Le osservazioni sin qui fatte ci consentono di non più utilizzare il termine concessione di vendita in senso generico, ma quello di distribuzione integrata.

1.4 il distributore integrato

Il produttore può scegliere di utilizzare la sua struttura per distribuire i suoi prodotti (cd. distribuzione diretta), quindi integrando anche la fase distributiva, oppure di decentrare totalmente questa fase, affidandola ad una struttura autonoma, si pensi ad un grossista indipendente[44] (cd. distribuzione indiretta) oppure ancora di utilizzare una distribuzione coordinata in base alla quale assegnare la distribuzione ad una rete di distributori integrati[45]. Il produttore

---

[43] Salvo poi notare come la vendita di un bene di consumo durevole sia praticamente impossibile senza assicurare un adeguato servizio di assistenza post- vendita.

[44] V. PAPPALARDO, Il diritto comunitario della concorrenza, Torino, 2007, 563: "La cooperazione verticale, aspetto essenziale dell'attività economica, realizza la divisione del lavoro attraverso una grande varietà di accordi tra imprese indipendenti. Ma in certi casi l'esigenza di razionalizzare le strutture aziendali spinge le imprese che dispongono dei necessari mezzi finanziari a riunire nelle proprie mani il controllo di attività economiche diverse, funzionalmente collegate. Esse si accollano allora gli oneri finanziari ed organizzativi, spesso assai rilevanti, che l'estensione dell'attività necessariamente comporta e sostituiscono la gestione unitaria al collegamento contrattuale. Il cumulo di funzioni complementari (..) viene comunemente denominato *integrazione*. Ad esempio, di un costruttore che abbia acquistato il controllo di alcuni o di tutti i concessionari di vendita, si dirà che è integrato, dato che alla sua funzione di base, quella industriale, ha aggiunto quella commerciale".
Di recente i concessionari della casa automobilistica OPEL hanno chiesto di acquistare una quota del produttore: se la proposta si concretizzasse, si realizzerebbe una integrazione all'inverso, con nuove prospettive d'esame, ove la parte commerciale sarebbe particolarmente influenzata dagli stessi distributori. Tale richiesta evidenzia come la relazione tra produttore e distributori non è una relazione antagonista.

[45] Tra le strategie distributive è praticata anche quella del cd. *comarketing*, che consiste nel diffondere il medesimo prodotto servendosi di due o più imprese legate direttamente od indirettamente da rapporti contrattuali, che immettono i prodotti sul

potrebbe anche scegliere di distribuire direttamente parte del prodotto ed affidare la distribuzione del residuo ad una rete.
Le ragioni di queste scelte sono state efficacemente spiegate dagli economisti: una integrazione verticale consente risparmi legati alla riduzione dei costi di transazione[46] (necessari per effettuare le operazioni di acquisto e vendita sul mercato): quando questi costi divengono rilevanti, le imprese sono incentivate ad integrarsi verticalmente (processo di internalizzazione), diminuendo così la necessità di effettuare negoziazioni con i terzi[47]. L'impresa si integrerà sino quando l'incremento dei costi di gestione derivante dall'ultima fase del processo produttivo internalizzata uguaglia i risparmi espressi in termini di minori costi di transazione[48].
Una impresa molto integrata tende a rafforzare la sua posizione sul mercato[49]. Con l'integrazione delle fasi del ciclo produttivo si

---

mercato con denominazioni commerciali differenti, per massimizzare la penetrazione sul mercato (TAR Lazio, 6833/06).

[46] Rileva CARLONI, in Mercato o Gerarchia?, sul web, "Secondo l'ECT (economia dei costi di transazione) i costi totali che un'impresa deve sostenere sono costituiti da due voci distinte: i costi di produzione e i costi di transazione. Supponendo che i costi di produzione siano costanti nel tempo, bisogna cercare di ridurre quelli relativi alle transazioni. L' impresa sceglierà la forma di governo che minimizza tali costi di transazione e se essi sono superiori ai benefici la transazione semplicemente non avverrà. I costi di transazione possono essere distinti in due tipi differenti: costi ex-ante e costi ex-post. Costi ex-ante: nascono prima che la transazione abbia luogo, ad esempio i costi per redigere il contratto, per raccogliere informazioni sulla controparte, per predisporre strutture in grado di risolvere eventuali controversie e così via. Costi ex-post: si hanno per mettere in atto gli accordi, sorgono in seguito alla stipulazione del contratto. Un esempio ci è dato dai costi per controllare che la prestazione stabilita per contratto venga svolta nei tempi e secondo le modalità decise, oppure dai costi legali nel caso di controversie.

[47] In questa prospettiva il contratto è un mero strumento necessario per la negoziazione (cd. transazione): il mercato risulta, sostanzialmente, composto da un insieme di contratti. Non si realizza, pertanto, un'interferenza con il diritto dei contratti.

[48] GOBBO, Il mercato e la tutela della concorrenza, Bologna 2001, 69.

[49] V. caso *United Brands*, Corte CE, paragrafi 71,72,73, ove: "United Brands (UBC) è una impresa fortemente integrata in senso verticale. Questa integrazione si riscontra in ciascuna fase del ciclo commerciale, dalla piantagione al caricamento sui vagoni od autocarri nei porti di sbarco, alla maturazione ed ai prezzi di vendita, ai distributori e grossisti, grazie ad una fitta rete di agenti".
È per questo che se l'impresa intende concentrarsi con altra impresa per integrare determinate funzioni, occorre verificare gli effetti sul mercato dell'operazione. Sul tema, Commissione EU, Newsletter, 3, 2008, DE CONINK, Economic analysis in vertical merger; HOTCACSU-SYVERSON, Cementing relationships: vertical

eliminano[50] i costi legati al passaggio di informazioni caratteristiche sul prodotto che necessariamente devono accompagnare il trasferimento del medesimo (costi di transazione) e si evita che la concorrenza possa venirne a conoscenza e trarne vantaggio[51].
Quando il processo di internalizzazione non è più conveniente, il produttore può "disintegrare" il ciclo produttivo, assegnando all'esterno, ad esempio, la fase della distribuzione del prodotto, mantenendo la direzione strategica: <<in termini *coasiani*[52] le intese verticali rappresentano un'alternativa all'integrazione strutturale: se la *single ownership* si rivela meno costosa, l'impresa preferirà espandersi a più livelli, tramite acquisizioni o crescita interna, altrimenti essa si volgerà al mercato per procurarsi i beni ed i servizi necessari a svolgere la propria attività caratteristica[53]>>. Il distributore si pone quale soggetto che si interpone tra il produttore ed il consumatore (cd. *channel of communication*) portatore dell'immagine del produttore[54]. Conseguentemente la rete distributiva mantiene una relazione privilegiata col costruttore che consente il coordinamento e l'uniformazione delle procedure di vendita[55]. L'elemento portante di questo modello (integrazione esterna) è rappresentato dal fatto che

---

integration, foreclosure, productivity and prices, Journal of Political Economy, 115, 230.

[50] Cfr. paragrafo 59, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 del TCE.

[51] Si pensi, ad esempio, alle politiche commerciali ed agli sconti. In realtà, questo aspetto sta perdendo valore, in relazione ad una standardizzazione dei sistemi di vendita ed alla continua erosione dei margini dei distributori.

[52] Si allude agli studi economici di COASE, tra i quali il celebre "The nature of the firm" (1937).

[53] V. FAELLA, Le intese verticali, in La Concorrenza, Torino, 2006, 105, che si riferisce ai lavori di COASE.

[54] Per consumatore si può intendere sia l'ultimo anello della catena di vendita, sia "all direct or indirect users of the products affected by the conduct, including intermediate producers that use the product as an input, as well as distributors and final consumers both of the immediate product and of product provided by intermediate producers".

[55] La rete viene vista come un sistema vitale dotato di un equilibrato grado di risonanza. Essa può essere considerata vitale proprio perché è un sistema cognitivo-comunicativo (genera conoscenza attraverso meccanismi relazionali- comunicativi che si innestano tra centro e periferia) e che produce da sé la conoscenza di cui ha bisogno per sopravvivere nell'ambito dei confini della rete di relazioni governate, costituiti dai moduli che sentono di appartenere al sistema. La conoscenza diventa la risorsa chiave del sistema che ne garantisce, nel lungo termine, la sopravvivenza e lo sviluppo ulteriore. POLESE, L'integrazione sistemica degli aggregati reticolari di impresa, Padova, 2004, 87.

esso tende a creare una struttura reticolare nella quale le imprese integrate, pur rimanendo soggetti distinti sul piano giuridico, imprenditorialmente intendono costruire la loro relazione commerciale sulla base di uno stretto rapporto di collaborazione[56].

Questa integrazione[57] avviene anche attraverso il controllo dei prezzi di rivendita[58] e la selezione distributiva. Con il controllo dei prezzi

---

[56] MONCALVO, Il contratto di concessione di vendita nel quadro dei contratti di distribuzione commerciale, NGCC, 2008, II, 93: "In termini di efficienza in un contratto di concessione in esclusiva, il concessionario può contare su un flusso costante di forniture che gli consentono stock non eccessivi per far fronte alle fluttuazioni della domanda; di contro, il concedente si assicura uno specialista della vendita, con specifiche competenze. La suddivisione per zone funziona da protezione, in tal modo il concessionario è indotto a concentrarsi su investimenti specifici ed a rafforzare le vendite, al riparo della concorrenza intrabrand rappresentata dagli altri concessionari della rete".

[57] Con il termine integrazione si intende sia la struttura di una impresa che nella massima estensione integra entro di sé tutte le fasi produttive, sia una relazione verticale che esternalizza una fase, ad esempio quella distributiva ad una impresa integrata. In questo caso si dovrebbe parlare di disintegrazione parziale del ciclo produttivo.

L'impresa è completamente integrata (in senso verticale) quando realizza tutte le fasi del ciclo produttivo *in-house*. Attraverso una comparazione dei costi e dei benefici può decidere di disintegrare una parte del processo produttivo facendola svolgere all'estero da fornitori. I livelli di collaborazione possono poi variare da stretti rapporti di subfornitura industriale (ove il legame è saldato da forti investimenti specifici del subfornitore) a forme di partenariato o codesign limitate a specifici progetti. Sul punto CASO, Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale, ristampa digitale, Trento, 2006.

Secondo la cd. teoria del valore enunciata da PORTER (Il Vantaggio competitivo, 1987), i processi produttivi si distinguono in processi primari e processi di supporto. I processi primari sono: logistica interna, operations, logistica esterna, marketing e vendite e servizi. La catena del valore diventa uno strumento fondamentale per diagnosticare il vantaggio competitivo e per disegnare la catena organizzativa, aggregandola o disaggregandola. Essa costituisce il punto di partenza per l'analisi dei costi, assegnando i costi operativi e l'attivo patrimoniale alle varie attività generatrici del valore. La necessità di integrare le unità organizzative o disintegrarle viene derivata dalla utilità dei collegamenti e dalle efficienze che si generano.

Osserva CARLONI, in Mercato o Gerarchia?, sul web:" Le imprese si trovano quindi di fronte ad un'alternativa: produrre al proprio interno (to make) oppure comprare sul mercato (to buy). Andrebbero svolte internamente quelle attività in cui l'azienda ha un'ampia competenza, mentre le altre dovrebbero essere demandate a terzi. Ma la chiave per studiare quando è meglio basare la propria organizzazione economica sulla gerarchia (to make) e quando sul mercato (to buy) è la transazione, ossia il contratto che le imprese stipulano per appaltare una particolare attività del processo produttivo. Infatti, se da un lato ricorrere al mercato presenta dei vantaggi come la velocità e l'efficienza nello svolgimento di una specifica lavorazione, dall'

di rivendita il concedente cerca di concentrare il distributore sulle

---

altro comporta dei costi legati alla transazione, ad esempio i costi per stabilire i termini dell' accordo e concludere la trattativa. Questa nuova visione dell'impresa, considerata come una struttura di governo la cui funzione è quella di stipulare dei contratti con terzi e non solamente quella di produrre beni da mettere sul mercato è stata formulata dall' Economia dei Costi di Transazione (ECT), una scuola di pensiero che trova il suo maggiore esponente nell' economista americano Oliver Williamson. Per quanto riguarda il mercato, è sufficiente il ricorso ai prezzi e alle quantità per disporre di tutte le informazioni affinché le parti possano scambiare beni e servizi. Invece per quanto riguarda la gerarchia, le transazioni sono gestite dalle norme e dalle regole di funzionamento del sistema organizzativo, nonché dalla linea di comando dell'organizzazione, per gli aspetti di controllo e coordinamento. L'Economia dei Costi di Transazione si pone allora l'obiettivo di ricercare quale sia la modalità di governo migliore che permetta la minimizzazione dei costi di transazione, avendo come fine ultimo la massimizzazione dell'efficienza".
Rileva PAPPALARDO, Il diritto comunitario della concorrenza, Torino, 2007, 563, a proposito dell'integrazione in rete che: "il contratto, se da un canto fa gravare sul distributore oneri e responsabilità interenti alla funzione commerciale, dall'altro limita la facoltà del produttore di adottare decisioni strategiche di grande rilievo, basti pensare alla fissazione dei prezzi di rivendita od alla limitazione delle zone di vendita". Nella pratica ci sembra tuttavia che il produttore, direttamente od indirettamente, riesca ad influenzare il proprio distributore anche nelle scelte strategiche sostanziali e che, in definitiva, in rete si realizzi - sotto un profilo strategico- una situazione molto simile al coordinamento del gruppo.

[58] Come si vedrà in seguito, le norme *antitrust* vietano la fissazione dei prezzi della rivendita, ma consentono la fissazione di prezzi massimi, che generalmente coincidono con i listini. In quest'ultimo caso di evitano casi di doppia marginalizzazione e la concorrenza in tal modo si sviluppa nella capacità del distributore di fare sconti utilizzando il cd. margine del dealer. Il fenomeno della doppia marginalizzazione si verifica quando i distributori che detengono un certo potere di mercato, tengono comportamenti indipendenti rispetto ai produttori, praticano un prezzo di vendita superiore alla somma del costo d'acquisto e del costo marginale di distribuzione; in altre parole, viene applicato un doppio *mark up*, che porta all'aumento del prezzo finale di rivendita. Tale comportamento riduce i profitti del produttore, ma causa anche una perdita a livello di benessere sociale, in quanto induce una riduzione della domanda del bene considerato (CHIRICO, L'emanazione dei regolamenti di esenzione per categoria. Gli accordi verticali. 2001, sul web).
In relazione a prodotti di particolare successo, si verificano anche fenomeni di vendita a prezzi maggiori dei listini in occasione del loro lancio; aumenti che il produttore tende a reprimere. Il controllo sui prezzi da parte del produttore serve anche per obbligare i rivenditori della rete ad offrire prestazioni qualitativamente elevate allorché il prodotto lo richiede e la domanda è disposta a pagare la maggior qualità (certificazione della qualità del prodotto); in tal caso il produttore tende a consentire al rivenditore prezzi minimi di rivendita remunerativi. La teoria della "*quality certification"* si basa, appunto, sulla constatazione che i consumatori finali, nella scelta d'acquisto, diversamente da quelli dei prodotti intermedi, sono maggiormente influenzati dal marchio e dall'immagine.

prestazioni ed invogliarlo a migliorarle. Con la selezione quantitativa cerca di riservare solo ai distributori aggregati maggiori profitti.[59]

I gradi di integrazione esterna dipendono dalla scelta del sistema distributivo: è massima nel franchising[60] e nel sistema esclusivo *monobrand*, specie se legato a clausole di esclusiva di approvvigionamento[61] presso il concedente. Ciò ha indotto la dottrina a ritenere che nella concessione in esclusiva e nel franchising si verifichi una tale integrazione da far sì che il rivenditore si presenti agli occhi del pubblico con un'immagine unitaria, quasi fosse una filiale del concedente[62] . Alcuni tribunali, suffragando le tesi della dottrina, hanno ritenuto i concedenti responsabili verso i clienti finali per inadempimenti del distributore, proprio in relazione ad aspetti di eccessiva integrazione. Rimangono, però, tesi isolate, riferite a casi specifici e volti ad attribuire una tutela al cliente finale in presenza dell'insolvenza del distributore; tuttavia, da essi non se ne possono trarre regole generali[63].

Arrivare, comunque, a vedere una responsabilità del produttore (concedente) per inadempimento della rete, in relazione alla integrazione aziendale, all'uso in licenza di marchi, è eccessivo, stante, comunque, l'indipendenza operativa del distributore[64], salvo,

---

[59] CAGNASSO Concessione di vendita e Franchising, in I Contratti Commerciali Padova, 1991, 2.

[60] Sul punto, MONCALVO cit., che rileva come in tale forma si arrivi a integrazioni estreme, ove i distributori possono venire a perdere, sul piano della esteriorità, la loro individualità, ponendosi come articolazioni locali del concedente. V. trib. Crema 23 nov. 1994, I contratti, 1996, 52.

[61] Nel senso di cui alla nota 39.

[62] LEMME, Il Governo del Gruppo, Padova, 1997, 150, "va da sé che le direttive trasmissibili in occasione dello sfruttamento del marchio sono analoghe a quelle di cui abbiamo sopra trattato: la forza intrinseca del marchio, infatti, consiste nell'uso che ne viene fatto e nel convincimento da parte del consumatore che (…) ad un unico marchio corrisponda un'unica impresa".
In giurisprudenza si è ritenuto che l'uso di un unico marchio di gruppo possa essere valutato come sintomo dell'esistenza di un unico centro direzionale.V. trib. Crema, cit. nota 60.

[63] La casistica ha avuto una certa notorietà e frequenza per il singolare sistema di vendita delle vetture, ove il distributore riceve generalmente dal costruttore le vetture con una vendita contro documenti e si fa anticipare il corrispettivo dal cliente finale. Questi può subire poi nocumento dall'eventuale insolvenza del distributore, che ottenuto il corrispettivo dal cliente, non lo destina all'acquisto della vettura dal costruttore.

[64] "È, comunque, indubitabile che, pur trattandosi di un contratto annoverabile nella categoria dei contratti della distribuzione commerciale "integrata", caratterizzata, quindi, da un elevato grado di interazione tra concedente e concessionario, tuttavia il

ovviamente, il distributore non esegua specifiche direttive del concedente.
L'integrazione si sviluppa attraverso il raggruppamento delle varie imprese in un aggregato reticolare uniforme: la rete distributiva diventa un circuito di condivisione del lavoro organizzato in centri autonomi che sono in grado di mettere in comune le conoscenze possedute, favorire la specializzazione, diffondere rapidamente le conoscenze e migliorare gli standard di qualità[65]. Va, peraltro, rilevata la singolarità per cui mentre il motivo storico del decentramento distributivo è legato all'esternalizzazioni di fasi dell'impresa che possono più convenientemente essere gestite da "professionisti" del settore, si sono poi sviluppate situazioni relazionali in cui il distributore viene legato a vincoli molto stretti col produttore. In questo modo il produttore ottiene una suddivisione delle responsabilità e dei rischi di impresa, pur mantenendo il controllo relazionale-organizzativo delle aziende della rete.
Nella distribuzione si sono registrati, in epoca recente, fenomeni strutturali molto importanti. Il miglioramento dei sistemi di logistica e l'adozione di più moderne logiche di efficienza produttiva hanno consentito il passaggio da sistemi di "spinta" a sistemi di "traino", ove il rivenditore è rifornito secondo le effettive necessità e non sono più necessarie grandi strutture con depositi di merce. L'approvvigionamento del distributore diviene più "leggero" (cd. *lean distribution*), cosicché può svolgere politiche commerciali più aggressive, senza essere "ingessato" da forti investimenti finanziari sul prodotto, anche nel caso in cui la gamma sia molto differenziata.
Corrispondente alla categoria della distribuzione integrata è quella di intesa verticale[66]. L'ottica si sposta dal profilo aziendalistico a quello *antitrust.* Gli accordi (o intese, i termini sono equivalenti) verticali comprendono, infatti, accordi stipulati da imprese operanti sul mercato a diverso livello (in questa lata accezione possono essere ricomprese anche forme di collaborazione interaziendale quali la subfornitura e gli accordi di approvvigionamento esclusivo, forme che, pur non

---

concessionario acquista i prodotti del concedente e li rivende a terzi in nome e per conto proprio, assumendo un proprio rischio di impresa", Cass. 22 febbr. 1999, 1469, Giust. Civ. , 2000,1811. Sul punto GUYENOT, Les concessionaires et la commercialisation des marches: la distribution intégrée, Paris, 1975.
[65] POLESE, L'integrazione sistemica degli aggregati reticolari di imprese, Padova, 2004.
[66] V. regolamento 2790/99/CE.

essendo rivolte alla distribuzione di prodotti sul mercato, appartengono, tuttavia, al ciclo produttivo dell'impresa acquirente e soggiacciono alle stesse regole sulla concorrenza[67]). Gli accordi verticali esprimono la necessità del produttore o del fornitore[68] (nella forma di distribuzione al'ingrosso[69] o al dettaglio) di creare un vincolo all'agire sul mercato del distributore che ha riflesso sul mercato. La struttura verticale di questi vincoli o restrizioni (distribuzione esclusiva, selettiva, franchising, approvvigionamento esclusivo, fornitura esclusiva) esprime l'integrazione (verticale) nella rete. Vincolare un distributore ad operare in una zona predeterminata, approvvigionandosi di prodotti dal produttore è, ad un tempo, una restrizione verticale ed una forma di integrazione verticale, in relazione all'efficienza realizzata nel sistema distributivo.

Le restrizioni verticali rilevano sotto il profilo *antitrust*: "le restrizioni verticali e l'integrazione verticale possono agire come barriera all'accesso, rendendo l'accesso più difficile e precludendo il mercato ai concorrenti (potenziali). Barriere all'accesso potrebbero essere presenti a livello solo dei fornitori o solo degli acquirenti od ad entrambi i livelli"[70]. In tal caso l'integrazione verticale è uno

---

[67] V. § 15 Guidelines. Non sono ricompresi nelle intese verticali gli accordi di agenzia in quanto l'agente non assume il rischio commerciale dell'affare. La distribuzione mediante una rete di agenti di commercio rimane una forma di distribuzione diretta del produttore e non può avere impatto sulla concorrenza, salvo che si traduca in una forma di abuso di posizione dominante. Per l'inapplicabilità del regolamento 1984/83/CEE a forniture esclusive senza assunzione da parte del somministrato di un rischio di impresa, caso *Cepsa*, Corte CE 11 settembre 2008. Per una fattispecie in cui l'agente assume il rischio di impresa, caso *Eirpage*, Commissione 1991. V. § 34, caso *Beef Industry*, Corte CE, 2008, C- 209/07, "That type of arrangement conflicts patently with the concept inherent in the EC Treaty provisions relating to competition, according to which each economic operator must determine independently the policy which it intends to adopt on the common market. Article 81(1) EC is intended to prohibit any form of coordination which deliberately substitutes practical cooperation between undertakings for the risks of competition".

[68] Nel regolamento 2790/99/CE si usano i termini Fornitore ed Acquirente per descrivere le parti della relazione verticale.

[69] La distribuzione all'ingrosso si indirizza ai rivenditori od ad altri grossisti e non al cliente finale. Se il distributore vuole mantenere il contatto con il cliente finale deve creare una rete di distributori al dettaglio (*retail network*). Essa è l'anello finale della catena di distribuzione dal produttore al consumatore per la maggioranza dei beni di consumo. Pochissimi produttori possiedono punti di vendita diretti. Per un noto caso di distribuzione all'ingrosso v. *Metro I*, Corte CE 25 ottobre 1977, C-26/76, che richiama anche la direttiva 25 febbraio 1964 sulla libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi, anche con riferimento alle attività di vendita all'ingrosso.

[70] V. § 127 Guidelines.

strumento in mano al produttore per vincere la concorrenza altrui, realizzando reti sempre più articolate e formate dai migliori distributori.
A questo punto abbiamo individuato la categoria della distribuzione integrata verticale che riesce a comprendere vari metodi distributivi e possiamo confermare l'inutilità, a nostro giudizio, di usare l'allocuzione "concessione di vendita" anche per quelle fattispecie senza esclusiva di zona e di prodotto[71]. La categoria della distribuzione integrata presenta l'utilità di essere destinataria di norme che le diverse categorie dei "contratti di impresa" o dei "contratti di durata" o dei "contratti di somministrazione" non riescono a declinare. La lunga durata della relazione può essere, in sé considerata, elemento neutro di valutazione. Diventa rilevante quando il contratto presenta determinate caratteristiche (appesantimento della gestione con eccessivi investimenti sulle scorte o sulle gamme prodotti, difficoltà a trovare prodotti sostitutivi da rivendere, difficoltà a riutilizzare personale dipendente formato sulla marca). Si consideri poi che vengono (per forza di cose) utilizzati contratti di distribuzione incompleti in parti decisive (ad es. sui target di vendita, sugli stock dei prodotti) e che l'impresa distributrice è inserita in una struttura che fa parte del ciclo produttivo di un produttore che ne ha disarticolato la fase. Si determina così la necessità che l'impresa integrata, in costanza della relazione, possa operare con un sufficiente margine di autonomia strategica (in tal senso, ad esempio, gli investimenti irrecuperabili andrebbero concordati in modo equilibrato) e che, al momento dell'interruzione della relazione, essa sia tutelata sino al limite in cui il produttore non ne subisca pregiudizio[72]. La normativa positiva offre alcuni strumenti per risolvere queste problematiche, maggiori strumenti li offre il mercato ed, in particolare, il mercato competitivo. Possiamo pensare che nel prossimo futuro, anche in relazione alla crisi economica internazionale in atto, saranno le esigenze della distribuzione integrata a ridisegnare i rapporti

---

[71] Nell'appendice di aggiornamento 1991-1998 de: I contratti in generale, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1999, la trattazione sul contratto di concessione viene dedicata ai "contratti di concessione di vendita in esclusiva" (pg. 991). È peraltro interessante notare che in relazione problemi di competenza giurisdizionale, allorché si ricerca la prestazione caratteristica ai sensi dell'art. 4 della Convenzione di Roma in casi di contratti di concessione si è fatto ripetutamente riferimento al luogo ove viene esercitata l'esclusiva.

[72] V. Corte di Cassazione francese, 30 nov. 2004, Fiat France / Aube, sul web, attraverso il sito lexinter.net., ove viene valutato il comportamento del recedente, attraverso il parametro della lealtà commerciale.

(concedente - concessionario) secondo logiche di maggior equilibrio relazionale, colmando i vuoti normativi di alcuni Stati comunitari.

1.5 obblighi accessori

Obblighi accessori[73] ricorrenti del distributore sono quelli relativi al raggiungimento di performance prestazionali (target di vendita o acquisto), alla contribuzione nelle spese di pubblicità, al mantenimento di scorte e di gamme complete[74], alla richiesta di preventiva autorizzazione al concedente per la cessione o lo spostamento della sede dell'impresa *(cd. location clause),* all'accettazione di condizioni particolari di acquisto, alla promozione dei prodotti, all'organizzazione di vendita, alla visita ai clienti, alla raccolta di informazioni sulle problematiche concernenti l'uso del prodotto[75], ai criteri di vendita commerciale da seguire[76], all'adesione degli standard tecnici del costruttore. Spesso al distributore della rete sono affidati anche incarichi relativi all'assistenza post-vendita[77] in quanto, a seguito dell'armonizzazione della normativa sulle garanzie (v. direttiva 1999/44/CE) e sulle pratiche commerciali scorrette (v. direttiva 2005/29/CE), questo aspetto, ha assunto grande importanza nella distribuzione.

Ne consegue che, oltre allo scambio che si realizza principalmente nell'acquisto per la rivendita, si innestano nel contratto anche obblighi prestazionali molto intensi che creano una relazione complessa.

---

[73] Si parla di restrizioni accessorie (ancillary restraints) quando accanto alla restrizione tipica della fattispecie si usano restrizioni secondarie, ma necessarie e funzionali all'accordo medesimo: una restrizione secondaria ad un contratto di distribuzione potrebbe essere una clausola di non concorrenza. Restrizioni secondarie possono essere accordi di licenza di diritti di proprietà industriale che accedono a contratti di distribuzione, meramente strumentali alla finalità distributiva.

[74] Se il distributore può ordinare qualsiasi modello della gamma si parla di "availability clause".

[75] In una moderna visione, il controllo del produttore sul prodotto non può non attuarsi attraverso un monitoraggio del medesimo attraverso i servizi del distributore e del suo reparto assistenza post-vendita, il produttore mantiene, infatti, sul prodotto, una volta collocato sul mercato, gli obblighi derivanti dalla immissione in commercio di un prodotto dannoso (dir. 85/374/CE) o pericoloso (dir. 2001/95/CE).

[76] Cass. 3 ottobre 2007, n. 20775.

[77] In alcuni settori come quello *automotive*, l'assistenza post-vendita in base alle regole *antitrust* ha propria autonomia e deve essere trattata come rapporto a sé stante (v. regolamento 1400/02/CE).

Il grado di integrazione del distributore dipende anche dal bene oggetto del contratto: le parti tendono, infatti, anche a modulare il contratto in relazione ai fatturati di vendita che vengono coinvolti nell'operazione. Nella distribuzione delle vetture vengono inseriti obblighi molto coinvolgenti (ad es. utilizzazione di personale specializzato, uso di attrezzatura specialistica, conformazione della struttura del punto vendita ad una immagine della Marca) in quanto si presume possano essere ammortizzati notevoli investimenti. In alcuni casi i distributori devono realizzare addirittura edifici che richiamano inconfondibilmente la marca.
A fronte di strutture molto complesse ed articolate di contratti di distribuzione, si sono sviluppati, in determinati settori (distribuzione caffè, bevande), forme molto elementari di distribuzione del prodotto, consistenti in una somministrazione di merce con licenze sulle insegne: queste forme non sembrano, tuttavia, realizzare ipotesi di distribuzione integrata, in relazione alla scarsa relazione tra concedente e distributore, ma ipotesi di somministrazioni di merce.

1.6 uno schema contrattuale multiforme

Data la molteplicità degli interessi deducibili, il contratto di distribuzione non può essere racchiuso in uno schema fisso. Si perviene, così, al superamento degli schemi contrattuali tradizionali della vendita o della somministrazione ed all'emersione di nuove figure contrattuali di propria dignità giuridica.
Il contratto di distribuzione presenta anche una forte "internazionalizzazione" delle clausole, molto spesso desunte da prassi consolidate. La prassi commerciale (*lex mercatoria*) pretende clausole condivise nel significato, standardizzate, di facile comprensione, che verranno a seguito esaminate. Ne nasce spesso uno schema contrattuale che presenta i caratteri del contratto atipico, giudicato meritevole in relazione alla sua dimensione internazionale[78].

---

[78] BIN, La circolazione internazionale dei modelli contrattuali, Contratto e Impresa 1993, 476. Non solo le norme comunitarie vengono trasfuse negli ordinamenti interni, influenzandoli e creando nuove fattispecie, ma altresì i principi del diritto comunitario elaborati dalla giurisprudenza della Corte CE e del Tribunale CE trovano applicazione da parte dei giuristi di impresa. GALGANO nota (Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio, Contratto Impresa 1999, 197) efficacemente che il principale strumento dell'innovazione giuridica è il contratto. Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative, ma se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto e

1.7 le principali caratteristiche del contratto di distribuzione integrata

Il contratto di distribuzione integrata è, dunque, un contratto di durata stipulato tra due imprenditori e finalizzato alla distribuzione dei prodotti contrattuali[79], attraverso il decentramento della funzione commerciale. Il produttore, quando vi ricorre, trova conveniente separare la fase della produzione da quella della commercializzazione ed affidarsi ad una rete che si integra nel processo produttivo, ma mantiene caratteristiche di autonomia, opera a proprio rischio, rendendosi acquirente del produttore. Alla rete integrata, la cd. rete ufficiale, si contrappongono i rivenditori indipendenti. Questi ultimi, fornendo prodotti sostitutivi, sono i concorrenti sul mercato dei distributori appartenenti alla rete; quando riescono ad approvvigionarsi di prodotti della marca, ad esempio attraverso le importazioni parallele[80], svolgono un'efficace funzione concorrenziale sul prodotto[81].

---

non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo.
Per un'impresa che opera a livello internazionale, la possibilità di disporre di strumenti uniformi e di comune applicazione costituisce una efficienza notevole. Peraltro, la stessa giurisprudenza dei paesi comunitari tende a recepire forme contrattuali provenienti da paesi di civiltà giuridica vicina ed a ritenerle meritevoli di tutela.

[79] Questo schema è anche quello utilizzato dal regolamento 2790/99/CE.

[80] Per importazioni parallele si intendono le immissioni sul mercato di un prodotto venduto attraverso un sistema esclusivo o selettivo e che esce dal sistema attraverso una rivendita legale.
"Parallel trade occurs when products are purchased in a country where they are cheaper and transported for resale to other countries where they are more expensive, in competition with the same product sold by the manufacturer or its local licensee. Parallel trade increases the effectiveness of the market and consumers enjoy lower prices as a result. It helps to restrain costs in markets that are not very price sensitive. Parallel trade will exist wherever there are price differentials. It has been ongoing worldwide since goods were first traded and is found across Europe today with a wide range of branded products, including such diverse items as motor cars/motor cycles, computers, cameras, pianos, compact disks, clothing, food and ski equipment. For parallel trade to be possible, *four preconditions* must be met:
(i) there must be unrestricted free trade between the countries involved; (ii) there must be substantial differences between the prices of identical goods in these countries; (iii) the costs of transport in relation to the cost of goods must be low; (iv) the distribution of goods must be entirely separate from their manufacture. A core objective of the Treaty of Rome is the creation of a single, Internal Market through which goods, services, people and capital – the 'four freedoms' – can freely pass.

Sono, peraltro, conosciute anche forme miste di sistemi distributivi composti da filiali del produttore e concessionari indipendenti (v. sistema FIAT anni 80-90) o di concessionari ed agenti (in uso in Germania) oppure varianti dettate dalla tipologia del prodotto. Nel caso Pirelli (AGCM, caso 2003, 12093) si è esaminato un contratto di

---

Article 28 of the EC Treaty provides that: 'Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between member states.' Si pongono due ordini di problemi, uno *antitrust* ed uno contrattuale.
Sotto il profilo *antitrust* le importazioni parallele sono essenziali per mantenere il mercato concorrenziale, offrendo al consumatore un canale di approvvigionamento alternativo ed ulteriore rispetto a quello del costruttore.
Sugli effetti procompetitivi delle importazioni parallele, TESAURO, Diritto Comunitario, Padova, 2008,435; KARIDYS, La distribution des produits et le problème des importations parallèles, Revue du Marché Unique Européen, 2/99, 109.
Interessanti le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs nella discussione avanti la Corte CE del caso *Syfait* allorché chiede alla Corte di risolvere in via preliminare la questione preclusiva se un'impresa farmaceutica in posizione dominante che si rifiuta di soddisfare integralmente gli ordinativi ricevuti da grossisti abusa della sua posizione anche quando intende contrastare le importazioni parallele in presenza di giustificazioni obiettive al rifiuto.
Sotto il profilo contrattuale nel caso della distribuzione selettiva, che esclude dall'acquisto i rivenditori indipendenti, difficilmente la vendita a questi da parte dei distributori indipendenti sarà sanzionabile, in relazione alla difficoltà del controllo che deve essere attuato. Nel momento in cui il prodotto è legittimamente immesso in commercio, si esaurisce il diritto di marchio del produttore (cd. esaurimento del diritto di marchio Comunitario) e la sua circolazione è libera nel territorio comunitario.
Nella sentenza Corte CE 13 genn. 1994, C-376/92, si è esaminato un caso sollevato dal grossista internazionale *Metro* . Questo riusciva ad acquistare orologi Cartier presso rivenditori ufficiali Cartier elvetici i quali non osservavano il divieto di vendita agli indipendenti in relazione alla normativa locale che non consentiva tale divieto. Da questo canale Metro si poteva approvvigionare "importando" parallelamente gli orologi Cartier, ma non otteneva la garanzia gratuita da parte di Cartier, doveva pertanto costituire un oneroso servizio di garanzie.
La questione nasceva anche dal fatto che il giudice tedesco di rinvio aveva familiarità con il concetto di (sistema di vendita attraverso una) rete ermetica (lueckeenlosigkeit), se il sistema positivo protegge l'ermeticità, il rivenditore indipendente che si procura la merce dalla rete concorre in un atto di concorrenza sleale. In Germania i produttori avevano in alcune occasioni intentato con successo azioni di concorrenza sleale, facendo valere una ermeticità pratica.
Si tratta di una fattispecie del diritto tedesco, in Francia l'atto di concorrenza sleale si realizza per sè, senza necessità di provare l'ermeticità della rete.

[81] Come si dirà oltre, considerato il prodotto, per verificare il mercato cui esso appartiene, occorre accertare i prodotti concorrenti in una determinata area geografica.

distribuzione di pneumatici ove ai rivenditori, liberi di acquistare e vendere prodotti concorrenti, erano imposti obblighi: a) di effettuare quantitativi minimi di acquisto superiori alla quota del 30% del fatturato del rivenditore; b) di non aderire a reti commerciali concorrenti, c) di acconsentire a che il concedente potesse negoziare condizioni di acquisto di pneumatici della marca o di altro concorrente.

Sotto un profilo economico (che qui non viene esaminato), si è rilevato che le funzioni fondamentali della distribuzione sono due, quella informativa e quella logistica. Quella logistica deriva dalla dislocazione del punto vendita, dalla vicinanza alla domanda del consumatore[82], quella informativa dalla capacità del distributore di selezionare la domanda e quindi fargli trovare assortimenti di prodotti preselezionati, evitando i costi di ricerche ed assicurando servizi accessori alla vendita (es. assistenza post-vendita). Questi aspetti rilevano nella scelta del modello distributivo che fa il produttore ed enfatizzano il fatto che il distributore dispone di informazioni più immediate sulle esigenze della domanda e riesce ad adattarsi più velocemente a queste esigenze. La sentita esigenza di molti distributori di avere strutture agili, multimarca, dotate di alta capacità tecnologica, con pochi stock di prodotti e molta flessibilità, è riuscita a consolidare in certi settori veri standard di vendita[83].

Si è precisato che "un aspetto di fondamentale importanza per il contratto di concessione di vendita riguarda l'esistenza e l'estensione dell'eventuale impegno del concessionario a promuovere le vendite[84]". L'Autore rileva, tuttavia, che mancano elementi di prova per dimostrare l'esistenza di un preciso obbligo in tal senso. Il concedente generalmente, pur dando importanza a questo aspetto, focalizza poi sulla possibilità di recedere dal contratto per inadempimento. Inoltre, il concedente non fa esclusivo riferimento ad obblighi prestazionali, data anche l'aleatorietà degli elementi da

---

[82] Nel settore *automotive* si è studiato che un punto assistenza allocato ad una distanza percorribile in più di 20 minuti può determinare insoddisfazione nel cliente e fargli cambiare scelta.

[83] Si è rilevato che nel caso dei contratti di assistenza tecnica post-vendita, è inutile porre alle officine elevati stock di ricambi, quando un processo logistico/distributivo efficace dei ricambi può sopperire ad uno stock minimo.

[84] BORTOLOTTI, Manuale di diritto della distribuzione, Vol. II, Padova, 2007, 12.

considerare che prescindono dalla colpa del concessionario[85]. Non sarebbe decisivo l'art. 1568 c.c., II comma, che stabilisce che il concessionario in esclusiva risponde per danni se non adempie all'obbligo promozionale assunto. Appare ragionevole vedere un inadempimento solo se sono stabiliti specifici obblighi prestazionali, diversamente il concessionario deve riporre una ordinaria diligenza per lo svolgimento della sua attività.
In realtà, se il contratto si fonda sull'esclusiva di zona il concedente ha interesse a che la zona sia fortemente "coltivata" e le vendite vengano incrementate. Sicuramente l'obbligo del distributore integrato di mettere i suoi *best efforts* è fondamentale, come peraltro si ricava dal contratto di agenzia[86] e non è configurabile un contratto di distribuzione ove l'ordinaria diligenza non è sostituita dalla diligenza di un soggetto professionalmente qualificato[87]. È vero che il concedente ha l'arma del recesso, ma è altresì vero che il recesso, come si dirà, in un contratto di distribuzione è sempre problematico[88] (in relazione, ad esempio, agli investimenti effettuati, alla dismissione delle scorte, alla responsabilità verso i dipendenti di cui alla direttiva dalla 98/50/CE). Inoltre, spesso le regole *antitrust* prevedono una durata base minima per determinati contratti (v. regolamento 1400/02/CE o L. 129/04 sul franchising). Dunque, la promozione delle vendite può ritenersi elemento caratterizzante dei contratti di distribuzione in genere, in relazione alle efficienze distributive che il concedente pone in essere nella catena di vendita (d'altra parte, sarebbe singolare che questo elemento, giudicato fondamentale nel contratto di agenzia non lo fosse nella vendita del prodotto al consumatore). La relazione *business to business* che si crea tra concedente e distributore va vista in un'ottica di efficienza produttiva. Il produttore deve programmare le vendite in relazione agli ordini acquisiti, il distributore deve ritirare le quantità richieste. In questo schema si inseriscono gli obblighi di incremento delle vendite richiesti

---

[85] V. sentenza Corte CE, sent. 30 aprile 1998, causa C- 230/96. Il mercato e la sua capacità di assorbimento in quel determinato periodo giocano, infatti, una parte determinante nel risultato prestazionale del concessionario.

[86] V. Cass. 25 sett. 1995, 10130.

[87] Una scarsa propensione alla vendita genera inefficienze anche in un sistema selettivo, in quanto incide negativamente sulla pianificazione delle allocazioni, necessarie per una corretta programmazione della produzione.

[88] Come si vedrà, nel sistema selettivo qualitativo, in assenza di inadempimento del concessionario, è praticamente impossibile recedere, dal momento che il possesso degli standard legittima la permanenza nel sistema.

al distributore (cd. target od obiettivi di vendita). Va qui aggiunto che all'obbligo di promozione delle vendite si associa quello di uniformarsi alle politiche distributive del concedente, condividendole nella traslazione del "brand" al cliente finale, attraverso l'utilizzo di standard comuni alla rete. Il passaggio dalla distribuzione indiretta (operata da una impresa autonoma) a quella integrata si sostanzia appunto nella forte relazione esistente tra il rivenditore ed il produttore. Il distributore, pertanto, è obbligato a sviluppare una politica di vendita secondo il *planning* concordato, generalmente all'inizio dell'anno (target), col produttore ed in base agli ordini precedentemente acquisiti. L'obbligo di acquistare una determinata quantità di prodotto si determina in relazione al "tubo" delle vendite, cioè al percorso che a ritroso risale dal cliente finale al produttore, attraverso l'acquisizione dell'ordine e la sua programmazione. Sono queste logiche industriali che impongono all'impresa integrata di coordinarsi con il produttore, come se fosse un suo reparto interno. La conseguenza di tutto ciò è che non possono esistere, nell'ambito dei contratti di distribuzione integrata che esaminiamo, rapporti ove il concedente si riserva il diritto incondizionato di dar corso alla vendita pianificata od ove il distributore persegue una politica strategica autonoma sulla vendite, ordinando solo quei prodotti che più desidera con ordini "spot". Nei rapporti di collaborazione integrata, dalla politica generale sulle vendite, organizzata dal produttore, si dipartono le politiche dei distributori che ne attuano i principi. Se un produttore si organizzasse per il lancio di un nuovo prodotto, "spinto" con campagne pubblicitarie aggressive ed il distributore si indirizzasse a consigliare al cliente un prodotto più vecchio, si genererebbe una asintonia distributiva che porterebbe l'azienda a forti perdite. È poi naturale interesse del distributore incrementare le vendite ed ammortizzare gli investimenti, con la conseguenza che la risposta del produttore deve essere pronta e corretta ed i prodotti forniti devono essere validi e competitivi. Sono, peraltro, desuete ipotesi in cui il distributore si impegna all'acquisto, ma il concedente non si impegna a fornire la merce od il sevizio. Casi di questo tipo, che prescindono dalla pianificazione aziendale delle vendite, sfuggirebbero allo stesso fenomeno della integrazione aziendale per inserirsi in dubbie forme di collaborazione alla rivendita, fortemente squilibrate nelle prestazioni.

Peraltro, un contratto ove il distributore non deve incrementare le vendite in base piani commerciali concordati sarebbe distante dalla distribuzione integrata com'è attualmente intesa. Forme di approvvigionamento secondo il fabbisogno normale sono legate a

somministrazioni particolari e settoriali e, comunque, nulla hanno a che vedere con la distribuzione integrata, improntata alla massimizzazione delle vendite.

Il distributore vende generalmente altri prodotti, ma non in concorrenza con quelli del produttore (esclusiva in favore del produttore). Non appare elemento essenziale al contratto di distribuzione integrata il cd. monomarchismo (esclusiva di acquisto in favore del concedente), che si traduce nell'impegno del distributore di approvvigionarsi dal distributore per l'intero sua fabbisogno (la Commissione CE definisce così la fattispecie: "clausola contrattuale che obbliga o incita l'acquirente a soddisfare praticamente tutto il suo fabbisogno in un certo mercato presso un solo ed unico fornitore. Questo significa che il concessionario non comprerà, né rivenderà, né inserirà tra i suoi prodotti beni o servizi concorrenti[89]"). Quando l'impegno all'acquisto non è totalitario si opera con clausole di non concorrenza (nel regolamento 2790/99/CE il limite massimo è fissato nell'80% del fabbisogno del distributore).

L'esclusiva di zona (esclusiva in favore del concessionario) non è elemento naturale od essenziale[90] del contratto di distribuzione (lo é nel contratto di agenzia), in quanto, in certi settori merceologici, è

---

[89] Se il distributore assume anche obblighi di approvvigionamento per quantità minime (cd. obblighi di non concorrenza), si realizza una relazione altamente unidirezionale che spesso incide sulla stessa libertà di libere scelte commerciali.

[90] V. Cass. 21 luglio 1994, 6819, l'attribuzione del diritto di esclusiva al concessionario, costituendo elemento accidentale e non essenziale, non può ricavarsi implicitamente. Sulla clausola di esclusiva, Cass. 4 febbraio 2000, 1238, Cass. 16 maggio 1968, 1542, nonchè App. Milano 16 aprile 2005: "nel contratto di concessione in esclusiva le principali obbligazioni delle parti sono l'obbligo di trasferimento e consegna della merce e l'obbligo di pagamento del corrispettivo e non già il rispetto dell'eventuale diritto di esclusiva".

Cass. SS.UU. 2263/93 rileva che il patto di esclusiva, che trova la sua disciplina normativa in relazione al contratto di somministrazione, può essere stipulato a favore del somministrante o dell'avente diritto alla somministrazione ovvero di entrambi i contraenti. Il patto comporta l'assunzione di un'obbligo comportamentale riguardo future prestazioni all'interno dei singoli negozi dipendenti il quale non deriva dallo schema tipico della compravendita-somministrazione, ma deve essere ricondotto ad un diverso schema causale, normalmente individuabile nel mandato, dando luogo, di norma, ad un contratto misto nel quale i futuri contratti di scambio cosa-prezzo rappresentano l'adempimento del patto di esclusiva, oggetto di un preciso regolamento di interessi. Ma mentre l'esclusiva a favore del somministrante costituisce un mezzo di lotta all'altrui concorrenza sleale e di assicurazione di una riserva di mercato, il patto a favore del somministrato rappresenta soltanto un mezzo di incremento patrimoniale (Cass. 742/80). L'obbligazione del somministrante vale come obbligo negativo di astensione da comportamenti contrari al patto.

privilegiata la distribuzione selettiva che non utilizza le zone, ma seleziona solo gli acquirenti del prodotto. Tuttavia, l'esclusiva di zona, quando è presente nel contratto di distribuzione lo caratterizza e lo eleva a sistema distributivo a sé stante[91] (contratto di concessione in esclusiva): in Belgio la legge sulla concessione di vendita si applica solo ai contratti in esclusiva. Il contratto di concessione di vendita con esclusiva di zona subisce poi diverse configurazioni. In Germania e Portogallo ai fini del pagamento delle indennità il contratto di concessione in esclusiva è assimilato ad un contratto di agenzia. Nel caso in cui il concessionario dimostri che il fornitore ha appreso il parco clienti di cui dispone e questi clienti intrattengono con il medesimo una relazione durevole potrà chiedere al concedente una indennità di fine rapporto, strutturata secondo parametri vicini alla normativa sull'agenzia[92]. Anche in Spagna i contratti di concessione in esclusiva sono stati accomunati al contratti di agenzia e sottoposti alla L. 12/92 sull'agenzia, con la conseguenza che viene imposto al concedente il pagamento di un'indennità di fine rapporto in favore del concessionario.

Nel contratto di franchising l'esclusiva di zona costituisce un importante *asset* aziendale: poter usufruire di una zona protetta dalle vendite degli altri operatori della rete comporta un "guadagno sicuro" che non appare facilmente rinunciabile del franchisee, tanto che ci si è chiesti se l'introduzione nella zona di un nuovo franchisee da parte del franchisor possa realizzare una ipotesi di abuso di dipendenza economica[93]. Nella distribuzione selettiva, ove non sono previste "zone" è, invece, naturale il multimarca[94]. Si vedrà in seguito che

---

[91] SAYAG , Le contrat cadre, cit.

[92] V. art. 89/b del Codice di Commercio tedesco (HGB). In giurisprudenza, v. Corte Federale Giustizia 9 ottobre 2002.

[93] DELLI PRISCOLI, Patto di esclusiva e rapporti tra franchisees, Giur. Comm. 2001, 5, 581.

[94] A livello definitorio si può far riferimento al regolamento 1400/02/CE: << "per "*sistema di distribuzione selettiva*" si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori o riparatori selezionati in base a criteri specifici e nel quale i distributori o riparatori si impegnano a non vendere tali beni e servizi a distributori non autorizzati o riparatori indipendenti, fatta salva la facoltà di vendere pezzi di ricambio a riparatori indipendenti o l'obbligo di fornire agli operatori indipendenti tutte le informazioni tecniche, apparecchiature di diagnostica, attrezzature e formazione necessari per la riparazione e la manutenzione degli autoveicoli o per l'attuazione di misure per la tutela ambientale; per "*sistema di distribuzione selettiva basato su criteri quantitativi*" si intende un sistema di

l'esclusiva di zona sembra essere, per la normativa comunitaria antitrust, il contraltare per legittimare il divieto di vendite attive (extra territorio). In tal senso sembra deporre l'art. 4/b del regolamento 2790/99/CE.

Il contratto di distribuzione presenta anche un forte connotato gestorio, reso evidente dalle attività che il distributore è chiamato a svolgere nell'interesse del concedente[95]. Il distributore integrato opera, infatti, quale braccio operativo del concedente e ne rappresenta l'immagine; inoltre, svolge servizi od attività promozionali esecutive di uno specifico incarico da parte del concedente (questo aspetto si lega a quello della certificazione del distributore: allorché egli crea un *asset* dalla sua qualificazione, sopportando notevoli costi, deve poi poter difenderla dagli attacchi dei rivenditori indipendenti[96]). Il mandato è stato enfatizzato in alcuni tipi di distribuzione[97] ed appare

---

distribuzione selettiva nel quale il fornitore utilizza per la selezione dei distributori o dei riparatori criteri che ne limitano direttamente il numero; per "*sistema di distribuzione selettiva basato su criteri qualitativi"* si intende un sistema di distribuzione selettiva nel quale il fornitore utilizza per la selezione dei distributori o dei riparatori criteri di carattere esclusivamente qualitativo, richiesti dalla natura dei beni o servizi oggetto del contratto, che sono stabiliti in maniera uniforme per tutti i distributori o riparatori che chiedono di far parte del sistema di distribuzione, non sono applicati in modo discriminatorio e non limitano direttamente il numero dei distributori o dei riparatori>>;

[95] "Obblighi ricorrenti del concessionario sarebbero quelli relativi allo svolgimento di attività volte al reperimento della clientela e alla promozione e pubblicizzazione dei prodotti di concerto con il concedente, all'organizzazione di vendita, alla visita e assistenza ai clienti, all'informazione al concedente, ai criteri di vendita commerciale da seguire", Cass. 3 ottobre 2007, 20775.

[96] Questo fenomeno viene definito parassitismo di certificazione.

[97] ALBERTINI, Sulla distribuzione dell'opera cinematografica (anche in rapporto al suo sfruttamento televisivo), Riv. dir. ind. 1999, 6, 436, ove: "Nella fattispecie, non si vede motivo per non ravvisare un normale mandato, contratto in base al quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra (art. 1703 c.c.). Ed invero il distributore proprio questo fa: è l'artefice della diffusione commerciale dell'opera cinematografica, provvedendo alla stipula dei contratti con i vari esercenti. Probabilmente non si tratta di quel sottotipo di mandato che è la commissione, dal momento che i contratti stipulati non sono compravendite. Se si tratta di contratto tra produttore e primo distributore (nazionale, verosimilmente), può darsi che l'atto giuridico da compiere in esecuzione del mandato sia ab origine limitato alla (ri-)stipula con subdistributori; ovvero, più probabilmente, con tale contratto il produttore incaricherà sic et simpliciter la controparte della distribuzione del film sul territorio nazionale senza menzionare i subcontratti o comunque l'attività negoziale «a valle», rimettendosi in misura più o meno generica alle sue scelte relativamente alla programmazione delle proiezioni sotto il profilo territoriale, temporale ed economico. Il compenso per il distributore parametrato sugli incassi,

elemento caratterizzante, perchè legato al fenomeno dell'integrazione verticale, inattuabile se il distributore non eseguisse anche attività specifiche nell'interesse del produttore[98].

1.8 la qualificazione giuridica del contratto

A livello descrittivo, il contratto di concessione[99] ha raggiunto notevole elaborazione e si può dire che sono state individuate tutte le attività (primarie od accessorie) del concessionario legate alla vendita

---

normale nel settore, costituisce garanzia sufficiente che egli faccia del suo meglio per trarre il massimo successo commerciale dall'opera cinematografica: dovrebbe, quindi, costituire un adeguato contrappeso alla libertà decisionale del distributore, salva la disciplina delle modalità con cui il produttore può controllare il quantum di incasso.

[98] In relazione all'utilizzazione nell'era moderna di nuovi schemi contrattuali ed in particolare del mandato, v. INZITARI, I rapporti giuridici pendenti – Atti del Convegno Bologna 5-6 giugno 1998, Il mandato, Fal. 1998, 188: "È, quindi, attraverso la tessitura di una articolata serie di rapporti contrattuali, i quali si dispongono secondo un raffinato ordito di ingegneria contrattuale intorno all'iniziativa imprenditoriale, che lo stesso imprenditore acquista la disponibilità della sede e dei luoghi ove svolgere l'attività (con contratti d'affitto o, comunque, con contratti che assicurano il diritto personale di godimento sugli immobili che appartengono ad altri soggetti ed il cui godimento o sfruttamento viene realizzato con il pagamento di corrispettivi periodici).

Allo stesso modo i beni aziendali vengono tra loro combinati prevalentemente attraverso titoli giuridici di carattere obbligatorio e non reale, i quali permettono all'imprenditore di utilizzare beni o complessi di beni, come pure, risorse materiali o risorse umane finalizzate al raggiungimento di risultati funzionalmente utili all'impresa. Il vincolo organizzativo aziendale viene, in questo modo, assicurato da contratti di locazione, affitto, leasing, e più di recente, da appalti di servizi o, comunque, altri contratti di collaborazione per la messa a disposizione di risorse esterne all'impresa (contratti di outsourcing, di management, ecc.).

Ancora più evidente è l'intreccio dei rapporti contrattuali ed obbligatori al fine di assicurare all'impresa una liquidità necessaria per lo svolgimento della attività. Alla creazione nel tempo di riserve di liquidità monetaria, si è sostituita una pressoché infinita gamma di operazioni creditizie che vanno dalle più elementari operazioni di credito, alla mobilizzazione dei crediti presenti e futuri attraverso operazioni di cessione, di sconto, di factoring, di forfaiting ecc., mentre già da tempo la produzione di beni ha perso il suo carattere unitario, per scomporsi nella produzione di singole parti o nella preparazione dell'assemblaggio finale, come pure nell'organizzazione del prodotto finito (sul punto v. da ultimo la l. 18 giugno 1988, n. 192, sulla disciplina della subfornitura)".

[99] Il termine non viene qui usato nel senso specifico di contratto di concessione in esclusiva per facilitare i collegamenti con i riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

dei prodotti[100]. Maggiori problemi offre la qualificazione giuridica del contratto.
Va premesso che sul punto si è aperto un notevole dibattito in dottrina, probabilmente eccessivo rispetto alla scarsa casistica giurisprudenziale che si è presentata. Le aree tematiche di maggior riflessione attengono attualmente ad aspetti diversi, in particolare: (i) al rapporto di dipendenza economica che si può realizzare attraverso il contratto; (ii) agli obblighi derivanti dalla buona fede contrattuale e precontrattuale circa un esauriente scambio informativo. Sugli obblighi informativi preliminari alla conclusione del contratto si è mosso da tempo l'ordinamento francese (cd. legge Doubin). Gli obblighi informativi sono alla base di una corretta relazione di durata, seppur sbilanciata. La parte debole riceve protezione nel conoscere anticipatamente ed esaurientemente gli obblighi cui essa sarà tenuta; infatti, il concedente non potrà successivamente mutare politica commerciale, imponendo o nuovi obblighi o la modifica della relazione incompleta, attraverso clausole divergenti dall'informazione data. Tra gli obblighi informativi vi è quello di precisare le modalità che verranno utilizzate per completare le parti rimaste incomplete nel contratto (target, margini, prezzi, ecc.). Per la qualificazione del contratto si è fatto ricorso alla fattispecie del contratto misto, al fine di poter ricomprendere in un unico *corpus*, vari contratti. A tale fattispecie si richiama anche una parte della giurisprudenza[101]. Viene così rappresentata l'esigenza di considerare unitariamente la funzione di scambio, la finalità propagandistica, di promozione delle vendite e di collaborazione, attraverso un tipo contrattuale noto.
Il contratto di concessione è anche riguardato sotto l'aspetto del contratto atipico[102], in quanto vi sono evidenti difficoltà a riassumerlo

[100] Cass. 3 ottobre 2007, 20775.
[101] Cass. 4691/79.
[102] CAGNASSO, La Concessione di vendita, Quaderni di Giur. Comm., Milano, 1983. Cass. 20 gennaio 2006, n. 1077: "la concessione di vendita, pur presentando aspetti che l'avvicinano al contratto di somministrazione, non consente tuttavia di essere inquadrata in uno schema contrattuale tipico, trattandosi invece di un contratto innominato, che si caratterizza per una complessa funzione di scambio e collaborazione e consiste, sul piano strutturale, in un contratto dal quale deriva l'obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita, ovvero di concludere contratti di puro trasferimento di prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale. La differenza tra agenzia e deposito per vendita in esclusiva sta nel fatto che l'agente si limita a mettere in contatto le parti che stipulano tra loro una vendita, mentre nel deposito per vendita l'agente acquista in proprio e rivende a terzi, con

in un unico tipo, a causa delle varie attività regolate. Contratto atipico e contratto misto non coincidono necessariamente in quanto il contratto atipico può non essere composto da vari contratti tipici: dunque, la differenziazione risiede nelle specifiche clausole contrattuali utilizzate; accertando se le parti hanno voluto creare un puzzle i cui tasselli sono costituiti da contratti tipici oppure se alcuni tasselli sono costituiti da contratti atipici. In quest'ultimo caso, per desumerne le regole, si opera in base alla teoria dell'assorbimento dello schema prevalente. Il contratto atipico può essere ad un tempo misto ed atipico[103].

È, comunque, evidente l'utilità, ai fini di derivarne la disciplina applicabile, di poter usufruire di uno schema tipico. Anche chi opta per la configurazione del contratto atipico si trova poi nella necessità di reperire una base normativa al contratto e finisce per ricorrere agli schemi tipici, quantomeno per via analogica.

Rimane però l'enorme difficoltà di incasellare in un unico contratto molteplici aspetti attinenti ad una relazione complessa che riguarda l'integrazione di un'impresa nella catena distributiva di un'altra, secondo regole (standard) uniformi dettate dal concedente. La sovrastruttura tipica che meglio riesce a descrivere il contratto di concessione è quella della somministrazione di merce[104], per quanto attiene all'aspetto della fornitura del prodotto contrattuale, e quella del mandato, per quanto attiene all'attività del distributore verso il cliente (tale attività prevede, oltre alla rivendita, l'impegno del distributore a svolgere - nell'interesse del produttore - vari servizi, quali la garanzia commerciale, pubblicità ed assistenza post-vendita). Il contratto di concessione si presta, pertanto, ad essere separato in due tronconi che hanno regole e strutture diverse[105]. La prima relazione (concedente-concessionario) della somministrazione riproduce in parte la continuità della fornitura e l'impegno all'acquisto minimo (v. art. 1560 c.c.), l'obbligo di promuovere la vendita dei prodotti (art. 1568

---

obbligo di propagandare la merce, e lucra il differenziale tra prezzo di acquisto e prezzo di rivendita".

[103] Cass. 2642/06.

[104] *Ex multis* , Cass. 8 giugno 1976, 2094; Cass. 13 maggio 1976, 1696; Cass. 13 luglio 1965, 1473. Secondo teorie precedenti e più vicine all'impostazione del codice, si era parlato di vendita con esclusiva, limitando però la fattispecie alla fase concedente / concessionario, trib. Torino 31 maggio 1988, Giur. It. 89, I, B, 91.

[105] Sulla necessità della ricostruzione di una disciplina complessiva del contratto nelle varie tranche in cui si compone, v. DELLI PRISCOLI, Atipicità della concessione di vendita e disciplina applicabile, Riv. Dir. Comm. 2003, 6,477.

c.c., II comma), la necessità di un congruo periodo di preavviso per compensare gli eventuali investimenti realizzati. Trovano, inoltre, applicazione gli art.li 1561, 1562, 1563 c.c., sulla determinazione del prezzo e sulla scadenza delle singole prestazioni, l'art. 1564 c.c., sulla risoluzione di prestazioni continuative; l'art. 1565 c.c., sulla sospensione della fornitura, l'art. 1566 c.c., sul patto di preferenza, gli art. 1567 e 1568 c.c., sulla esclusiva, l'art. 1569 c.c., sulla durata.
Deve poi considerarsi, applicando la teoria del contratto misto o atipico, il fenomeno della dissociazione tra contratto principale e contratti esecutivi di vendita. Se questi ultimi sono visti come esecutivi di un intento programmatico ed autonomo, ci si allontana dalla somministrazione o dal contratto misto/atipico, per avvicinarsi alla fattispecie del contratto quadro[106]. In conseguenza, questa dissociazione (tra contratto principale e contratti esecutivi) porta a dover diversamente valutare la struttura data dalle parti al contratto[107] e quindi a diversamente configurarlo come somministrazione o contratto quadro[108]. La somministrazione è, infatti, un contratto tipico definito ed unitario, non scomponibile in un contratto quadro ed in separati contratti esecutivi. Nella somministrazione la funzione traslativa è demandata ad un contratto unico, mentre nel contratto quadro è rimessa, generalmente, alla stipulazione di successivi contratti di scambio dal medesimo disciplinati in termini generali[109]. Se si rinviene inizialmente un preciso obbligo a fornire, la struttura può essere quella della somministrazione.

---

[106] Alla figura del contratto quadro ha fatto di recente ricorso la giurisprudenza per ricostruire il contratto di factoring, v. trib. Milano 19 settembre 2004, Fallimento 2004, 819. In altre occasioni la giurisprudenza ha utilizzato lo schema del contratto quadro per descrivere un accordo di prestazione di servizi per investimento mobiliare (Cass. 17341/08).

[107] BORTOLOTTI, op. cit. 35; in giurisprudenza, v. trib. Torino 31.05.1988, Giur. It. 89, I, 2, 392.

[108] In alcuni schemi contrattuali, il concedente non è obbligato ad effettuare le forniture al concedente. In questo caso il contratto si differenzia dalla somministrazione. CAGNASSO, La concessione di vendita e franchising, I contratti commerciali, Padova, 1991, 384.

[109] Sulla configurazione di un contratto con due anime (somministrazione e contratto quadro) v. DELLI PRISCOLI, cit. ove appare la non chiara affermazione (pg. 503): "si è in precedenza osservato che concessione di vendita e somministrazione ex art. 1568 II comma c.c. hanno altre cose in comune: la struttura del contratto quadro, l'obbligo di promuovere delle vendite". La somministrazione si contrappone generalmente al contratto quadro per la sua struttura unitaria ed immediatamente completa.

Nella configurazione del contratto quadro, la giurisprudenza ha dato ai contratti esecutivi la figura di contratti di vendita[110]. Ai contratti

[110] Cass. 17.12.1990, Fallimento, 1991, 458. Il contratto di concessione di vendita è un "contratto quadro" e, pertanto, produce effetti meramente obbligatori fra le parti, Cass. 7 aprile 2005, n. 7275.
"Poiché, come rileva il ricorrente, la Corte d'Appello ha omesso di definire la natura giuridica del contratto di concessione di vendita, giova osservare, a riguardo, che è ormai prevalente in dottrina e in giurisprudenza la condivisa opinione che la concessione di vendita, pur presentando aspetti che per qualche verso l'avvicinano al contratto di somministrazione, non consente, tuttavia, di essere inquadrata in uno schema contrattuale tipico, trattandosi, invece, di un contratto innominato, che si caratterizza per una complessa funzione di scambio e di collaborazione e consiste, sul piano strutturale, in un contratto quadro o contratto normativo (cfr. Cass. 17 dicembre 1990, n. 11960), dal quale deriva l'obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita ovvero l'obbligo di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale", Cass. 22 febbraio 1999, 1469, Giust. Civ. 2000, 1811.
Diversamente dalla giurisprudenza, in dottrina si è posta la distinzione tra contratto quadro e normativo. Quest'ultimo sarebbe semplicemente atto a regolare contratti futuri stipulati *ad libitum*; eventualità del tutto remota in un contratto di concessione. Inoltre, nel contratto normativo si è posta l'ulteriore questione se le clausole generali ivi previste si inseriscono automaticamente nei contratti esecutivi o se debbano essere riprodotte volta a volta. In questo senso si è pronunciata la S.C. in varie sentenze, rese in riferimento al patto di riservato dominio.
Sul contratto normativo si rimanda al fondamentale studio di GUGLIELMETTI, Il contratto normativo, Padova, 1969. Per l'A. lo scopo del contratto normativo bilaterale è soltanto quello di creare uno strumento per accelerare o semplificare o rendere superflua la trattativa. Da questo contratto non nascono immediatamente obbligazioni, né è possibile parlare di inadempimento al contratto normativo in quanto le obbligazioni sorgono solo allorché il procedimento di formazione del contratto si perfeziona con la conclusione del contratto esecutivo.
Sull'orientamento in base al quale il contratto normativo riproduce una struttura non contrattuale (che esula dallo schema dell'art. 1321 c.c.) e che non crea immediatamente obblighi o diritti per i contraenti, ma serve unicamente per fissare il contenuto di futuri contratti che le parti possono utilizzare, D'ARCANGELO, Il contratto normativo, Obbligazioni e contratti, 1/08, 62.
Sulla teoria del contratto quadro, in dottrina, CARRESI, Il contratto, Milano, 1987, 36, il quale rileva che la caratteristica di questi contratti consisterebbe nel fatto che le parti restano sempre libere di conformarsi alle precedenti intese; GALGANO, Il negozio giuridico, Milano, 1988, 37.
L'investigazione della figura del contratto quadro è singolarmente assente in una delle trattazioni di maggior successo sul contratto; ci si riferisce a BIANCA, Il contratto, Milano, 3, 1987.
Per un uso molto generico del termine contratto quadro, v. in giurisprudenza, trib. Milano, 29 aprile 2008, n. 5490, ove: "I contratti di affidamento per sconto effetti o anticipazioni su fatture, avendo natura di contratto normativo o, tutt'al più, di contratto preliminare, non attribuiscono all'affidato un diritto soggettivo alla

esecutivi, viene, conseguentemente, rinviato l'effetto traslativo[111]. Tale effetto è legato nel nostro ordinamento allo scambio dei consensi, in quanto va determinato il prezzo di vendita ed individuato specificatamente il bene.

L'utilizzazione del contratto quadro[112], cioè di uno schema di origine dottrinale, accolto dalla giurisprudenza, che configura un contratto convenzione (contenitore) che disciplina un fascio di contratti minori è stata, innanzi tutto, facilitata dalla difficoltà concettuale ad utilizzare, in ambito comunitario, la fattispecie della somministrazione, tipica del diritto domestico e dalla maggior dimestichezza di vari ordinamenti con il contratto quadro[113]. Poter

---

disponibilità o alla ricostituibilità della provvista, secondo il dettato degli art. 1842 e 1843 c.c., ma soltanto una mera aspettativa, soggetta alla valutazione discrezionale della banca di accettare volta per volta il mandato all'incasso, che potrebbe rifiutare senza essere ritenuta inadempiente".

[111] La concessione di vendita è un contratto innominato atteggiantesi, sul piano strutturale, come contratto quadro o normativo, dal quale deriva l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti che vengono acquistati mediante la stipulazione, alle condizioni fissate dall'accordo iniziale di singoli contratti di acquisto. Da ciò deriva che la previsione, nel contratto normativo intercorso tra le parti, del patto di riservato dominio comporta l'obbligo per le medesime parti di inserire la clausola di riserva della proprietà in ciascuno dei contratti di vendita da stipularsi in epoca successiva, senza tuttavia che detta clausola possa ritenersi implicitamente riprodotta in questi ultimi per il solo fatto di far parte dell'impegno programmatico, che, in quanto tale, è di per sè inidoneo ad impedire l'effetto traslativo reale là dove manchi, nel singolo contratto di vendita, un titolo negoziale della riserva medesima con riferimento alle cose in concreto consegnate (Cass. 22 ottobre 2002, n. 14891, Giust. civ. 2003, I, 2479).

[112] Si è anche fatto uso di questo schema per spiegare il contratto di factoring a proposito del quale si discute se sia un unitario contratto che disciplina le cessioni come meri atti esecutivi necessari per realizzare il programma negoziale oppure un contratto quadro su cui si innestano le successive cessioni; v. BUSSANI, I singoli contratti, Contratti moderni di factoring, franchising, leasing, Torino, 2004.

[113] V. SAYAG, Le contrat cadre – La Distribution, Paris, pg. 89 ove si rileva che "le contrat-cadre se caractérise toutefois de facon plus précise, comme un contract dont les objectifs son généralement definis, mais sans que le termes essentiels de l'echange ed specialment l'objet et/ou le prix, soient encore determinés ou meme determinables par simple référence à ses stiplutations".

L'utilità nello scambio commerciale è evidente se si assume che il contratto quadro è un accordo "visant à definir les pricipales règles auxquelles seront soumis les accords à traiter rapidement, dans le future, contrats d'application ou d'execution, auxquels de simples bons de commande ou ordres de service forniront leur support". Non rileva il fatto che queste strutture possano essere create dalla parte forte e finiscano per essere dei contratti di adesione.

utilizzare questa struttura consente anche di regolare diversamente il contratto quadro dai contratti di vendita esecutivi: per questi ultimi riesce agevole utilizzare la Convenzione di Vienna del 1980 sulla

---

Più precisamente si è rilevato che si ricorre a queste forme quando la relazione di durata non consente già di determinare tutti gli elementi dell'operazione, ma è necessario creare regole uniformi. La giurisprudenza francese assegna a queste strutture valore contrattuale in quanto già atte a riassumere i termini contrattuali essenziali dell'operazione (oggetto, prezzo). La negoziazione del contratto distingue il contratto quadro dalle condizioni generali: quando è assente una negoziazione si è molto vicini allo schema delle condizioni generali. Il contratto quadro implica, in questa impostazione, obbligazioni relative alla conclusione dei contratti esecutivi: obbligazioni di negoziare i contratti esecutivi (le cd. ventes elementaires) o di concludere i medesimi. Nella prassi ricorrono queste obbligazioni nei contratti di fornitura o di rivendita in esclusiva. La parte somministrata non può rimanere inerte in quanto i meccanismi contrattuali arrivano a determinare gli elementi rimasti indeterminati (ad esempio attraverso i listini si determinano i prezzi). La giurisprudenza segue questa linea di tendenza. Le SS.UU. della Cassazione francese (Assemblèe plénière) hanno sostenuto la validità dei contratti quadro sotto il profilo della determinabilità del prezzo delle vendite esecutive, ove sussistano criteri oggettivi da applicare (arresto Alcatel del 1995: ivi si afferma che quando una convenzione prevede la conclusione di contratti ulteriori l'indeterminatezza del prezzo di questi contratti nella convenzione iniziale non rende nulla la convenzione, ma un eventuale abuso nella fissazione dei prezzi da diritto solo al risarcimento dei danni). Si è arrivati a questa impostazione (che indubbiamente sacrifica l'aspetto della integrale negoziazione dell'accordo) per la premiante funzione svolta dal contratto negli scambi commerciali tra imprese.
Sul punto v. GHESTIN, La notion de contrat-cadre, sul web.
Il diritto anglosassone non conosce questa figura, ma assicura tutela a contratti di durata che presentano alcune parti non ancora determinate e che dovranno esserlo con accordi ulteriori. In tali accordi sono previste obbligazioni esecutive ed impegni programmatici. Lo schema del *distributor agreement* corrisponde spesso a quello del contratto quadro. Per ottenere un equilibrio contrattuale in questo ordinamento non si ricorre alla clausola generale della buona fede; il *fair trading* è tutelato attraverso il meccanismo delle condizioni implicite. Una clausola ricorrente nei contratti inglesi recita: Exclusive Distributor. Supplier hereby appoints X, for the duration of the Term, to distribute, offer for sale and sell the Products to Approved Customers in the Territory on an exclusive basis (even with regard to Supplier and its Affiliates), and X hereby accepts such appointment. Supplier acknowledges and agrees that during the Term it shall not, and it shall cause its Affiliates not to, market, promote, distribute, offer for sale or sell any Product to (a) any Approved Customer in the Territory and (b) any Person (other than X or its Affiliates) outside the Territory that (i) is reasonably likely, directly or indirectly, to market, promote, distribute, offer for sale or sell any Product to Approved Customers in the Territory or assist another Person to do so, or (ii) has directly or indirectly marketed, promoted, distributed, offered for sale or sold the Product to Approved Customers in the Territory or assisted another Person to do so".

vendita internazionale, normativa molto conosciuta dagli operatori del commercio internazionale.
La teoria del contratto quadro, tuttavia, spiega poco l'atipicità del contratto, in quanto, nel momento in cui si ricorre alla figura di un contenitore, questo non è, evidentemente, né tipico, né atipico. Atipicità e contratto quadro, sotto questo profilo, non presentano corrispondenza. Sono, invece, tipici, i contratti esecutivi (di vendita). Il contratto quadro è solo una struttura.
Inoltre, del contratto quadro occorre accettare una configurazione particolare, in quanto il concedente non vuole solo creare meri impegni programmatici "*unforceable*", ma, massimamente, fasci di obblighi legati a prestazioni del concessionario di immediata efficacia obbligatoria (ad esempio, impegni di minimi di acquisto, di investimenti, di pubblicità, di prestazione della garanzia in favore dei clienti, di utilizzo di pezzi originali nelle riparazioni, di uso conforme delle licenze di marchio o *know how*, ecc.). Relativamente ad essi il contratto quadro funziona non solo da programma, ma anche da accordo immediatamente efficace.
Ci si avvicina, pertanto, nella maggior parte degli schemi utilizzati, al contratto quadro del diritto francese, schema ritenuto di utilità al commercio tra imprese che sviluppano relazioni di durata nelle quali l'integrazione nella fase distributiva rende necessario creare accordi con funzione programmatica, immediatamente efficaci e non lasciare la vendita o l'acquisto dei prodotti alla mera potestà altrui[114].

---

[114] Ci spiega FRISON-ROCHE (in Le contrat de distribution, sul sito web di CREDA ccip.fr.) che nel momento in cui l'impresa opera sul mercato, necessita di strumenti che la proteggano dalla permanente instabilità del medesimo e rendano possibili investimenti a lungo termine. In questa prospettiva il contratto non serve più per regolare uno scambio (istantaneo), ma per organizzare l'impresa nella relazione con i suoi partner operativi: alla funzione di scambio si sostituisce la funzione di organizzazione. Il contratto quadro esprime, appunto, questa necessità dell'impresa: "cette métamorphose du contrat, lorsqu'il devient contrat-cadre, corrispond à la théorie économique du contrat, comme modèle d'organisation alternatif à celui du marchè. (….) Le contrat-cadre de distribution illustre parfaitement la facon dont les parties font gérer leurs rapport en alternative aux forces du marché".
Il contratto quadro diventa così il miglior strumento a disposizione dell'impresa per operare sul mercato secondo i propri modelli organizzativi: nel tempo i contratti esecutivi esprimono l'interesse dell'impresa a controllare i dinamismi delle relazioni secondo una pianificazione propria. Si potrebbe ipotizzare, secondo questo profilo, la natura "quasi legislativa" del contratto, chiamato a svolgere una funzione sostitutiva della norma: il contratto quadro viene, pertanto, ad influire non soltanto sull'ordine economico delle relazioni, ma anche sull'ordine giuridico. Si realizza in

Va, peraltro, rilevato che la nostra giurisprudenza più recente, nel qualificare il contratto di concessione di vendita, non ha utilizzato il portato della dottrina e giurisprudenza francese sul contratto quadro, ma quando, dopo aver superato la fattispecie della somministrazione, si è attestata sulla figura del contratto quadro, è stata chiaramente influenzata dalla specificità dei casi esaminati: in un *leading case*[115] si trattava di accertare l'opponibilità, al fallimento del concessionario, delle vendite descritte nel contratto di concessione come vendite con patto di riservato dominio[116]. L'utilità pratica di qualificare il contratto come contratto quadro evidentemente derivava dal poter ritenere inefficace la clausola di riserva di proprietà dei contratti esecutivi di vendita, ma l'apporto alla qualificazione del contratto non è decisivo. È evidente, infatti, che questa giurisprudenza rimarca la necessità di riprodurre una specifica clausola (riserva di proprietà) nei contratti esecutivi e ravvede nel contratto base una sorta di contenitore generale, meramente programmatico. L'occasione non era però buona per investigare la struttura di questo contratto base relativamente alla insorgenza o non di altri eventuali obblighi.
Indubbiamente la struttura del contratto quadro favorisce lo sviluppo di un contratto di durata che si snoda in una serie di contratti (vendite) i cui esatti termini non posso essere predeterminati e devono poi essere negoziati. Si pensi alla questione dei prezzi di vendita (ad esempio, il prezzo deve essere rinegoziato volta a volta o per partite), dei target annuali di vendita, dei premi, dei bonus riconosciuti al concessionario in base alle sue performance, dei margini riconosciuti

---

tal modo, l'esplicazione massima del principio per cui il contratto "pose la loi des parties" (cfr. art. 1372 c.c. il contratto ha forza di legge tra le parti). Infatti, con il contratto quadro il produttore riesce a disegnare ed attuare il proprio modello organizzativo intervenendo nel mercato con mezzi più efficaci del contratto scambio.

[115] Cass. 17 sett. 1990, 11960, Ford / Fall. Automarengo.

[116] Come è noto, è prassi dei costruttori di veicoli vendere al concessionario con la clausola di riserva di proprietà o contro documenti. Sulla tematica fallimentare delle clausole di riserva di proprietà, SCORZA, L'opponibilità della clausola di riservato dominio al fallimento del concessionario, I contratti 1/07, 67.
L'art. 4 della direttiva 2000/35/CE favorisce l'introduzione di normative che proteggono il venditore con riserva di proprietà. L'art. 11 del decreto di attuazione (231/02) prevede per l'opponibilità della clausola la sua menzione nelle fatture.
Sulla compatibilità della normativa italiana a quella comunitaria, v. Corte CE 26 ottobre 2006.
Lo Stato italiano rileva nel procedimento avanti la corte che questa norma si riferisce alle vendite con consegne ripartite.

sui prezzi di vendita, delle spese di pubblicità, ecc.. Sta poi alla successiva negoziazione la fissazione degli elementi rimasti incompleti.
Ovviamente, la determinabilità di alcuni elementi dei contratti esecutivi che verranno stipulati aumenta la situazione di disequilibrio tra le parti, a causa del loro diverso rapporto di forza. È per questo motivo che nel regolamento *automotive* (n.1400/02/CE) sono previste ipotesi di obbligatorio conferimento del giudizio di determinabilità, in caso di disaccordo, ad un arbitro *super partes*.
Sotto altro profilo, un contributo all'esame della natura giuridica del contratto di concessione l'ha dato la giurisprudenza allorché è stata chiamata a decidere questioni sulla competenza giurisdizionale che regola il contratto di concessione e di vendita[117].

---

[117] Per risolvere questioni sulla giurisdizione e sulla legge applicabile si fa generalmente applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968. La Convenzione fissa diversi criteri per l'individuazione della giurisdizione e, tra questi, all'art. 5 n. 1), stabilisce in materia contrattuale la competenza del giudice ove l'obbligazione dedotta è stata o deve essere eseguita.
Per determinare questo criterio si è utilizzata, di frequente, la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale (disposizione speciale rispetto alla Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali) che è una legge sostanziale sulla vendita.
Alla Convenzione di Bruxelles si è sostituito il regolamento 44/01/CE, uno strumento comunitario che disciplina in modo omogeneo la materia della competenza giurisdizionale e riprende le linee della Convenzione di Bruxelles, ma riduce la portata dell' obbligazione dedotta in giudizio e focalizza su quella della consegna dei beni o della prestazione del servizio (art. 5, par. 1, lett. b). Il criterio della obbligazione dedotta diviene subalterno e residuale.
Secondo altri è incoerente applicare immediatamente una norma sulla compravendita ad un contratto che frequentemente presenta le caratteristiche del contratto quadro; contratto che regola un fascio di prestazioni differenti (compravendite, servizi, mandati, ecc.). Tendono pertanto ad escludere il contratto di concessione della stretta applicazione della Convenzione di Vienna (v. Cassazione francese 20 febbraio 2007, pubblicata sul Web).
La giurisprudenza della nostra S.C. applica prevalentemente alla concessione di vendita le norme generali della Convenzione di Roma del 1980 che regola, in generale, le obbligazioni contrattuali e con esse i contratti di distribuzione (Cass. 11 giugno 2001, 7860, Cass. 20 sett. 2004 n. 18902; in dottrina, FERRARI, Contratti di distribuzione, Giust. Civ. 2000, 2333). Non mancano interpretazioni difformi (Cass. SS.UU. 20 Sett. 2004, 18902; Cass. SS.UU. 14 dic. 1999, 895)
Se si applica la Convenzione di Roma come prima norma di conflitto (la Convenzione consente, ove applicabile, di essere usata come prima norma di conflitto, in ogni caso se il giudice italiano utilizza le proprie norme di diritto internazionale privato, si arriva alla stessa conclusione in forza dell'art. 57 della L. 218/95 che richiama appunto la Convenzione di Roma), occorre individuare il

Questa giurisprudenza ha cercato di cogliere ed enucleare la prestazione caratteristica[118] del contratto di concessione di vendita,

---

giudice della Legge che presenta il collegamento più stretto. Tale paese è quello ove ha sede la parte che deve fornire la prestazione caratteristica: la prestazione caratteristica nel contratto di concessione è stata individuata nell'attività di sviluppo delle vendite (analogamente alla attività dell'agente, v. Convenzione dell'AJA del 1978 sulla legge applicabile al contratto di agenzia) nella zona di esclusiva o nella fornitura della merce. In questo caso si potrà poi fare applicazione della Convenzione di Vienna per accertare il luogo della consegna (FIORELLI, La Legge applicabile al contratto di Concessione di vendita della Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento "Roma 1", Quaderni della Fondazione per il notariato, 2007). Certo è che nel contratto di concessione, composto da fasci di obbligazioni che vanno eseguite in paesi diversi, è difficile stabilire l'obbligazione caratteristica, per cui difficilmente potranno essere enunciati criteri astratti che prescindono dal caso concreto. Il dato testuale diviene così il principale elemento di valutazione. Di recente, Cass. 4 maggio 2006, utilizza la Convenzione di Bruxelles e la Convenzione di Roma per identificare l'obbligazione caratteristica nella fornitura di merce (v. SAMBUGARO, Il Contratto di distribuzione internazionale Obbligazioni e Contratti, 2007, 994).

Il regolamento comunitario (ROMA I) sulle obbligazioni contrattuali (593/2008/CE) sostituisce la Convenzione di Roma del 1980 e prevede all'art. 4 che si applichi al contratto di distribuzione la legge del paese nel quale il distributore ha la residenza abituale.

Come norma di conflitto è utilizzabile, nel caso di paesi firmatari (Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Italia, Norvegia, Svezia, Svizzera) la Convenzione dell'AJA del 1955 sulla Legge applicabile alle vendite internazionali di oggetti mobili corporali.

Per una singolare tentazione di risolvere i problemi di qualificazione del contratto con le regole sulla competenza v. Cass. francese 1 marzo 2008, la quale, a proposito di un contratto di distribuzione in esclusiva rileva che esso non può essere inquadrato come contratto di vendita o di servizi, ma come contratto rientrante indistintamente nella categoria di cui all'art. 5-1a del regolamento 44/2001 (l'art. 5-1a fa riferimento al luogo ove l'obbligazione contrattuale dedotta è stata o deve essere eseguita, specificando che, nel caso della compravendita, questa coincide con il luogo ove i beni sono stati od avrebbero dovuto essere consegnati). La decisione cassa quella della corte d'appello che aveva individuato il contratto come contratto di servizi. Conforme anche un arresto del 22.10.08.

Una tendenza che si sta affermando individua la prestazione caratteristica in quella ove si verifica l'esclusiva (Cassazione francese 23 gennaio 2007).

[118] Rientra nella giurisdizione del giudice italiano, ex art. 4, n. 2, c.p.c., applicabile "ratione temporis", la controversia avente ad oggetto la richiesta di pagamento della fornitura di prodotti, in relazione ad una concessione di vendita in esclusiva, dovendosi ritenere la legge italiana regolatrice del rapporto in quanto, in applicazione della convenzione di Roma del 19 giugno 1980, ratificata con l. 18 dicembre 1984 n. 975, in mancanza di scelta delle parti, è l'Italia, ove ha sede la società concedente, il paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto, dovendo ritenersi prestazione caratteristica, nel caso concreto, la fornitura

individuata nell'attività di fornitura di merce al concessionario ai fini della rivendita o, secondo diverse tesi, nella prestazione del distributore.

1.9 il contratto di concessione comprende varie fattispecie contrattuali

L'incerta identità della fattispecie del contratto di concessione (anche in questo capitolo definito non nel senso di concessione in esclusiva) di vendita appare evidente se si considera che, con la medesima struttura, si presentano altri contratti. Questo porta a farci ritenere che il nome "concessione di vendita" sconta una tendenza a generalizzare. Inoltre, nelle tecniche contrattuali non sono desuete forme di utilizzazione congiunta di vari sistemi (nel settore *automotive*, sino al 2002, si usavano sistemi misti, selettivi ed esclusivi), che causano la nascita di forme complesse di contratti di distribuzione definiti comunemente contratti di concessione di vendita.
Circa i tratti comuni con altri contratti possiamo senz'altro avvicinare la concessione di vendita al contratto di franchising. Ha affermato la giurisprudenza[119] che "al di là *del nomem juris* di concessione di vendita, nella specie di settore automobilistico, figurante nel testo contrattuale, è ravvisabile un rapporto contrattuale riconducibile alla figura del franchising, quando l'integrazione tra rivenditore e società di distribuzione raggiunge un grado di intensità tale da potersi ricondurre al rapporto la definizione che di tale contratto fornisce l'art. 1 n. 3, lettera b) del Reg. 4087/88/CE[120]".
Secondo la definizione del contratto di franchising data dall'art. 1 della L. 109/04 (Legge sul Franchising), questo è il contratto "fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know how*[121], brevetti,

---

della merce con le modalità previste in contratto, fornitura dalla quale dipende la successiva attività di distribuzione (Cass. 11 giugno 2001, 7860).

[119] Trib. Crema 23.11.94, Contratti, 96, 52.

[120] Regolamento comunitario sul franchising.

[121] Sulla definizione di *know how*, v. Codice deontologico europeo sul franchising: Il "*know-how"* rappresenta un complesso di informazioni pratiche non brevettate, risultante dall'esperienza e dalla sperimentazione dell'Affiliante che è segreto, sostanziale e identificato. "Segreto" significa che, considerato come un complesso di

assistenza o consulenza tecnica o commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di fornire determinati beni o servizi"[122]. La stessa struttura può rivestire un contratto di concessione (di vendita in esclusiva) che presenta l'aspetto dell'acquisto per la rivendita, l'indipendenza del distributore, la licenza di D.P.I. (diritti di proprietà industriale). Entrambe le forme distributive si presentano come forme di collaborazione integrata molto simili fra loro; si è, pertanto, discusso se gli obblighi informativi che discendono dal contratto di

---

nozioni o nella precisa configurazione e connessione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile. Non è limitato nel senso che ogni componente individuale del *know-how* dovrebbe essere totalmente sconosciuto e non ottenibile al di fuori dell'attività dell'Affiliante. "Sostanziale" implica che il know-how include informazioni indispensabili per il franchisee per la vendita dei beni o per la prestazione di servizi al consumatore finale ed in particolare per la presentazione dei prodotti alla vendita, per l'utilizzo di beni in funzione alla prestazione di servizi, per i comportamenti con i clienti, per la gestione amministrativa e finanziaria; il *know-how* deve essere utile per l'Affiliato e ne deve accrescere le capacità competitive in particolare migliorando i risultati dell'Affiliato o aiutandolo ad entrare in nuovi mercati. "Identificato": deve essere descritto in un modo sufficientemente comprensibile tale da consentire di verificare se corrisponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità. Il *know-how* può essere esplicitato sia nel contratto di franchising o in un documento separato oppure redatto in qualsiasi altra forma appropriata.

La definizione di *know-how* si ottiene anche dal regolamento comunitario sui trasferimenti di tecnologia (772/04/CE).

La Cassazione francese, con decisione 4 giugno 2002 ha posto la distinzione tra il contratto di concessione e di franchising nel trasferimento di *knoh how* "attendu, en second lieu, que l'arrêt retient que, si le contrat prévoit la mise à disposition d'un nom commercial, de sigles et de symboles, ainsi qu'une assistance commerciale de la part du concédant lors de la création de l'activité et l'organisation par ce dernier de campagnes promotionnelles, il ne fait toutefois pas référence à l'existence d'un savoir faire et ne crée aucune obligation de transmission de connaissances propres caractéristiques d'une franchise, l'obligation d'assistance mise à la charge du concédant comme la détermination de quotas d'approvisionnement auprès du seul concédant relevant au contraire d'un contrat de concession exclusive; que par ces seuls motifs, abstraction faite de tous autres surabondants, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le contrat prévoyait une assistance technique permanente, et qui était tenue, nonobstant les conclusions de la société A, de trancher le litige conformément au règles de droit qui lui étaient applicables, a légalement justifié sa décision".

La questione può forse porsi così in termini generali, ma è difficile che al concessionario non vengano trasferite speciali conoscenze sui prodotti.

[122] Per una descrizione della fattispecie del contratto di franchising, TAR LAZIO 6833/06. Ivi viene rilevato che essenziale alla fattispecie è l'assenza di clausole che compromettono la libertà del concessionario di determinare i prezzi.

franchising[123] debbano essere applicati ai contratti di concessione e, più in generale, ai contratti di distribuzione, costituendo un principio di applicazione generale.

Tale simmetria è colta dalla giurisprudenza[124]. Peraltro, attualmente, franchising con fornitura di beni e concessione di vendita ricadono nella disciplina dello stesso regolamento *antitrust* di esenzione, il regolamento generale sulle restrizioni verticali 2790/99/CE, per cui le distinzioni strutturali sono difficilmente percepibili. L'unica differenza sostanzialmente rimane quella della presenza, nel caso del franchising, di una struttura monomarca[125] e del trasferimento di *know how*, mentre nella concessione di vendita, questo aspetto come vedremo, non è rilevante.

La giurisprudenza domestica ha, in alcune decisioni, visto simmetrie tra franchising e concessione di vendita da una parte e subfornitura[126] dall'altra, valorizzando l'aspetto della fornitura del servizio, del *know how*, dei segni, dei mezzi pubblicitari, della convinzione della clientela di trattare con il franchisor, allorché richiede il servizio al franchisee (quest'ultima affermazione necessiterebbe della dimostrazione che, ad esempio, quando il consumatore acquista un capo di abbigliamento presso un negozio in franchising pensa di trattare con l'azienda titolare del marchio perchè pensa che questa assicuri la qualità del prodotto, condizioni standard di garanzia post vendita, costanti controlli sul prodotto posto in circolazione).

Nell'esame di provvedimenti dei giudici si vede lo sforzo di incasellare la subfornitura nel franchising o nel contratto di

---

[123] In Francia da tempo è data molta importanza agli obblighi informativi anche precontrattuali L. 89-1008 (cd. legge Doubin). Nella disciplina domestica gli obblighi informativi sono contenuti all'art. 4 della L. 129/04.

[124] Franchising e concessione di vendita sono due fattispecie contrattuali analoghe rientranti nella più generale categoria dei contratti di distribuzione: trib. Isernia, 12 aprile 2006, Giur. merito 2006.

[125] Il franchising è tendenzialmente monomarca, anche se sono conosciute forme di "Corner Franchising", ove viene messo a disposizione uno scaffale, uno stand, un'area. Ovviamente, presuppone una marca nota. Nella concessione di vendita la notorietà della marca non è essenziale.

[126] Trib. Taranto 17 sett. 2003, in VITTORI , La concorrenza e mercato, Padova 2005, 449; Trib. Roma, ord. 5 nov. 2003, Foro It. 2003, I, 3440; Trib. Roma 1 giugno 2004, Padanauto/Ford, sul web. Circa queste due decisioni (la seconda richiama la prima), va precisato che proporre nella concessione di vendita (nel caso di specie di veicoli) lo schema della subfornitura, quale emerge dall'art. 1 della L. 192/98, è del tutto indimostrato: quello che può essere condivisibile è vedere una relazione subalterna comune tra concedente e concessionario, valutabile ex art. 9 L. 192/98.

concessione[127] al fine evidente di poter utilizzare la tutelante normativa della prima.

Non si tratta, ovviamente di una esigenza sistematica. Vi è la necessità di fondare su di un preciso dato normativo la tutela della parte debole. Tale sforzo è proteso ad applicare le regole dell'abuso di dipendenza economica a tutti i contratti di distribuzione; questo principio diventa così trasversale[128]. Vale qui notare che sono diverse le cause che

---

[127] L'art. 9 l. n. 192 del 1998 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) si applica ai contratti di concessione di vendita di autoveicoli poiché tale disposizione è operante in tutti i contratti tra imprese, Trib. Roma 5 nov. 2003. Questa decisione, così come quella di poco successiva, emessa dallo stesso tribunale, in data 1 giugno 2004, sono condizionate dal fatto che si discute della legittimità di un recesso senza alcun motivo e si vorrebbe, con lo schema della subfornitura, imporre al somministrante obblighi relazionali di "protezione". Nella seconda decisione il concedente aveva, tuttavia, concesso un preavviso di 24 mesi, sicuramente adeguato anche a relazioni consolidate, salvo che non siano stati imposti, in precedenza, inusuali obblighi di investimento.

[128] La posizione di asimmetria contrattuale tra una impresa forte ed una debole ha posto numerosi interrogativi, tanto che ci si è chiesti se sia possibile rintracciare norme che tendono ad equilibrare la relazione contrattuale (ZOPPINI, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza sul web). Dal tema esulano i rapporti con i consumatori, destinatari di una disciplina specifica: la disciplina del consumo si presta particolarmente a sindacare, nei rapporti di durata, relazioni in cui una parte assume atteggiamenti tali da alterare l'equilibrio di forza del contratto.

Nel diritto dei contratti si è fatto variamente riferimento alla buona fede oggettiva, alla risoluzione per eccessiva onerosità, all'abuso del diritto, alla giustizia del contratto, all'equilibrio della causa ed ai contratti di impresa, per chiedersi fino a che punto il giudice possa intervenire per riequilibrare il contratto ingiusto. Ma la soluzione è lungi dall'essere trovata e cattivi sono i presupposti; nel diritto positivo la ricerca parte da una constatazione che mette in difficoltà sin da subito: non è ravvisabile un potere del giudice a ridurre ad equità un contratto, se non nei casi previsti dalla legge (MENGONI, autonomia privata e costituzione, BBTC, 1997, I,1).

Al di là della specificità della norma, occorrerebbe ricercare categorie nuove di giustizia contrattuale o giustizia sociale, basate su principi solidaristici. Si tratta di nuove vie, poiché nella struttura del contratto la forza del contraente è un elemento neutro. Peraltro, la stessa struttura codicistica del contratto si presta poco a relazioni di durata, genericamente ed imprecisamente disciplinate, che necessitano di essere integrate via via dalla volontà delle parti.

Nel contratto il giudice non ha a disposizione la norma sull'abuso di posizione dominante, la quale consente di verificare il comportamento sul mercato dell'impresa dominante: nel diritto positivo non vi è un limite intrinseco del sistema verso una finalità eterodeterminata, ove viene anteposto il corretto funzionamento del mercato ed il consumer Welfare. Il mercato obbliga gli operatori a determinati comportamenti.

generano nella concessione di vendita e nella subfornitura industriale la dipendenza economica[129]. In quest'ultima è il debito di tecnologia e la specificità del prodotto che la genera, nella concessione è la difficoltà a riconvertire in tempi brevi gli investimenti. Non costituisce elemento di differenziazione la vendita a terzi del concessionario e la fornitura unidirezionale al committente nella subfornitura in quanto il servizio offerto dal subfornitore può essere anche verso terzi.
Si possono poi esaminare altri tratti comuni con altri contratti della distribuzione. La distribuzione selettiva ed il franchising sono in rapporto molto stretto, in quanto la seconda fattispecie è derivata dalla prima. In entrambe la rete prescinde da una suddivisione per zone[130], la valutazione del membro della rete non avviene su basi soggettive, ma si richiede il possesso di standard tecnici condivisi. Acquirente può essere solo un altro rivenditore della rete od un cliente finale.

1.10 prime conclusioni

Per quel che si è detto, se si vuole trovare un minimo comun denominatore ad una determinata tipologia di contratti di distribuzione occorre, in primo luogo, raggruppare quei contratti ove l'impresa opera con proprio rischio di impresa (caratteristica rintracciabile nella concessione in esclusiva, nella distribuzione selettiva, nel franchising, nell'acquisto esclusivo, nella fornitura esclusiva, ma non nell'agenzia commerciale). Occorre poi che l'impresa che partecipa alla distribuzione assuma la posizione di impresa integrata nel sistema di vendita del produttore. In tal modo, lo schema dell'acquisto finalizzato alla rivendita avviene nell'ambito di una organizzazione aziendale che dirige il prodotto, attraverso la catena distributiva, sino al cliente finale.

Il diritto comunitario dei contratti ha invece iniziato a modificare il panorama: si veda l'art. 7 del D. Lgs. 9 ottobre 2002, 231, ove il Giudice può intervenire d'ufficio se il contratto è, relativamente ai termini di pagamenti, gravemente iniquo per il creditore. Ma la norma che ha suscitato maggiori riflessioni è quella dell'art. 9 della L. 192/98 sull'abuso di dipendenza economica.

[129] Una frequente forma di abuso di dipendenza economica si rinviene in contratti di distribuzione allorché il produttore vincola a sé il distributore attraverso sconti/bonus fidelizzanti che di fatto o gli impediscono di uscire dal contratto o lo invogliano ad abbandonare i concorrenti. Questi abusi sono stati esaminati dalle autorità antitrust in casi di abuso di posizione dominante (v. caso *Michelin*, decisione della Commissione 20 giugno 2001).

[130] Nel contratto di franchising il numero dei rivenditori è generalmente fissato preventivamente (selezione quantitativa).

Nella fattispecie considerata come distribuzione integrata il rivenditore è fortemente coinvolto nella politica distributiva del produttore e veicola al cliente finale non solo il prodotto contrattuale, ma anche il "brand" (anche nel senso di reputazione commerciale), dunque la stessa immagine del produttore. L'esigenza economica di razionalizzare la fase distributiva esternalizzandola, connota, pertanto, lo schema strutturale del contratto, per inserirlo nei processi di collaborazione aziendale. Così come le imprese esterne di fornitura o subfornitura sono integrate nel processo produttivo e vengono raggruppate in aggregati reticolari, allo stesso modo lo sono le imprese aggregate nella distribuzione, unificate da una logica di efficienza aziendale[131].

In questa accezione del contratto di distribuzione non si considerano, pertanto, forme di collaborazione non organizzate come, ad esempio, quella del rivenditore autorizzato.

La concessione di vendita come categoria generale è di poca utilità e può essere considerata come fattispecie corrispondente alla concessione di vendita in esclusiva; appare, invece, utile trovare una figura che possa contenere oltre a quest'ultima, la distribuzione selettiva, il franchising, l'acquisto esclusivo e la fornitura esclusiva. Tale figura può essere quella del distributore integrato.

Per quanto attiene alla struttura contrattuale, si può condividere la tesi del contratto di distribuzione come contratto quadro se ci si riferisce ad un contratto di distribuzione contenitore che regola una serie indefinita di autonomi e separati contratti di rivendita (i cd. contratti esecutivi), a patto che poi il rapporto venga sezionato in due tronconi, il primo riguardante il rapporto tra il produttore ed il concessionario (*business to business*), il secondo tra il concessionario ed il consumatore (*business to consumer*). La duplicità della struttura si rinsalda nella finalità organizzativa / distributiva. Il concedente tende, infatti, non solo ad esercitare il controllo sulla fase di rivendita al cliente finale[132], ma ad imporre al distributore servizi e modalità di vendita nel proprio interesse.

---

[131] Per una analisi delle relazioni tra imprese operanti nelle reti produttive, POLESE, Integrazione sistemica degli aggregati reticolari di impresa, PADOVA, 2004.

[132] Questo controllo a volte lo porta ad assumere posizioni dirigistiche, imponendo ai distributori della rete comportamenti anticompetitivi, attraverso, ad esempio, l'imposizione di clausole di prezzo imposto nella rivendita, di divieto di evadere le vendite passive nei sistemi esclusivi, di divieto di evadere le vendite passive o promuovere le vendite attive nei sistemi selettivi.

Accanto alla parte programmatica vi sono prestazioni che si configurano come obblighi immediatamente efficaci e sanzionabili[133].
Il primo troncone (*business to business*) prevede:
l' assunzione da parte del distributore integrato di obblighi verso il concedente, volti a massimizzare la rivendita e rafforzare il brand;
l' assunzione da parte del distributore integrato di obblighi verso il concedente, volti alla qualità della prestazione ed all'adozione di standard tecnici comuni a tutta la rete;
l' assunzione da parte del concedente di obblighi verso il distributore integrato, volti a consegnare un prodotto esente da difetti (ai fini del funzionamento e della pericolosità), secondo la programmazione stabilita;
l'assunzione da parte del concedente di obblighi verso il concessionario, volti mantenere condizioni omogenee e non discriminatorie entro la rete;
l'eventuale esclusiva di zona;
Il secondo (*business to consumer*) comprende, come attività riferita al primo troncone:
le condizioni di vendita al cliente finale (ad es. prezzo massimo imposto);
l'assunzione di obblighi da parte del distributore integrato, riconducibili alla prestazione di servizi verso terzi, quali, ad esempio, la prestazione della garanzia, il livello di qualità del servizio di riparazione (v. caso *Schaik*, Corte CE C-55/93), l'uso di personale qualificato nei servizi, ecc..
Va qui precisato che entro il 28/12/09 gli Stati membri dovranno recepire la cd. Direttiva servizi (2006/123/C). Essa renderà più semplice, per un soggetto stabilito in uno Stato comunitario, prestare un servizio in un altro Stato comunitario. Parrebbe logico sottrarre dai <<servizi>> fattispecie riguardanti la circolazione dei beni, sottoposta ad altre regole; tuttavia, sembra di capire che la distribuzione dei beni debba essere riguardata come un fenomeno che comprende beni e servizi. Quindi la prestazione del distributore va valutata in questi due aspetti. Infine, occorre rilevare che nella direttiva servizi vengono anche precisati requisiti afferenti necessariamente la qualità minima del servizio.

Attraverso questo controllo lo strumento del contratto, pur regolando solo le parti che vi aderiscono, supera la sua relatività e finisce per regolare anche terze parti con i vincoli imposti dal produttore.

[133] Ad esempio, l'adeguamento agli standard tecnici proposti, oltre agli obiettivi di vendita, alle forme di pubblicizzazione del prodotto, ecc..

2. LA DISTRIBUZIONE ESCLUSIVA.

2.1 il contratto di concessione di vendita come contratto di distribuzione in esclusiva

Per quanto sopra detto, ai fini sistematici appare opportuno circoscrivere la fattispecie del contratto di concessione di vendita a quella di concessione in esclusiva. Se il concedente non vuole utilizzare le zone, ricorre generalmente a forme diverse dalla concessione.

Nell'ambito di un accordo di distribuzione esclusiva, il fornitore accetta di vendere i suoi prodotti ad un unico distributore per la loro rivendita in un territorio determinato (esclusiva a favore del concessionario), generalmente minore del territorio comunitario (se si versa in tale ipotesi occorre considerare quella della fornitura esclusiva) . In tal modo viene limitata l'attività del concedente, ma non degli altri concessionari[134]. Nella distribuzione esclusiva ai rivenditori è, dunque, garantita dal concedente la non intromissione nella zona assegnata; sono, tuttavia, ammesse occasionali vendite dirette del concedente a clienti particolari od a clienti che il medesimo si è riservato (cd. clienti direzionali). Il concessionario non può operare tuttavia vendite attive[135], extra territorio assegnato, ma può evadere le cd. vendite passive[136], cioè richieste di acquisto pervenutegli anche da

[134] Cass. 21 dicembre 2007, 27081.

[135] Va precisato che il regolamento 2790/99 non prevede una definizione di distribuzione esclusiva, prevede invece la definizione di "obbligo di non concorrenza", visto come obbligo del distributore all'approvvigionamento presso un fornitore.

Si tratta di clausole con finalità diverse in quanto la clausola di non concorrenza incide sulla capacità di acquisto del distributore, disinteressandosi del fatto se questi riseva la percentuale residua ad altre marche. Ipotizzandosi il limite massimo della clausola di non concorrenza nell'80%, si ipotizza un distributore multibrand, pur con una quota residua del 20%.

È spesso utilizzato l'abbinamento delle due clausole in quanto il produttore tende ad accaparrarsi l'intero fabbisogno del distributore.

Il sistema esclusivo è richiamato all'art. 4/b del predetto regolamento, ove è consentito il divieto delle vendite attive extra zona in riferimento ad un tale sistema di distribuzione.

[136] Il divieto di clausole che proibiscono le vendite passive è sancito dal regolamento 2790/99/CE sulle intese verticali e da quello 1400/02/CE sulla distribuzione delle vetture. La prassi dei contratti si è conformata a questa regola. Nel caso *Accinauto* è stato esaminato l'obbligo di un concessionario di trasmettere al produttore tutte le richieste di ordini provenienti extra zona, limitazione in contrasto con l'art. 81/1 (Tribunale CE T- 176/95).

soggetti non residenti nella zona assegnata verso la quale però non è stata attuata una politica di sollecitazione.
Generalmente questi contratti presentano la caratteristica di consentire la rivendita a qualsiasi soggetto, sia esso il consumatore che il rivenditore concorrente (la rete è aperta verso il basso e non seleziona il cliente, essendo una restrizione sul territorio). La protezione della zona assegnata viene giustificata dalla necessità di tutela degli investimenti del concessionario, così da evitare una forte competizione *intrabrand* (cioè, tra concessionari della marca). Alla distribuzione esclusiva possono essere abbinate clausole di approvvigionamento esclusivo anche per rilevanti quantità rispetto al fabbisogno[137]. In questo modo si arriva ad una esclusiva di approvvigionamento in favore del concedente[138]. Se la quota di approvvigionamento è elevata ed il concessionario "tratta" una sola marca si parla di concessionario monomarca o monomarchismo.
La concessione in esclusiva rappresenta l'essenza del contratto di concessione, tanto che si è ritenuto "concessionario" solo il rivenditore esclusivo[139]. È attorno a questa struttura che si sono consolidati i primi tipi contrattuali di vendite in esclusiva o "vente à monopole", tanto che nella tradizione continentale per contratto di concessione si intende il contratto di distribuzione esclusiva.
Il concessionario diviene parte di un aggregato reticolare che realizza una forte integrazione aziendale[140].
Il contratto, nei suoi elementi essenziali, si è stabilizzato negli anni passati sulla conformazione del regolamento 1983/83[141] che

137 Nell'art. 5 del regolamento 2790/99/CE il limite massimo è fissato nell'80% del fabbisogno dell'acquirente.

138 Ad analoghi risultati si perverrebbe attraverso sconti che incidano sulla quota di acquisti del rivenditore di prodotti concorrenti.

139 V. BORTOLOTTI, op. cit. nota 72," (…) in questo caso (distribuzione selettiva) non si tratterrà di un contratto di concessione di vendita".

140 V. SAYAG, Le contrat cadre – La Distribution, Paris, pg. 89.

141 A questo regolamento si affiancava il regolamento gemello 1984/83 che prevedeva l'ipotesi del contratto di acquisto esclusivo. Tali accordi non riguardavano un rapporto complesso come quello di concessione, ma solo la regolamentazione del rapporto di fornitura, in particolare la fornitura di birra o di carburanti. Questi rapporti si caratterizzano per il fatto che il fornitore concede vantaggi economici o finanziari, mette a disposizione impianti e tecnologia ed il rivenditore si vincola all'acquisto.
Il regolamento vietava accordi che prevedevano l'acquisto esclusivo per più di un prodotto e conclusi per una durata massima di più di 5 anni. Oltre all'acquisto in esclusiva del prodotto, potevano essere imposti obblighi accessori di acquistare assortimenti completi e/o quantità minime; fare pubblicità; svolgere un servizio

considerava, in via generale, la distribuzione esclusiva e che aveva riprodotto risalenti prassi contrattuali. La struttura era delineata dall'art. 1, ove era prevista l'esclusiva di zona in favore del concessionario, cioè, l'impegno del concedente di "fornire soltanto a lui[142] determinati prodotti ai fini della rivendita" in tutto od una parte del mercato comune. Le obbligazioni del concessionario erano individuate: (i) nel divieto di vendere prodotti concorrenti; (ii) nell'obbligo di acquistare i prodotti solo presso il concedente; (ii) nel divieto di operare fuori dalla zona assegnata. Era consentito al concedente di imporre al concessionario obblighi di acquisto di quantità minime di merce, di fare pubblicità, di allestire una sottorete, di allestire un servizio di assistenza post-vendita, di utilizzare personale specializzato. Era vietata la pratica della vendita abbinata di prodotti[143] (il c.d. *tying*).

Nel regolamento si sono affrontati vari problemi di natura concorrenziale. Innanzi tutto, la necessità del produttore di proteggere i concessionari ed invogliarli agli investimenti specifici, di creare situazioni uguali nella rete, efficienze di sistema e reti assistenziali efficaci. Sono state vietate clausole che imprimono una forte chiusura del sistema distributivo ed, in particolare, quelle che: a) obbligano gli

---

assistenza; utilizzare personale specializzato. È stato necessario predisporre un regolamento ad hoc per l'acquisto esclusivo perché tale pratica per piccole imprese era ricorrente e non era opportuno inserirla nella più complessa distribuzione esclusiva.

La differenza tra acquisto esclusivo e distribuzione esclusiva stava nel fatto che la fornitura esclusiva non prevede una zona di esclusiva, per cui, il regolamento 1983/83 non era applicabile. "La distinzione principale fra il regolamento sulla distribuzione esclusiva e quello sull'acquisto esclusivo risiede nel fatto che l'esclusiva territoriale rende inapplicabile il secondo (VAN BAEL – BELLIS, Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea, Torino, 1995, 219).

[142] Il regolamento 1983/83 esenta contratti di esclusiva che prevedono un solo concessionario per zona. Solo in questo caso si consente al concessionario di proteggere i propri investimenti e si legittimano le altre restrizioni del regolamento. Il rafforzamento della posizione del concessionario finisce per tradursi in un vantaggio per il cliente finale. Se l'esclusiva è solo in favore del produttore il contratto si presenta sbilanciato in favore del medesimo, salvo che il concessionario non possa operare in favore di marche concorrenti. Emerge qui una logica che sembra fondarsi sull'assunto che le restrizioni sul territorio (e quindi alle vendite attive) sono ammissibili solo se il concessionario può sfruttare appieno i vantaggi monopolisti dell'esclusiva.

[143] Cfr. art. 3, lettera c) regolamento 1984/83: "L'impegno di acquisto esclusivo verta su più prodotti che per la loro natura o secondo gli usi non hanno alcuna attinenza fra di loro", ma anche art. 81 TCE.

utilizzatori ad acquistare i prodotti contrattuali solo dal concessionario esclusivo in assenza di fonti alternative di approvvigionamento (canali di arbitraggio); b) ostacolano le importazioni parallele nella zona assegnata; c) creano situazioni artificiali di partizione del mercato che disincentivano a riesportare i prodotti. Sono poi stati esaminati dal regolamento casi di protezione territoriale relativa, ove gli obblighi del concessionario sono limitati a non fare pubblicità, aprire succursali, mantenere depositi fuori dalla zona contrattuale. Tali limitazioni relative sono ritenute ammissibili in quanto il concessionario è libero di rifornire utilizzatori ed intermediari[144] che si trovano fuori dalla zona contrattuale, quando si tratta di domande non sollecitate (vendite passive).

La struttura dei moderni contratti di distribuzione è molto simile a quella delineata dal regolamento 1983/83 ed è, come si vedrà, sostanzialmente ripresa dal successivo regolamento n. 2790/99 sugli accordi verticali, nei quali rientrano i modelli distributivi della distribuzione esclusiva, distribuzione selettiva, franchising, l'acquisto esclusivo, fornitura esclusiva.

Allorché la partizione delle zone avviene per Stati, con nomina di un unico distributore che forma una sottorete si parla di "importatore". In ambito comunitario la figura mantiene un suo significato in quanto ogni Stato ha ancora specifiche caratterizzazioni, pur non essendovi barriere di entrata.

Attualmente si assiste ad una riconversione di molti contratti "*automotive*" in esclusiva in *multibrand*, tendenza favorita dal fatto che i distributori possono creare aree dedicate a ciascuna marca che rappresentano e che ormai le politiche sugli sconti e sui prezzi non costituiscono più leve vincenti sul mercato, in relazione alla forte diminuzione dei margini dei dealer(s). Attraverso il *multibrand* il contratto assume una variante, dal momento che gli accordi di esclusiva "prevedono espressamente od hanno come effetto che una parte soddisfi la totalità o la quasi totalità del suo fabbisogno presso l'altra" (§ 119/4, Guidelines). Non è tuttavia specificato dal regolamento 2790/99/CE se tale modalità possa incidere, attenuandoli, sui divieti dell'art. 4 di detto regolamento, divieti che sono modulati su un sistema esclusivo puro.

In Francia notevoli problemi ha dato la legislazione a tutela dei lavoratori in caso di interruzione di un rapporto di concessione in

---

[144] V. caso Commissione *Eco System/Peugeot*, 92/154, 4 dicembre 1991.

esclusiva senza nomina di un altro concessionario della zona. Alcuni giudici hanno interpretato la normativa nel senso che essa attribuisce ai dipendenti del concessionario estromesso, non altrimenti impiegati, il diritto di essere risarciti dal concedente, quale continuatore dell'impresa. La Cassazione francese sembra contraria al principio, tuttora però molto controverso[145].

2.2 il recesso nel regime distributivo esclusivo.

Il recesso diviene il momento centrale in cui valutare la relazione contrattuale e la suddivisione degli apporti incrementativi del distributore, cosicché il suo esercizio è sottoposto al filtro della buona fede e dell'abuso del diritto. Nel recesso si esprime così il bilanciamento degli opposti interessi nel rispetto della libertà di impresa.

Va, innanzi tutto, precisato che il problema si è posto, nella sua massima valenza, in primo luogo, per contratti di concessione operanti in quei paesi che prevedono una particolare protezione per l'esclusiva

---

[145] V. Cass. Francese, 28.5.2003, Groupe Volkswagen: "Attendu, cependant, qu'il résulte de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail, interprété au regard de la directive 98/50/CE du 29 juin 1998, que les contracts de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprice en cas de transfert d'une entità èconomique autonome conservant son identitè, dont l'activitè est poursuivie ou reprime;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il ne rèsulte pas de ses constatations que la sociètè antèrieurement concèdèe à la sociètè Autopole, sur le territoire de Villeneuve-d'Ascq, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

Et attendu que la Cour de Cassation est en mesure, en cassant sans renvoi, de mettre fin au litige par application de la règle de droit appropriée;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen et sur les autres moyens: CASSE et ANNULE en toutes leurs dispositions les arrêts rendus le 31 janvier 2002 par la cour d'appel de Douai ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi, au titre des demandes dirigées contre la société Groupe Volkswagen France ;

Dit et juge que la société Groupe Volkswagen France n'est pas devenue l'employeur des salariés de la société Autopole, à la suite de la résiliation du contrat de concession" .

Si fa riferimento all'art. L122-12 e succ. modificazioni: "La cessation de l'entreprise, sauf cas de force majeure, ne libère pas l'employeur, de l'obligation de respecter le dèlai-congè et de verser, s'il y a lieu, l'indemnitè prevue à l'article L. 122-9. S'il survient une modification dans la situation juridiqhe de l'employeur, notament par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en sociètè, tous les contrats d travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise".

di zona (ad es. il Belgio). Qui vengono esaminate le problematiche legate agli investimenti del concessionario, alla durata del rapporto, all'acquisizione della clientela, allo smaltimento delle scorte, al passaggio della clientela al concedente, all'adeguatezza del periodo di preavviso per reperire un altro *brand* di pari prestigio[146]. Elemento di valutazione è la possibilità offerta dal mercato di reperire altro incarico. In presenza di un mercato competitivo e con facilità di accesso, si attenua la necessità del concessionario di usufruire di lunghi peridi di preavviso. Molto importante è poi la valutazione dei costi che vanno persi irrimediabilmente (*sunk cost*) dal distributore.
In alcuni ordinamenti, alla valorizzazione della durata dell'accordo e degli investimenti eseguiti, si associa la valutazione del danno che il concessionario consegue alla perdita della clientela. Vengono, pertanto, riconosciute indennità corrispondenti a quelle del contratto di agenzia.

2.3 l'approvvigionamento esclusivo.

Il concedente può offrire al concessionario una zona di esclusiva, ma può anche solo pretendere dal concessionario che il medesimo si approvvigioni solo presso di lui o presso la sua rete.
Nelle Guidelines è previsto che le clausole di approvvigionamento esclusivo superiori all'80% del fabbisogno del somministrato devono avere durata inferiore a 5 anni e che, alla scadenza, devono essere liberamente rinegoziabili dalle parti, le quali non devono essere messe in una situazione che impedisca loro di porre termine liberamente al contratto. Vi è, pertanto, la necessità di realizzare contratti bilanciati, senza che l'esigenza di fabbisogno si trasformi in una scelta obbligata di acquisto[147]. Il concedente prescinde dalla concessione di una zona di esclusiva e si limita ad individuare un canale di fornitura che diviene preferenziale anche per i vincoli di fidelizzazione, spesso di natura finanziaria, che gli pone.

---

[146] La questione è emersa in un caso in cui il concessionario rilevava la notorietà internazionale del *brand* che perdeva e che gli aveva consentito di acquisire notevole clientela. La notorietà del brand è uno degli elementi che viene considerato ai fini di valutare la conguità del preavviso nel caso di recesso del produttore.

[147] A seguito della sentenza *Courage* (Corte CE C-453/99 del 2001) la parte può richiedere alla controparte contrattuale il risarcimento dei danni, facendo valere la nullità avanti il giudice nazionale della intesa ex art. 81/2 TCE. Vengono utilizzati i principi di effetto diretto degli art. 81 ed 82 TCE e quello di effettività.

In questa struttura ricadono quelle forme di fornitura esclusiva già considerate dal regolamento 1984/83/CEE, quali le somministrazioni di birra, carburanti, gelati.

2.4 il concessionario multibrand.

Va considerata anche l'ipotesi di una concessione vendita "multibrand". Questa configurazione presuppone che: (i) non vi sia una esclusiva in favore del concedente ed il concessionario possa vendere altre marche anche in concorrenza; (ii) non vi siano obblighi di approvvigionamento per percentali molto alte. Il regolamento 2790/99/CE consente, come detto, obblighi di approvvigionamento fino all'80% del fabbisogno del concessionario e per la durata massima di 5 anni, rinnovabile. Nel regolamento *automotive*, la quota massima di approvvigionamento è del 30% per cui il distributore può assumere 3 marche.
La possibilità di vendere prodotti di più marche influisce sulla organizzazione della struttura del distributore (in relazione, ad esempio, alla sala mostra ed all'impiego dei dipendenti), essendo evidente che non devono essere duplicate le infrastrutture per i servizi comuni. Nella parte dedicata agli standard tecnici verrà esaminata questa problematica. A fronte dei problemi di organizzazione il distributore acquisisce maggiore indipendenza finanziaria. Anche nell'eventuale fase patologica di un recesso, il distributore potrà gestire lo scioglimento del rapporto, senza patire il trauma della perdita del prodotto da vendere e della necessità di immediatamente reperire una marca altrettanto valida.
Le autorità della concorrenza hanno spinto in questa direzione cercando di favorire un ambiente *multibrand*; ambiente che aumenta la concorrenza sul mercato, aprendolo alle marche concorrenti, elimina le barriere all'entrata, aumenta la presenza di prodotti disponibili per i consumatori. Si sono del pari ipotizzate situazioni in un mercato oligopolistico in cui la presenza di pochi produttori che si concentrano sugli stessi concessionari tende a provocare condotte poco concorrenziali dei distributori in quanto questi non sono sempre disposti ad abbassare il prezzo su una marca se controllano "la zona" (§ 176 Guidelines). "Il rischio di collusione è ancora più elevato nell'ipotesi della cd. distribuzione esclusiva multipla che ricorre quando fornitori diversi designano lo stesso distributore esclusivo in un determinato territorio (..). L'attribuzione ad un concessionario del diritto esclusivo di distribuire due o più prodotti concorrenti

importanti sul territorio può ridurre sostanzialmente, per tali marche, la concorrenza sulle stesse (§ 163 Guidelines). Si tratta di affermazioni teoriche che dovrebbero essere effettivamente verificate sul campo. La singolarità di queste forme di esclusiva multipla sembrerebbe creare (sotto il profilo della concorrenza) una fattispecie diversa dalla distribuzione esclusiva tipica; si potrebbe, pertanto, non ritenere applicabile alla fattispecie la possibilità del divieto delle vendite attive, legata all'esclusiva tipica. La problematica verrà successivamente investigata, qui vale solo notare che, anche in un mercato oligopolistico, dominato da pochi produttori, non sempre è possibile operare proficuamente per un concessionario esclusivo (per zona) se non può vendere prodotti in concorrenza. Non sempre, infatti, il produttore riesce a coprire l'intera gamma dei prodotti richiesti dal mercato, spesso concentrandosi su segmenti particolari. Il concessionario che si lega ad una sola marca potrebbe perdere tutti i segmenti non utilizzati dalla marca. Se il concessionario può evadere la domanda su questi segmenti con marche concorrenti, riesce a realizzare, comunque, una offerta di prodotti articolata, che gli consente una presenza aggressiva sul mercato ed una fidelizzazione dei clienti.

3. LA DISTRIBUZIONE E SELETTIVA

3.1 un sistema escludente

Il sistema (modello) "alternativo" della distribuzione esclusiva è quello della distribuzione selettiva. Esso è ritenuto ammissibile, cioè giustificabile (sotto il profilo della normativa *antitrust*) solo per alcune tipologie di beni: tecnologici, (autovetture[148]), di lusso (profumi [149], orologi[150]). Pertanto, gli accordi che istituiscono un sistema di distribuzione selettiva possono considerarsi legittimi, sotto il profilo *antitrust*, solo se stipulati a salvaguardia di un commercio specializzato di determinati prodotti[151] che (per la vendita o l'assistenza post vendita) necessitano di personale qualificato[152] e locali dedicati.

Questo modello distributivo si caratterizza: (i) per la predisposizione di criteri oggettivi di adesione, (ii) per la possibilità di vendita solo a clienti finali e non a rivenditori concorrenti[153], (iii) per la possibilità di vendita di prodotti concorrenti, anche se posizionati sullo stesso segmento, (iv) per la specificità dei prodotti che possono essere venduti. Queste caratteristiche del modello distributivo hanno portato a ritenere che un contratto che applica il sistema selettivo non sia un contratto di concessione di vendita, ma un tipo contrattuale a sé.

Nella distribuzione selettiva il numero dei rivenditori autorizzati non dipende dal territorio, ma dai criteri di selezione adottati, legati, innanzitutto, alla natura del prodotto. Non sono ammissibili restrizioni alle vendite attive o passive, ma è consentito il divieto di vendere a

---

[148] Un regolamento di esenzione di categoria ai sensi dell'art. 81/3 TCE, è previsto attualmente solo per gli autoveicoli. Tale regolamento difficilmente sarà rinnovato alla scadenza (2010). Il franchising non ha più un proprio regolamento di esenzione ed è compreso nel regolamento 2790/99.

[149] Il sistema è stato utilizzato ampiamente dai profumieri francesi che avevano necessità di porre un proprio prodotto di marca in una vetrina qualificata, venduto da personale qualificato.

[150] V. Commissione / *Omega*, 28/10/1970, esenzione con condizioni.

[151] Trib. Milano, 14 gennaio 1991, Nuova giur. civ. commentata 1991, I,701, "Gli accordi che istituiscono un sistema di distribuzione selettiva possono considerarsi legittimi solo se stipulati a salvaguardia di un commercio specializzato ed al fine di fornire prestazioni specifiche per i prodotti di alto livello qualitativo e tecnologico e solo se la scelta dei rivenditori è operata con criteri oggettivi di tipo qualitativo".

[152] Appello Parigi. 16 gennaio 1995, in KURKDJIAN, in I contratti Internazionali, Milano, 2004, 150.

[153] Ci si riferisce alla vendita; nel caso dell'assistenza post-vendita il servizio va ovviamente prestato in favore di tutti, v. anche regolamento 1400/02.

distributori non autorizzati. Di conseguenza, solo i distributori autorizzati ed i consumatori finali possono rendersi acquirenti dei prodotti contrattuali[154].

I distributori integrati che possiedono gli standard tecnici emessi dal costruttore possono legittimamente aspirare a far parte della rete. La distribuzione selettiva si pone, pertanto, come un sistema apparentemente meno integrato della distribuzione esclusiva, in quanto la relazione tra concedente e distributore è volta alla qualità del servizio ed alla selezione delle marche vendute dal distributore. Generalmente quest'ultimo è, come si diceva, multimarca. Aspetti particolari procompetitivi sono visti nella protezione degli investimenti del distributore e nel controllo della rete. I distributori integrati, in quanto specializzati, sono in grado di prestare servizi più rispondenti alle esigenze dei clienti, offrono una consulenza sulla qualità dei prodotti di elevata competenza o garantiscono una migliore qualità di tutti i livelli della catena di distribuzione (cd. certificazione). La distribuzione selettiva è stata regolata dalle autorità *antitrust* e si è affermata nella vendita dei beni tecnologici e dei beni di qualità (più il bene è tecnologicamente sofisticato, più si presta alla distribuzione selettiva). La Commissione, sin dal *leading case* BMW[155] , ha rilevato che la distribuzione delle vetture per la complessità del bene, l'alto prezzo e la necessità di un suo costante controllo post-vendita, necessita di una struttura con personale qualificato, anche nell'evidente interesse del consumatore.

Il sistema selettivo non prevede una "zona di protezione", per cui esclude figure come quella del rivenditore di zona. Per poter utilizzare le zone, i costruttori di vetture hanno dovuto in passato abbinare il sistema selettivo a quello esclusivo. Il regolamento *automotive* del 1985 (123/85/CEE) e quello del 1995 (1495/95/CE) hanno autorizzato l'abbinamento di tale sistema a quello esclusivo, abbinamento ora vietato dal regolamento 1400/02/CE[156]. Il concedente tende a

---

[154] Nel momento in cui viene ritenuta legittima una selezione degli aderenti al sistema a monte, è consequenziale ritenere ammissibile una selezione della distribuzione anche a livello più basso: nella sostanza è ammissibile un sistema selettivo di grossisti che vendono solo ad imprese specializzate.

[155] V. caso *BMW*, Commissione 13 dicembre 1974, esenzione con condizioni.

[156] La Commissione, consentendo l'uso dei due sistemi ed, in particolare, di quello esclusivo, ha indotto in errore molti costruttori che hanno ritenuto corretto proteggere mercati nazionali sospinti dalle richieste dei loro concessionari.

localizzare il distributore integrato[157] ed ad imporgli di non abbandonare la sede originariamente prescelta (cd. *location clause*[158]). Nel sistema selettivo scompare la figura dell'importatore, legata ad una zona corrispondente ad uno Stato in quanto si troverebbe esposto all'aggressione territoriale di tutti i membri della rete che potrebbero sfruttare la sua "zona" con mirate vendite attive.

Il sistema selettivo, inoltre, presuppone, come detto, la chiusura a valle del canale distributivo (non essendo possibile la vendita a commercianti indipendenti), unica "eccezione" si ha nella distribuzione di ricambi nel settore *automotive*, ove il riparatore indipendente viene di fatto considerato un cliente finale ed è ammesso all'acquisto presso la rete.

Una prima definizione del sistema (selettivo) potrebbe essere quella di: sistema giustificato dalla natura del prodotto o del servizio, fondato: a) su criteri tecnici non discriminatori e proporzionali, b) applicati in modo uniforme[*159*] .

---

[157] V. § 54 Guidelines: "possono essere ammesse in caso di distribuzione selettiva restrizioni imposte al distributore riguardo all'ubicazione dei locali in cui svolgere la propria attività". Tale imposizione è risultata non eccessiva e rispondente ad effettive e proteggibili esigenze del contratto.

[158] Tale restrizione è rinvenibile nei contratti di distribuzione del settore automobilistico. In tal modo, di fatto, al distributore sono impedite le vendite attive. Questa distorsione è ora vietata dal regolamento automotive 1400/02. V. IP/05/1208, Brussels, 30 September 2005, Competition: new rules for car distribution bring dealers greater freedom to compete across the EU, So-called 'location clauses' in contracts between carmakers and dealers will, as of 1st October 2005, no longer benefit from automatic ("block") exemption from the EC Treaty's prohibition on restrictive business practices (Article 81) under the European Commission's car distribution Block Exemption Regulation 1400/2002. These clauses have served to stop dealers from opening outlets outside geographical territories defined by carmakers, including other EU Member States. However, many carmakers and dealers have already removed these clauses from their contracts. The change allows dealers to compete more widely, thereby facilitating price competition and stimulating innovation in distribution. This change concerning location clauses is the final part of the Commission's reform of competition rules for car distribution, the rest of which came into force on 1 October 2002. The extra three years before the 'location clauses' lost the block exemption was aimed at allowing carmakers and dealers time to adapt.

[159] V. Libro verde sulle restrizioni verticali, pg. 45, disponibile sul sito web della UE; inoltre, CESARINI, Le systemes de distribution selective en droit comunautaire de la concurrence, Revue du Marchè Unique Europèen, 2/92.

Interessanti notazioni sul sistema si hanno nel caso *AEG-Telefunken*, Commissione 6 gennaio 1982. Ivi si precisa che il sistema è corretto allorché si basa su elementi oggettivi di indole qualitativa ed in particolare tutti i candidati che possiedono i

È un sistema fondato su basi qualitative (qualità del punto vendita), per questo, in ragione dei vantaggi del consumatore, il sistema è ritenuto ammissibile. Criteri tecnici (qualitativi/oggettivi[160]) sono, tra altri, ritenuti: il possesso di locali ed arredi che richiamano l'immagine della marca, l'ubicazione e la sistemazione del punto attraverso un'immagine che riconduce inequivocabilmente al fornitore (*corporate identity*), la formazione del personale, requisiti professionali e mantenimento di un fisiologico assortimento di ricambi (distribuzione selettiva qualitativa pura o semplice).

Rimane, comunque, l'evidente necessità di emettere standard giustificati oggettivamente[161], per evitare che l'elevazione dello standard valga come criterio quantitativo per selezionare il numero degli aderenti la rete senza altra giustificazione. L'elevazione di uno standard presuppone, comunque, l'allineamento della rete a quello precedente.

Già nel 1982 la Cassazione francese aveva ben chiaro tali concetti ed era arrivata a definire questo sistema come: un contratto "*par le quel, d'une part, le fournisserur s'engage à approvisionner dans un secteur dèterminè un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifièe, et par le quel, d'autre part, le distributeur est autorisè à vendre d'autres produits concurrents".*

Il sistema presuppone la creazione di politiche strategiche atte a mantenere, comunque, l'indipendenza operativa sul mercato del distributore integrato[162]. Esso necessita che "i distributori autorizzati

---

requisiti possono entrare a fari parte, i rivenditori che potrebbero costituire un pericolo per la politica dei prezzi perseguita non vengono sistematicamente esclusi, i rivenditori sono liberi di fissare i prezzi di rivendita.

Sulla definizione del sistema: v. art. 1 regolamento 2790/99/CE: per "sistema di distribuzione selettiva" si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati.

[160] V. Corte Appello Parigi 9 dicembre 1997, che conferma una decisione del Conseil de la Concurrence dello stesso anno a proposito del sistema selettivo Montres ROLEX giudicato fondato su criteri troppo vaghi ed imprecisi.

[161] V. Comunicato della Commissione IP/03/08 del 20 gennaio 2003, pos. AUDI, Comunicato IP/06/302 del 13 marzo 2006, pos. BMW.

[162] V. caso *AEG-Telefunken*, Commissione 6 gennaio 1982. Ivi si era accertato che il produttore accettava nella rete solo distributori che si allineavano alla sua politica dei prezzi e rinunciavano a politiche indipendenti.

siano liberi di fissare i prezzi di rivendita sulla base di una propria decisione autonoma, senza pressioni dirette ed indirette del costruttore".

Vale qui notare che il sistema selettivo è usato anche per regolare rapporti in cui si realizzano somministrazioni di servizi nei confronti dei clienti: il contratti selettivi di assistenza post-vendita ne sono un chiaro esempio. In certi settori la scelta diviene quasi obbligata perché il costruttore, in ragione dell'impossibilità di riparare il bene per chi non conosce la tecnologia utilizzata, viene a detenere una sorta di posizione dominante sul mercato della riparazione post-vendita[163].

3.2 la distribuzione quantitativa: il numerus clausus.

Esistono varianti del sistema selettivo puro (qualitativo), quali la distribuzione quantitativa, ora ammessa normativamente solo dal regolamento *automotive*[164]. Tale forma è stata ritenuta in contrasto con l'art. 81/1 TCE, per cui, nei pochi casi in cui è stata ammessa dalla Commissione, questa ha poi dovuto operare una valutazione

---

[163] Queste tematiche sono affrontate nelle guidelines del regolamento *automotive* 1400/02/CE. Esse si pongono: a) per la riparazione, b) per la fornitura di pezzi di ricambio, c) per la fornitura di informazioni tecniche. Quanto a queste ultime si è rilevato che i principi sulla concorrenza portano a ritenere che il costruttore di autovetture detiene un complesso di informazioni tecniche che gli permettono di operare nel campo della riparazione in regime di monopolio e che, pertanto, egli è obbligato a rilasciare ai riparatori indipendenti (concorrenti) queste informazioni. IP/07/1332, Brussels, 14th September 2007 Antitrust: Commission ensures carmakers give independent garages access to repair information.

[164] P. CESARINI, Le systemes de distribution selective en droit comunautaire de la concurrence, Revue du Marchè Unique Europèen, 2/92, pg. 81, il quale rileva che, nonostante l'applicazione di determinati criteri tecnici e professionali, un costruttore può fare ricorso alla distribuzione selettiva per limitare il numero degli aderenti alla rete, in relazione ad un numero massimo per città o regione.

In questo contesto il numero dei distributori può essere stabilito sulla base di criteri astratti ed uniformi (in funzione, per esempio, della capacità di acquisto della clientela locale), in base a ragioni fondate sulla pratica commerciale. Qualunque sia il metodo utilizzato, la selezione quantitativa del numero dei rivenditori ha l'effetto di assicurare una sorta di zona di protezione territoriale.

Era peraltro stato rilevato a commento del regolamento 123/85 (primo regolamento *automotive*, che consentiva una distribuzione selettiva ed esclusiva) che l'espressione: a un numero determinato di imprese significava che il numero non poteva essere arbitrariamente fissato dal fornitore, ma dipendeva dalle condizioni oggettive degli accordi di distribuzione. La tesi si dimostra però eccessiva.

Sul tema, v. BORTOLOTTI, Sistemi di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario, Contratto e Impresa 1996, 127.

individuale del caso specifico ex art. 81/3 TCE[165]. In questa configurazione ai criteri qualitativi dettati dagli standard tecnici si aggiunge la selezione del numero dei distributori[166]. Il numero di distributori integrati viene ricavato dai criteri preventivamente indicati dal concedente, allorché disegna o riorganizza la rete di vendita. Il criterio può essere basato su partizioni geografiche (es. X distributori ogni Y abitanti)[167]. Una volta fissato dal costruttore il "*numerus clausus*", la candidatura di un *new entrant* desideroso di entrare a far parte della rete potrà essere accolta solo se il posto numerato si libera per abbandono (volontario o non) di un rivenditore autorizzato[168]. Si è correttamente rilevato[169] che la contemporanea presenza di più candidati per il medesimo posto (sede del distributore) non trasforma il sistema quantitativo, quantomeno in quell'area, in selettivo qualitativo, in quanto verrebbero creati artificialmente obblighi prestazionali in capo al produttore, costretto a rivedere proprie scelte di politica commerciale. Il concedente può scegliere discrezionalmente uno dei candidati che possiede i requisiti; nel momento in cui, tuttavia, rifiuta una candidatura, deve essere in grado di provare che il candidato prescelto possiede detti requisiti[170]. L'esame delle domande (candidature) potrebbe poi avvenire a seguito di una "*waiting list"* od altri criteri trasparenti.

Ad un *numerus clausus* si potrebbe anche pervenire con la fissazione di standard prestazionali (ad es. i "sales target"). In tali casi, se particolarmente stringenti, potrebbe necessitare una valutazione dell'accordo ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 81[171].

---

165 V. caso Commissione/*Omega* del 18.10.70.
Il regolamento automotive 1400/02/CE fissa la soglia di mercato del fornitore per l'applicabilità del sistema selettivo quantitativo nel 40%.

166 Se si propone un innalzamento degli standard essi non devono avere effetti quantitativi (v. caso *BMW* del 2006 relativi ad obblighi ritenuti quantitativi: mantenimento scorte materiali, imposizione di sistemi di gestione dati dedicati, ecc.).

167 V. Cass. francese 28/06/05, Daimler France S.A..

168 Il punto non è pacifico, v. Tribunale commerciale di Lione 15 sett. 2006, Toyota/Valence, casi giudicati dai giudici nazionali riportati nel sito internet della Comunità europea, settore concorrenza.

169 SAYAG, op. cit., 86.

170 V. in Francia, Mercedes / Garage Grimaux, sul sito della UE, sez. Concorrenza, casi nazionali.

171 Tra altre, v. Corte CE 10 luglio 1980, C 99/79, SA *Lancome*, che in relazione all'applicazione del paragrafo 3 fa riferimento al contesto economico giuridico entro il quale deve essere valutato l'accordo, tenendo presente le alterazioni sul mercato rilevante, prima e dopo l'intesa.

3.3 il recesso nei regime distributivo selettivo

Diverse considerazioni da quelle dei contratti di concessione di vendita in esclusiva devono essere fatte quando si ragiona a proposito di contratti di distribuzione selettiva, generalmente vocati al *multibrand* e senza obblighi di approvvigionamento esclusivo.
In linea teorica, se si assume un contratto selettivo qualitativo puro, quale potrebbe essere il contratto di assistenza post-vendita[172] tra un costruttore di vetture ed una officina autorizzata, a parte il caso di un grave inadempimento del distributore integrato (ad obblighi contrattuali specifici od agli standard), il recesso del costruttore non sarebbe mai tale da provocare effetti interruttivi del rapporto, potendo l'officina richiedere di essere rinominata al termine del contratto. È stato efficacemente osservato che la distribuzione selettiva, in una versione assolutamente tecnica ed oggettiva, realizza un contratto perpetuo[173]. L'eventuale recesso intimato dal concedente (produttore) potrebbe essere validamente opposto dal rivenditore integrato che dimostra di possedere gli standard adottati e richiede di rientrare nella rete[174].

3.4 il recesso motivato.

Il regolamento *automotive* 1400/02/CE ha posto per la prima volta in un regolamento *antitrust* il requisito del recesso motivato. È rimasto l'unico caso.
Non è chiaro se questo principio vada al di là dello specifico settore ivi considerato e, conseguentemente, debba essere ritenuto un principio generale dei contratti di distribuzione. Il recesso è sempre stato considerato il libero esercizio della facoltà di una parte contrattuale di porre termine ad un contratto di durata ed un elemento per ridurre la valenza anticompetitiva di un accordo restrittivo: "il

---

[172] Si noti che qui il contratto di distribuzione selettiva è usato per un servizio accessorio alla vendita. Tradizionalmente il contratto di concessione è ritenuto ammissibile solo per la rivendita di prodotti e non per la fornitura di servizi. Nella definizione che diamo di contratti tra concedenti e distributori integrati trovano posto anche i contratti che regolano i servizi, se legati alla distribuzione dei beni primari.
[173] VOGEL, Vers un retour des contrats perpetuels?, Contrats Conc. Consom. 1991. SAYAG, cit., 87. V. Staff working document N.° 4, pg. 34.
[174] V. Commissione, Staff. Working, doc. n. 3, sul web, in relazione alla necessità di basare i contratti di assistenza tecnica su elementi qualitativi.

divieto di cui all'art. 85 (ora 81) del trattato CE non si applica all'accordo di acquisto esclusivo concluso da un fornitore di carburanti, accordo che il rivenditore può disdire in qualsiasi momento con un preavviso di un anno[175]".

A nostro avviso la norma citata del regolamento *automotive* (art. 3/4) non configura un'ipotesi di recesso per giusta causa[176] (perché un regolamento *antitrust* non ha sicuramente questa finalità); ma vuole solo permettere un controllo su eventuali ragioni ritorsive fondanti il recesso volte a punire un distributore che non si è conformato a richieste (illegittime) del costruttore[177]. Se il recesso in un contratto a tempo indeterminato dovesse essere sempre "giustificato", si aprirebbero nuove categorie nel diritto dei contratti a tempo indeterminato[178].

La norma sul recesso motivato è apparsa ai primi commentatori equivoca perché non è mai stata in discussione la facoltà di recesso ordinario con preavviso senza motivazione nei rapporti di durata, anche se il

---

[175] Corte CE 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy*. Sotto altro profilo la normativa comunitaria tende a proteggere il somministrato con contratti con durata minima.

[176] Il regolamento 1400/02/CE è un regolamento di esenzione per categoria, utilizzabile in caso di accordo anticompetitivo che ricadrebbe sotto il paragrafo 1 dell'art. 81 TCE per ottenere, in via preventiva, una esenzione ai sensi del paragrafo 3. Sotto il profilo *antitrust* la sua violazione potrebbe portare al ritiro dell'esenzione per categoria al contratto di concessione, ma non avrebbe effetti di diritto positivo, v. Staff Working document 4, Commissione CE. Pur non potendosi giovare dell'esenzione, il contratto potrebbe ancora essere ritenuto conforme al paragrafo 3, in relazione ad una valutazione complessiva dell'accordo nel mercato.

[177] Corte CE 1071/07, *Citroen Benelux*, C-421, ove si afferma che il recesso è motivato:"in order to prevent a supplier from ending an agreement because of practices which may not be restricted".

[178] Offre spunti di riflessione la constatazione della Commissione sull'importanza di un recesso motivato: "I concessionari fanno osservare che tale squilibrio nel potere economico li limita fortemente nella loro capacità di innovare e di beneficiare pienamente dei diritti loro garantiti dal regolamento. Il principale argomento dei concessionari è che con due anni di preavviso i costruttori possono rescindere i loro contratti senza motivazione e se si verifica tale risoluzione del contratto è difficile diventare concessionario di un altro dei maggiori costruttori (Relazione sulla valutazione del regolamento n. 1475/95 CE relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela).

Nell'ordinamento italiano vale il principio che nella relazione tra committente ed appaltatore il primo può liberamente recedere (cd. recesso automatico) senza dover giustificare il motivo del recesso; principio analogo vale per il contratto di agenzia. Ovviamente viene salvaguardato il mancato guadagno dell'appaltatore o dell'agente andato perduto (v. art. 1671 c.c.).

distributore si è comportato in maniera ineccepibile nel corso del rapporto[179] . Si è rilevato[180] che sarebbe del tutto privo di senso che un costruttore che ha nella rete un distributore efficiente lo disdetti perché si attiene correttamente alle norme *antitrust;* al concedente basterebbe dedurre che il recesso del distributore avviene per motivi organizzativi che non prevedono più un distributore in quel punto e tale obiezione sarebbe insuperabile. Ha probabilmente inciso nella formulazione della norma del regolamento *automotive* il caso *Volkswagen*[181] deciso dalla Commissione nel 1998, ove si evidenziava un uso illegittimo del recesso da parte del costruttore, in quanto sistematico metodo di pressione psicologica nei confronti dei distributori che non si allineavano alla politica della casa madre (v. § 97 della decisione). Ivi si era precisato che il costruttore cercava di compartimentare i mercati nazionali, avvalendosi della circostanza che i distributori italiani potevano essere indotti ad accettare le direttive della casa madre, intimoriti dalla eventuale minaccia di recesso, considerato che i contratti di concessione potevano essere risolti senza dover fornire alcuna giustificazione. Certamente le autorità *antitrust* vedono in questa norma un possibile deterrente di certi abusi: afferma il governo inglese nelle sue osservazioni alla modifica del regolamento 1400/02/CE nel documento "UK initial reaction on european commission evaluation report in respect of motor vehicle block exemption (MVBE)" che è necessario: "to provide some protection for dealers who behave in a pro competitive way, the requirement in the MVBE for a detailed notice of termination should be retained in some form".

La normativa *automotive* ha, comunque, introdotto altre ipotesi di recesso "motivato" che verranno a seguito esaminate: (i) per riorganizzazione della rete, (ii) per necessità del produttore di innalzare gli standard, (iii) per necessità del produttore di effettuare modifiche al contratto,

---

[179] La tematica ben emerge dalla giurisprudenza francese la quale, pur con qualche oscillazione, afferma che "les relations commerciales établies peuvent etre rompues, sans motif, a tout moment, en respectant un preavis" (App. Versailles 10 giugno 1999, Conforama). La "justification serieuse" è, invece, necessaria in caso di rottura senza preavviso.

L'indicazione nel recesso dei "motifs de la rupture" è prevista solo nel mandato di interesse comune, ma i contatti di distribuzione non vengono ivi ricompresi. La giurisprudenza in alcuni casi ritiene, tuttavia, di poter valutare se la durata del preavviso è equa, anche in relazione agli investimenti effettuati dal concessionario (Cass. Com. 20 gennaio 1998; Cass. Com. 3 luglio 2001, Cass. Com. 5 ottobre 2004, esaminabili sul sito Lexinter.net).

[180] V. Commissione, Staff working document n.° 4, pg. 34, su internet.

[181] V. caso *Volkswagen*, 98/273/CE, deciso dalla Commissione in data 28/01/98.

modifiche indotte da nuovi regolamenti *antitrust*, anche al fine di meglio sfruttar le nuove opportunità[182]. In questi ultimi due casi si tratta di recessi fondati su un motivo rilevante, ma concessi con il termine di preavviso ordinario (24 mesi).

3.5 un recesso trasparente

Un ulteriore problema è quello se il recesso in un contratto a tempo indeterminato debba, non solo essere trasparente (così da potersi accertare l'eventuale intento ritorsivo), ma anche esplicativo, nel senso che debba precisare se la parte recedente intende proseguire o non nel rapporto di cui se ne provoca la risoluzione. La buona fede contrattuale gioca, in questi rapporti, un ruolo fondamentale. Occorre, infatti, evitare che il comportamento del concedente possa ingenerare l' incolpevole convinzione nell'oblato del rinnovo[183], suscitando il ragionevole affidamento nella prosecuzione del rapporto. Malgrado non si possa intravedere un obbligo alla continuazione del rapporto scaduto, appare necessario che il comportamento del concedente sia improntato alla massima trasparenza[184].

Peraltro, la valutazione di questo *modus comportamentale* corrispondente ad un giustificato motivo spetterebbe al giudice nazionale[185] il quale dovrebbe, volta a volta, operare in base alle

---

[182] Caso *Vulcan/Audi*, Corte CE, C-125/05; caso *Auto Peter Petschening*, Corte CE C-273/06, ove vengono richiamati i seguenti principi: a) l'entrata in vigore di un nuovo regolamento di esenzione non legittima di per sé un recesso per riorganizzazione, salvo che il nuovo regolamento non introduca modifiche che possono legittimare una effettiva trasformazione della rete; b) la valutazione della necessità della riorganizzazione dipende anche dalla valutazione dei danni che potrebbe subire il concessionario che avrebbe diritto ad un recesso ordinario di 24 mesi; c) spetta alle corti nazionali accertare questi presupposti.

[183] BALDASSARI, I contratti di distribuzione, Padova, 1989, 520. v. nota n. 123 a proposito del regolamento 1475/95.

Si potrebbe dire che è immediata, in chi riceve il recesso, la percezione della non prosecuzione del rapporto. Non sempre è così. Intanto, molto spesso il produttore procede a recessi generalizzati, verso tutta la rete, per cui molti membri torneranno a far parte della rete, inoltre possono essere stati richiesti investimenti molto gravosi. Tali problemi si pongono anche per il caso di mancato rinnovo del contratto a tempo determinato.

[184] DE GUTTRY, cit. 84. La giurisprudenza francese offre interessanti spunti di riflessione sul tema.

[185] V. caso *Vulcan*, cit. In questo caso, il procedimento ermeneutico è composto dalla interpretazione del regolamento e della norma giuridica nazionale. L'ordinamento nazionale è infatti destinato a valutare le clausole contrattuali che

regole della correttezza, della buona fede, dell'abuso del diritto, dell'atto che sorprende il ricevente[186]. Ne deriva che il concedente

---

sono state apposte in base ai regolamenti. V. caso *Citroen Benelux*, Corte CE C-421/05 del 18/01/07.
Si apre qui un interessante problema: le norme del regolamento *automotive* (1400/02) si pongono solo come base per regolare la concorrenza in un determinato settore o interferiscono con il diritto domestico sui contratti? In relazione all'immediata applicabilità dei regolamenti comunitari, le regole che creano obblighi specifici, se violate, possono essere poste a base di un giudizio risarcitorio avanti il giudice nazionale. In linea di principio esse sono e rimangono norme sulla concorrenza, per cui prevalgono sulle concorrenti norme domestiche, salvo che l'ordinamento nazionale disponga di norme più rigorose che vietano o sanzionano le condotte unilaterali delle imprese (art. 3, §2, reg. 1/2003) e non interferiscono con il diritto dei contratti. In realtà, a causa della tendenza a contrattualizzare dei regolamenti, la mancata osservanza della regola comunitaria (ad esempio quella che nel regolamento *automotive* 1400/02 prevede la durata minima dei contratti a tempo determinato in cinque anni), potrebbe determinare la nullità della clausola ex art. 81/2, l'inapplicabilità del regolamento di esenzione per categoria e la mancata esenzione ex art. 81/3. Comunque, anche osservando alla lettera la disposizioni del regolamento si potrebbe violare una norma positiva dell'ordinamento domestico. Correttamente si è notato (FABBIO, Note sulla termination dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2004, 4) che nella pratica potrebbe essere illegittimo un recesso intimato da un costruttore di vetture con il periodo di preavviso previsto dal regolamento *automotive*, ma che non consente un ammortamento degli investimenti imposti al concessionario. Nei casi in cui il regolamento *automotive* prevede il diritto di una parte a ricorrere in arbitrato (uno di questi è l'accertamento dei motivi del recesso, art. 3/6/g), si pongono due ulteriori problemi: a) è possibile dedurre la questione immediatamente in sede contenziosa? b) il giudice deve applicare solo le norme sulla concorrenza od anche quelle positive domestiche? A nostro avviso il ricorso alla giurisdizione ordinaria non pregiudica i diritti della controparte: l'intento del legislatore comunitario appare solo quello di evitare che vengano inserite clausole in favore della parte forte che rendano difficoltoso, per la parte debole, l'esercizio dei diritti. Una volta sottoposta al giudice questi dovrebbe esaminare la questione anche alla luce del suo diritto domestico (cfr. art. 5, ultimo comma, del regolamento 1475/95/CE).
Infine, va rilevato che il regolamento comunitario potrebbe essere utilizzato come base di equità della relazione sotto il profilo contrattuale: in alcune decisioni dei tribunali tedeschi si è ritenuto equo un periodo di prevviso di due anni, relativo ad un contratto di distribuzione del settore automobilistico, con riferimento al regolamento 1400/02.

[186] Il principio di correttezza e buona fede, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza

dovrebbe tarare il testo del recesso in base alla giurisprudenza locale, valorizzandone le peculiarità. In Francia viene tenuto conto dell'affidamento del distributore alla continuazione del rapporto se non vi sono stati inadempimenti[187], mentre in Italia è ragionevole pensare (in termini generali ed in assenza di altri indizi) che chi riceve un recesso dia per scontato che il contratto non verrà rinnovato[188]. Se in un recesso viene specificato che, al di là di quanto indicato, vi sono probabilità di prosecuzione del contratto, si potrebbe pensare ad un atto espressivo di una volontà equivoca, essendo immediato che al recesso consegua la risoluzione del contratto ed il recesso sia di stile (si può condividere che il limite della buona fede sia la sorpresa di chi subisce un comportamento inaspettato ed irragionevole, ma non pare che in questo caso il rivenditore disdettato possa dichiararsi sorpreso[189], salvo non vengano posti in essere dal concedente comportamenti ambigui nelle more del periodo del preavviso che rendano il recesso equivoco[190]). Il problema della necessità di porre il

---

nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge". Dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere *ex se*, ove provato, un danno risarcibile, Cass. 27 ottobre 2006, n. 23273.

[187] L'esigenza di, comunque, relazionare il distributore ed avvisarlo di deficit prestazionali, è molto sentita in ordinamenti come quello francese, molto protettivi verso la rete dei concessionari, soggetti che possono frequentemente versare in stato di dipendenza economica. La tematica è influenzata in quel paese anche dal problema della ricollocazione del personale dipendente del distributore.

[188] Nel settore *automotive*, tuttavia, il regolamento 1475/95 con riferimento al contratto a tempo determinato precisava che l'esenzione è concessa a patto che "ciascun contraente si impegni ad informare la controparte almeno sei mesi prima della cessazione dell'accordo che non desidera prorogare un accordo concluso a tempo determinato".

[189] In queste relazioni sorge un naturale affidamento alla prosecuzione del rapporto confortato dagli investimenti continui che vengono effettuati dal distributore. Di notevole rigore sembra il provvedimento di trib. Roma 5 nov. 2003 che, in relazione ad una richiesta d'inibitoria presentata da un concessionario nei confronti di un costruttore che aveva esercitato un recesso per motivi organizzativi, valuta il recesso anche sotto l'aspetto della L. 192/98 sulla subfornitura industriale.

[190] "La tolleranza del creditore non può in alcun caso giustificare l'inadempimento e non comporta, per se stessa, modificazione della disciplina contrattuale voluta dalle parti, non essendo possibile desumere una completa acquiescenza alla violazione di un obbligo contrattuale posta in essere dall'altro contraente né un consenso alla modificazione suddetta da un comportamento equivoco, com'è normalmente quello di non avere preteso in passato l'osservanza dell'obbligo stesso in quanto tale comportamento può essere ispirato da benevolenza piuttosto che essere determinato

concessionario nella condizione di sapere se verrà riconfermato è presente nella dottrina, in relazione a rapporti di distribuzione come il franchising, ove il livello di integrazione è molto accentuato e la selezione del franchisee avviene su base qualitativa. Tale problema sembra superato dalla necessità del congruo preavviso.

3.6 il recesso per riorganizzazione

Nel settore *automotive*, nel caso di recesso per riorganizzazione della rete, il giudice nazionale deve accertare se la riorganizzazione si giustifica con un preavviso di 12 mesi e non richiede, invece, il preavviso ordinario di 24 mesi[191], nonché se il piano di riorganizzazione è effettivo oppure ha solo l'intento mirato di ridurre il numero dei distributori, esiliando i più ostili. La giurisprudenza interpreta molto rigorosamente questo criterio e richiede la prova dell'effettiva necessità della riduzione del preavviso, prova molto ardua da offrire[192] . Questo ha portato a pensare che una riorganizzazione con preavviso di due anni sia sempre legittima per i costruttori, senza dover esplicitare la giusta causa[193]. Alcuni ritengono che il produttore, per suffragare il suo serio intento organizzativo,

---

dalla volontà di modificazione del patto. Pertanto, quand'anche il creditore accetti prestazioni ritardate, ciò non comporta di per sè rinuncia ad avvalersi della risoluzione del contratto, la quale può ritenersi rinunciata soltanto in presenza di una condotta che si ponga in palese contraddizione con la volontà di risolvere il contratto", trib. Roma 28 dicembre 2002.

[191] Con le parole della Commissione: "(…) can plausibly demonstrate that absent the reorganisation he would suffer adverse economic consequences the one year notice period is in line with the regulation".

[192] Caso Corte CE C-125/05, *Vulcan Silkeborg*. È di tutta evidenza che se non vi è un'effettiva necessità organizzativa il recesso deve essere di 24 mesi. Il vero problema dei recessi organizzativi è la dimostrazione della necessità dell'intervento e della non discriminazione tra i membri della rete; in alcuni casi tale prova è di estrema difficoltà, in quanto viene ad urtare contro l'esigenza, pervero insopprimibile, del produttore di scegliere tra "vecchi" e "nuovi" distributori anche in base a valutazioni discrezionali.

[193] Rileva, FABBIO, Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica, tra diritto comunitario e nazionale, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2004, 4, che il concedente, allorchè lancia un recesso per riorganizzazione della rete, deve evidenziare la necessità dell'operazione, deducendo, già al momento del recesso, circostanze specifiche e dettagliate, onde consentire al membro della rete resiliato di poter controllare la serietà dell'iniziativa; il concedente deve, inoltre, spiegare – se il recesso avviene per sfruttare le opportunità di un nuovo regolamento – perchè il mutato contesto impone il recesso.

prima di lanciare un recesso fondato su questo motivo, depositi presso un notaio l'originale del piano organizzativo, alfine di consentirne la consultazione e di preservarne l'originalità.
Infine, occorre considerare l'ipotesi in cui per il medesimo posto sia presente la domanda del "vecchio" distributore ed altre domande di *new entrant*. Si è già detto dell'utilità di formare una *waiting list* delle domande dei candidati. Le opzioni di scelta, in caso di più domande, possono essere due: (i) assicurare al distributore vecchio una sorta di priorità oppure (ii) ritenere che, a parità di condizioni, decida discrezionalmente il costruttore, sul presupposto che quello che assicura il costruttore è solo la presenza di un posto[194].
Circa la procedura da allestire per la nomina degli aderenti, non vi sono particolari indicazioni. Dall'esame dei casi *Parfums Givenchy*[195] e *Yves Saint Laurent*[196], si trae la conclusione che debbano essere eliminate incertezze relative ai tempi di controllo degli standard e di nomina in caso di esito favorevole; inoltre, appare necessaria la specificazione, da parte del costruttore, delle ragioni dell'esito negativo dell'esame, al fine di poter verificarne la correttezza.

3.7 il recesso per giusta causa.

È ritenuto ammissibile il recesso per giusta causa come reazione ad un inadempimento che lede irrimediabilmente il rapporto fiduciario, impedendone la prosecuzione. In tal caso tuttavia viene generalmente fatto riferimento a fatti che giustificherebbero la risoluzione per inadempimento. Infatti, per evitare contestazioni, generalmente il recesso per giusta causa[197] nel contratto di distribuzione è abbinato, in assenza di normativa specifica, alla più sicura fattispecie della risoluzione per inadempimento. La giusta causa è una fattispecie dagli incerti contorni che può avere maggior ampiezza dell'inadempimento

---

[194] Su questa ultima soluzione si è pronunciata la giurisprudenza francese.
[195] Commissione / *P.G*. 24.7.94, 92/428.
[196] Commissione / *YSL* 16.12.1991.
[197] L'ipotesi del recesso per giusta causa in costanza di rapporto era prevista dal regolamento *automotive* 1475/95/CE all'art. 5 che faceva salva l'ipotesi di un recesso in via straordinaria per inadempimento agli obblighi essenziali. Ivi era altresì previsto l'obbligo di accettare un sistema di composizioni delle liti, salvo il diritto di ricorrere al giudice nazionale. Nella sostanza, la violazione degli obblighi essenziali consentiva la risoluzione del rapporto. La formulazione del regolamento successivo 1400/02/CE non è stata conforme al testo precedente, ma la giurisprudenza non ha rilevato diversità di impostazione (Corte CE – 18/01/2007, *Citroen – Benelux*, C-421/05).

perchè considera un'irrimediabile delusione del creditore della prestazione alla continuazione del rapporto. Riguardo ai contratti di distribuzione a tempo indeterminato, in linea generale, pur con opinioni autorevoli contrarie, sembra comunque possibile recedere per giusta causa, valorizzando gli aspetti fiduciari del rapporto, in applicazione della normativa sul mandato. È risalente la concezione che nel contratto di distribuzione sia presente una forte componente fiduciaria / relazionale (componente che svilisce nei contratti di distribuzione selettiva, improntati ad oggettività e con eliminazione di ogni elemento soggettivo). La strada più sicura per ottenere lo scioglimento del contratto rimane, in ogni caso, la risoluzione per inadempimento, anche se la giurisprudenza continua ad ammettere nel contratto di concessione il recesso per giusta causa[198].

3.8 la risoluzione per inadempimento

Quanto alla normativa domestica, si è notato che è molto significativo che l'art. 1564 c.c. (dettato in tema di somministrazione), diversamente dall'art. 1465 c.c. che, in tema di risoluzione per inadempimento richiede la non scarsa importanza dell'inadempimento, ponga due elementi per pervenire alla risoluzione: la notevole importanza e la fiducia menomata[199]. Questi due elementi valorizzano sia l'aspetto collaborativo / relazionale (che può portare ad investimenti elevati pianificati su lunghi periodi) che la necessaria fiducia sul somministrato. Si discute se è necessaria la contemporanea presenza di questi due elementi, nel senso che, oltre ad un inadempimento "di notevole importanza", quindi qualitativamente diverso da quello ordinario, debba *anche* essere accertata la presenza della lesione della base fiduciaria del rapporto[200]. Il requisito

---

[198] Cass. 20 agosto 1990, 8448; trib. Monza 8 ottobre 2003, Giur. merito 2004, 703.

[199] Cass. 17 marzo 1998, 1842, "invero la disciplina dettata per la somministrazione è inconciliabile con quella della vendita sotto un unico profilo: mentre la risoluzione della vendita anche in caso di vizi è soggetta alle regole dell'art. 1455 c.c. sull'importanza dell'inadempimento, ciò non basta per risolvere il contratto di somministrazione.

[200] È indubitabile, come si è già visto in precedenza, che il produttore è portato, nella scelta dei membri della rete distributiva, a tener conto di elementi di natura soggettiva. È altresì naturale che valuti, durante la vita del rapporto, la lealtà commerciale del distributore, "l'acquiescenza" alle sue direttive, la sua disponibilità a collaborare, la sua abilità (technicall skill), elementi su cui si fonda "la fiducia" del produttore. Il legislatore del codice civile, 70 anni fa, aveva colto questa esigenza.

soggettivo sembra disperdersi nella casistica dell'inadempimento in quanto la fattispecie della perdita della fiducia non è riuscita a creare sicuri elementi di valutazione. Nella distribuzione selettiva, basata su Standard oggettivi, il connotato della base fiduciaria tende a dissolversi.

3.9 un recesso per giusta causa speciale

In alcune legislazioni si rinvengono esempi in cui i *dealership agreement* possono essere terminati solo per giusta causa[201]. È il caso

---

Nella moderna distribuzione la caratterizzazione soggettiva ha perso valore perché il rapporto si è schematizzato ed oggettivizzato. Il distributore è diventato una impresa integrata nel processo distributivo del produttore, soggetta alle regole da questo predisposte per creare efficienze distributive (standard tecnici/prestazionali). L'adesione ad uno standard tecnico ove si misurano l'efficienza prestazionale del distributore (cd. performance), i tempi della risposta al cliente, la qualità della stessa, fanno sì che la prestazione del distributore venga tradotta in un numero, un coefficiente prestazionale (e così valutata). Ne consegue che la base fiduciaria, la personalizzazione del rapporto, *l'intuitu personae* sono sostituiti da asettici dati numerici. Il distributore diventa, pertanto, un collaboratore fedele, ma, soprattutto, efficiente. Questa caratterizzazione porta ad una prestazione uniforme nella rete. Il distributore integrato abdica alla indipendenza strategica organizzativa (tipica dell'imprenditore) e la scambia con l'organizzazione nelle vendite del produttore. Perché questo scambio sia equilibrato è necessario che il produttore adotti una politica distributiva adeguata alle effettive risorse della rete, finalizzata alla miglior riposta del distributore alla domanda del consumatore, supportata e rafforzata da idonee misure di sostegno alle vendite. Si spiegano in questa prospettiva iniziative di distributori volte a contestare la predisposizione da parte del produttore di standard "troppo alti" o non necessari, tali da sottrarre inutilmente risorse, oppure la predisposizione di riorganizzazioni distributive mascherate da riduzioni del numero dei distributori. Al contempo il distributore si giova di razionali strategie di attacco del produttore con forte capacità innovativa, capace di presentare prodotti competitivi.

Per un interessante caso ove OPEL faceva valere la circostanza che il contratto di concessione di vendita di vetture si basa su una relazione fiduciaria, senza trovare accoglimento, Cour d'appel Lyon, 17 maggio 2001, causa 1999/01, sul web.

[201] Per un esame della "good cause", v. paragrafo 3061 del Vehicle Code della California. Tra le varie ipotesi si considera anche il recesso *injurious*, cioè, sotteso da ritorsione. V. anche Automotive Franchise Act dei vari stati U.S.A..

Paragrafo 3061 del Vehicle code della California: Good Cause.

3061. In determining whether good cause has been established for modifying, replacing, terminating, or refusing to continue a franchise, the board shall take into consideration the existing circumstances, including, but not limited to, all of the following:

(a) Amount of business transacted by the franchisee, as compared to the business available to the franchisee.

(b) Investment necessarily made and obligations incurred by the franchisee to perform its part of the franchise.
(c) Permanency of the investment.
(d) Whether it is injurious or beneficial to the public welfare for the franchise to be modified or replaced or the business of the franchisee disrupted.
(e) Whether the franchisee has adequate motor vehicle sales and service facilities, equipment, vehicle parts, and qualified service personnel to reasonably provide for the needs of the consumers for the motor vehicles handled by the franchisee and has been and is rendering adequate services to the public.
(f) Whether the franchisee fails to fulfill the warranty obligations of the franchisor to be performed by the franchisee.
(g) Extent of franchisee's failure to comply with the terms of the franchise. Amended Ch. 142, Stats. 1983. Effective January 1, 1984.
Ohio revised code, title 13, XIII Uniform commercial code. 1353.06 Cause for termination.
(A)(1) No supplier, without good cause, shall terminate, fail to renew, or substantially alter the competitive circumstances of a dealer agreement that is entered into by the supplier and a dealer on or after the effective date of this section or that is a continuing contract with no expiration date.
(2) Circumstances that constitute good cause for a supplier to terminate, fail to renew, or substantially alter the competitive circumstances of a dealer agreement include failure by the dealer to comply with the requirements imposed on the dealer by a dealer agreement if the requirements are not materially different from those imposed on other dealers similarly situated in this state or surrounding states. In addition, circumstances that constitute good cause include those in which the dealer consistently does any of the following:
(a) Engages in business practices that are detrimental to the consumer or the supplier, including engaging in misleading advertising or failing to provide service and replacement parts or to perform warranty obligations;
(b) Fails to provide adequate sales, service, or parts personnel in accordance with the dealer agreement;
(c) Fails to meet reasonable building and housekeeping requirements;
(d) Fails to comply with applicable licensing laws with respect to any of the products and services that the dealer represents as being sold or provided by the dealer on behalf of the supplier;
(e) Fails to meet the supplier’s reasonable market penetration requirements based on accurate records and after receiving notice from the supplier of the supplier’s requirements.
(3) Circumstances that do not constitute good cause for a supplier to terminate, fail to renew, or substantially alter the competitive circumstances of a dealer agreement include, without limitation, any of the following:
(a) The dealer’s refusal to purchase or accept delivery from the supplier of any inventory or other commodity or service that the dealer did not order under the terms of the dealer agreement except as required by any applicable law or unless the inventory is comprised of safety parts or accessories that are required by the supplier;
(b) The sole fact that the supplier desires further penetration of the market unless the dealer consistently has failed to meet the supplier’s reasonable market penetration

del sistema nord americano ove la legittimità del recesso od il rifiuto alla continuazione del rapporto sono analizzati alla luce di rigorosi test sulla giusta causa e sulla lealtà comportamentale[202]. Il concedente deve avvisare il "dealer" della negligenza che gli viene contestata e metterlo in condizione di rimediare all'inadempimento[203]. La necessità di proteggere la relazione e gli investimenti raggiunge qui livelli molto elevati, anche in relazione a consolidate prassi commerciali che vedono il "dealer" compartecipe dei successi commerciali del brand.

3.10 congruità del periodo di preavviso nel recesso

I contratti di distribuzione sono stipulati indifferentemente a tempo determinato od a tempo indeterminato. In alcuni settori merceologici la durata deve essere sufficientemente ampia per assicurare l'ammortamento degli investimenti, fermo restando che il contratto può sempre essere risolto per grave inadempimento o per giusta causa prima della scadenza. La normativa domestica sul franchising[204] ed il regolamento *automotive* 1400/02 fissano basi minime di durata degli accordi. Si verifica, tuttavia, in tal modo, una rigidità del contratto che non sempre è utile al distributore. Si è, infatti, notato, a proposito delle clausole di approvvigionamento esclusivo (clausole di non concorrenza[205]) che attribuire a tali clausole una durata superiore a 5

---

requirements based on accurate records and after receiving notice from the supplier of the supplier's requirements;
(c) Refusal by the dealer to participate at the dealer's expense in any national advertising campaign or contest.
(B) Prior to a supplier's termination of or failure to renew a dealer agreement, the supplier shall provide the dealer with not fewer than one hundred eighty days' prior written notice of the intent to terminate or not renew it. The notice shall explain the deficiencies on the part of the dealer that have resulted in the supplier's intent to terminate or not renew the dealer agreement. The dealer shall submit to the supplier a plan for correcting the deficiencies. The supplier, when making the final determination regarding termination of the agreement, shall consider corrective actions taken by the dealer.

[202] DE GUTTRY, Il problema della "termination" nel contratto di franchising, Tipicità, atipicità dei contratti, Milano, 1983, pg. 87.

[203] V. Ohio Code, nota 201.

[204] V. L. 129/04 "qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti". Nel settore *automotive* non sono possibili contratti con durata inferiore a 5 anni.

[205] V. art. 5, regolamento 2790/99/CE.

anni potrebbe creare eccessivi vincoli di dipendenza del somministrato e chiudere il mercato, limitando il numero dei distributori disponibili.
La legislazione belga relativa al contratto di concessione di vendita in esclusiva è stata la prima a rilevare il problema della necessità che la risoluzione del rapporto avvenga in termini di correttezza e buona fede, attraverso la fissazione di un periodo di preavviso idoneo a consentire al concessionario di reperire altra marca, evidenziando la possibilità che vengano causati danni al concessionario che ha fatto notevoli investimenti sulla marca[206] e che vede perdere (in favore del concedente o del nuovo concessionario) una clientela acquisita con notevoli sacrifici.
Anche la giurisprudenza francese, pur muovendo da basi diverse ha, come si dirà, frequentemente valutato il danno subito dal distributore nell'interruzione del rapporto, utilizzando anche tecniche di valutazione desunte dall'Autorità sulla concorrenza. Si tiene conto: (i) della durata della relazione contrattuale, (ii) del periodo del preavviso, (iii) dell'importanza del peso della marca rispetto alle altre rappresentate dal concessionario; (iv) del fatturato prodotto, (v) degli investimenti, (vi) della presenza sul mercato di un prodotto alternativo.
Il periodo del preavviso deve consentire al distributore di reperire una chance "lavorativa" che presenti le stesse caratteristiche. In questa direzione va anche il regolamento *automotive* 1400/02/CE che prevede un recesso ordinario con un periodo di preavviso minimo di 24 mesi, riducibile a 12 mesi in caso di comprovata necessità di riorganizzazione della rete oppure di pagamento di una congrua indennità al concessionario.
La necessità di un congruo preavviso nel diritto francese si desume, oltre che dalle norme *antitrust* sull'abuso di dipendenza economica, dalla L. 96/588 dell'1.7.96 e, da ultimo, dall'art. L 442-6 del codice di commercio, ove, al comma 5, si afferma che costituisce una pratica sleale: "*rompre brutalement, meme partiellement, une relation commerciale établie, sans preavis ecrit, tenant compte des relations*

[206] DE GUTTRY, Il problema della "termination" nel contratto di franchising, Tipicità, atipicità dei contratti, Milano, 1983, 81: "È tuttavia indubbio che, per le caratteristiche del rapporto, la sua cessazione può comportare particolari problemi per il franchisee per quanto riguarda le possibilità del recupero degli investimenti e la conservazione della clientela".

commerciales anterieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionelles"[207].

[207] La «relation commerciale établie » trova ora compiuta sistemazione nell'art. L 442-6 ed, in particolare al comma 5: "Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :
1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;
2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;
4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;
5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;
6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6. Est notamment abusif le fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture ;
8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non -conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondent;
9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle.
10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation.
II.- Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité:
a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale;
b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande;
c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui;
d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant;
e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans. L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.
III.-L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La

L'ordinamento francese riesce così ad individuare una situazione definita "relazione commerciale stabile" (relation commerciale établie) che comprende varie figure (rupture brutale, rupture abusive) che descivono comportamenti contrari a buona fede posti in essere dalla parte forte in un rapporto continuativo e che presentano un disequilibrio economico[208]. Tale ordinamento si presenta particolarmente sensibile al comportamento delle parti nelle relazioni contrattuali; è ricorrente la massima giurisprudenziale che "*si le droit*

---

réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation. La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte. Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret. Ces juridictions peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L. 440-1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises.L'avis rendu ne lie pas la juridiction. IV.-Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

[208] V., sul punto, THILL-TAYARA e HERRENSCHMIDT, Panorama de jurisprudence: la rupture de relations commerciales établies, un exercice perilleux, Revue Lamy, Droit des affaires, 63, 2003, sul web. Ivi si evidenzia che una relazione stabile, abbia essa una base contrattuale od extracontrattuale, relativa a beni o servizi, è destinataria di determinate regole. La principale è che non può essere esercitato il recesso o disposto il mancato rinnovo se non viene concesso un adeguato preavviso. La relazione è "établie" quanto si è sufficientemente consolidata nel tempo, incide notevolmente sul volume d'affari dell'impresa debole, è difficilmente sostituibile. Quando si è in presenza di una relazione con queste caratteristiche, una interruzione senza un adeguato (ragionevole, riferito agli usi del commercio ed agli accordi professionali) preavviso è brutale. La rottura brutale è causa di risarcimento del danno. La fattispecie in parte si sovrappone a quella dell'abuso di dipendenza economica che, in Francia, ha anche valenza concorrenziale. "Plus l'enterprise victime de la rupture est en situation de dependence economique a l'egard de l'enterprise rompant les relations, plus le preavis donné devra etre long pour que la rupture ne soit pas brutale et donc fautive".

*d'agrément est discrétionnaire, il ne doit pas etre arbitraire, cette circonstance étant constitutive d'un abus"(*Cour Appel Lyon, 17 maggio 2001, sul web).

Nell'ambito della disciplina domestica vi sono varie norme (art. 1569, 1616, 1750, 1833, 2118, 1173) che impongono un bilanciamento degli opposti interessi, in relazione alla interruzione del rapporto[209]. La formulazione dell'art. 1569 c.c. è esemplare per sinteticità e chiarezza: "se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione". La congruità del periodo di preavviso non può non essere relazionata alla fattispecie concreta ed all'effettiva possibilità del distributore che ha subito il recesso di reperire un nuovo partner (possono essere qui richiamati i parametri di valutazione usati dalle autorità sulla concorrenza francese nei casi di abuso di dipendenza economica poco prima esaminati). Una puntuale applicazione da parte della giurisprudenza di questa norma (art. 1569) avrebbe consentito di ottenere, ben prima della introduzione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, una tutela efficace nei casi di abuso di dipendenza economica. L'affermazione di un congruo periodo di preavviso come principio trasversale e generale dei contratti di distribuzione non è, tuttavia, agevole, in relazione alla tendenza della giurisprudenza a ritenere il periodo del preavviso modificabile per accordo delle parti.

Appare rilevante considerare la durata della relazione ed il consolidamento dei rapporti e della clientela. Una relazione molto lunga determina il passaggio di una clientela, ormai acqusita, al nuovo distributore, specie se il medesimo è monomarca; se è plurimarca, viene generalmente esaminato il "peso" della marca sulle altre. Spesso, infatti, una marca svolge una ruolo trainante. Il costo della sostituzione della marca è maggiore nel caso di lunga durata della

---

Va inoltre rilevato che in Francia esiste un particolare retroterra culturale e l'interruzione di una fornitura era valutata sotto il profilo penale: "In France, it was, until recently, a crime to refuse to supply dealers prepared to order in normal commecial quantities" (cosi', KORAH-SULLIVAN, Distribution Agreements under EC competition rules, Oxford, 2002, 37).

[209] Secondo un'interpretazione il termine di preavviso di cui all'art. 1569 c.c. deve ritenersi congruo se consente al somministrato di reperire altrimenti, entro il termine medesimo, la prestazione oggetto della somministrazione (Collegio arbitrale, 14 settembre 1994, in Juris Data). Spesso la congruità del preavviso è relazionata alla fattispecie concreta.

relazione. Tale costo aumenta se vengono effettuati forti investimenti dal distributore.

3.11 il problema degli investimenti

Poiché il contratto di distribuzione presuppone forti investimenti, si pongono diversi problemi al momento del recesso, legati alla necessità di riequilibrare un rapporto che può essersi troppo sbilanciato. Gli investimenti possono riguardare sia la parte fissa (es. sala mostra), che le attrezzature e le spese di pubblicità. Il problema degli investimenti è legato, in primo luogo, alla necessità che il distributore si conformi agli standard predisposti dal concedente ed, in particolare, alla *Corporate Identity*. Salvo casi particolari (si pensi a quelli in cui la forma esterna della struttura ricorda direttamente il brand), gli investimenti alle strutture sono generici e recuperabili. Per investimento specifico si intende, più in generale, un investimento che, in caso di risoluzione del contratto, non può essere usato dall'acquirente per gli altri fornitori ed, in caso di vendita, può determinare perdite consistenti (beni specifici sono *equipment* od attrezzature dedicate). In questi casi, il principale problema è quello di consentire un ammortamento degli investimenti in un periodo di tempo adeguato e di non creare costi non ammortizzabili (*sunk cost)* eccessivi. Per evitare l'imposizione di investimenti troppo gravosi, come si vedrà, gli Standard imposti alla rete devono essere proporzionati, giustificati e non voluttuari.
Sono innumerevoli le cause giudiziarie in cui il distributore ha posto la questione del pagamento delle spese non recuperabili; in alcuni casi ha anche legato l'ammissibilità del recesso alla possibilità di recuperare le spese, ammortizzando investimenti e vendendo le scorte[210].
Se i costi di sostituzione della marca sono eccessivi e non giustificati, si pone il problema del risarcimento del danno per l'interruzione della relazione[211]. La giurisprudenza francese ritiene che il recesso sia

[210] È per questo che in molti casi il concedente, all'atto della cessazione del contratto, riacquista le scorte invendute, ormai per il distributore difficilmente vendibili, dal momento che viene privato delle insegne.
[211] Per un esame in ambito comunitario del problema dell'indennità di fine rapporto, v. in Contratto ed Impresa Europa 2001, pg. 818 e segg. i contributi di BORTOLOTTI, GARTNER, PAULHAN, MATRAY, FRANKUM, GUSTAFSSON e BAGGEL.
A seguito verrà esaminata la questione dei danni da illecito concorrenziale in conseguenza della nullità ex art. 81/2 TCE della clausola contrattuale.

giustificato e non comporti il risarcimento di danni se il distributore si è indotto unilateralmente ad effettuare investimenti oppure il mercato consente agevolmente la sostituzione del prodotto[212]. In una fattispecie esaminata in sequenza dal Conseil de la Concurrence il 6.12.88 e dalla Corte di appello di Parigi del 28.6.89 si discuteva di un distributore di autovetture facente parte in una rete di vendita. L'esame del mercato del prodotto permetteva di accertare che il distributore disponeva della possibilità di sostituire la marca senza eccessivi costi di trasferimento in relazione ad un mercato molto concorrenziale (in questo caso ha giocato un ruolo importante la possibilità di riutilizzare il personale per la vendita e la presenza sul mercato di prodotti con caratteristiche tecniche simili, la possibilità di accogliere una domanda su un prodotto che si collocava sullo stesso segmento ed, infine, la presenza di rivenditori indipendenti molto competitivi rispetto a quelli ufficiali).
Vengono spesso citati, al proposito, casi riferiti alla normativa del Belgio; non si considera però che questa normativa è diretta al contratto di concessione in esclusiva; l'ambiente selettivo *multibrand* è del tutto diverso (si tenga presente che il distributore del settore *automotive* ha attualmente un obbligo di acquisto massimo del 30% del proprio fabbisogno, dunque, praticamente, non ha obblighi di non concorrenza e può operare contemporaneamente con tre marche concorrenti).

3.12 la possibilità del distributore di cambiare marca e l'art. 9 della L.192/98.

Sotto altro profilo d'esame, i costi di sostituzione della marca *(switching cost)* sono eccessivi quando la dipendenza economica del distributore è talmente forte da condizionarne la sua libertà di scelta e la possibilità di uscita dalla rete (in questo caso il distributorre potrebbe essere obbligato a continuare ad operare in una relazione a lui non favorevole). Spesso il concedente crea obblighi di approvvigionamento molto stringenti, attraverso clausole dirette od

[212] Nella stessa ottica la giurisprudenza canadese. In un notissimo caso portato avanti un tribunale canadese nel 2007 un grande rivenditore aveva chiesto al giudice di ordinare ad importanti case profumiere di continuare a rifornirlo, per un determinato periodo di tempo, evidenziando un danno economico rilevante dall'interruzione della fornitura. Il tribunale ha respinto la domanda sul presupposto che sul mercato erano presenti prodotti sostitutivi venduti dallo stesso distributore (caso Sears Vs. Dior e Givenchy).

indirette[213]. Il distributore somministrato viene così indotto ad acquistare solo da un fornitore/produttore e per quasi tutto il suo fabbisogno[214].

Può, pertanto, crearsi una subalternità relazionale (non fondata su una relazione di mercato) che ha la caratteristica della dipendenza economica, diversamente regolata negli Stati comunitari, in assenza di una normativa comunitaria[215] di riferimento[216].

---

[213] D'ALESSANDRO, Concessione di vendita, descrizione del fenomeno e profili sistematici, Giust. Civ. 2002, II, 72; La concessione di vendita, Obbligazioni e contratti, 2005, 352.

[214] Nel regolamento 2790/99/CE si configura un eccesso di dipendenza da fornitura quando l'obbligo di approvvigionamento esclusivo supera l'80% del fatturato. Deve, pertanto, essere riservata una chance competitiva ad un'altro fornitore, seppure di limitata importanza.

[215] Ad una posizione di subalternità economica fa riferimento la Corte CE nel noto caso *Courage*, Corte CE C-453/99, 2001.

[216] Si è rilevato che un'azienda che realizza tutte le fasi del ciclo di produzione *in-house* può decidere di utilizzare forme di collaborazione esterna per realizzarne alcune. Se questa collaborazione coinvolge fasi intermedie del ciclo industriale, ad esempio la realizzazione di parti componenti, il fornitore è spesso chiamato ad effettuare investimenti specifici che l'impresa committente non ritiene conveniente realizzare. Il grado di specificità corrisponde al valore dell'investimento che va perduto nel caso in cui l'investimento sia impiegato al di fuori della relazione contrattuale. Il massimo grado di specificità si esprime nella totale irrecuperabilità dei costi (*sunk cost*) e quindi della massima specializzazione possibile. In relazioni di questo tipo, le produzioni si incastrano tra loro (*lock in*) e tendono a perpetuarsi in lunghi periodi ove poi la collaborazione si rinsalda per lo scambio di informazioni (*learning by doing*) e gli investimenti specifici aumentano. Una relazione con investimenti specifici può essere governata attraverso una oculata politica del fornitore che mantiene la quota di produzione alternativa per altri committenti oppure fortemente indirizzata ad un solo committente. Tale relazione diventa particolarmente esposta a comportamenti opportunistici del committente, teso ad appropriarsi di una quota dei benefici generati dagli investimenti specifici. Il limite di questa quota deve essere superiore alla valutazione fornita dal concorrente del committente. Il problema del fornitore diventa allora quello di poter uscire indenne dalla relazione spostandosi su altre alternative di mercato senza che gli investimenti specifici effettuati rendano economicamente impossibile lo spostamento.

Tali fenomeni sono stati esaminati nelle subforniture industriali caratterizzate da prestazione di prodotti o servizi specifici: in tali collaborazioni esiste una elaborazione dei dati trasferiti dal committente qualitativamente elevatissima, tale per cui la riconversione a produzioni generiche riesce particolarmente difficile. Allorché l'impresa fornitrice è molto forte è probabilmente questa che detta legge, se l'impresa è di piccole dimensioni subisce le iniziative del committente. Ecco perché si è sentito il bisogno di creare in favore delle PMI operanti nelle subforniture industriali normative di protezione.

La fattispecie della dipendenza economica è stata esaminata anche sotto l'aspetto della concorrenza (quindi sul mercato), in casi in cui una impresa o per la posizione di forza acquisita o per eventi esterni, diviene una scelta obbligata di un determinato partner, indotto a contrarre con detta impresa (cd. teoria del partner obbligato[217]). La casistica conosce ipotesi in cui un'impresa dominante[218] possiede un prodotto od una risorsa altrimenti non reperibile, ma che è necessaria al rivenditore perché vi è una forte domanda su quel prodotto (v. i casi *United Brands* o *Michelin*). In tali casi il rivenditore è in una situazione di evidente dipendenza (relazionale e di mercato). L'esame *antitrust* viene così fatto su un mercato di dimensioni ridotte (per le banane si è stati costretti a separarlo da quello della frutta in generale; nel caso dei certificati di conformità, da quello delle vetture) al fine di accertare la posizione dominante di colui che detiene il prodotto o la risorsa ed attua un comportamento anticompetitivo: ad esempio il rifiuto di fornire[219]. La medesima situazione di dipendenza economica

---

[217] Sul punto FRIGNANI-WAELBROEK, Disciplina della concorrenza nella CE, Torino, 1996, 228. In una situazione di mercato competitivo, il partner obbligato può svolgere scelte di diversificazione ed uscire dal rapporto (cd. principio di diversificazione). La teoria è comunque riconducibile ad ipotesi di abuso posizione dominante e non offre elementi differenziatori (cfr. § 200, caso *Michelin*, Commissione 20 giugno 2001). Nel caso *General Motors* (Commissione 1975) si esaminava la situazione creatasi in Belgio a seguito del rifiuto del costruttore di rilasciare i certificati di conformità delle vetture ad estranei alla sua rete. Questa può essere una situazione di "partner obbligato" o di "infrastruttura essenziale", ma, nella sostanza, la struttura dell'illecito concorrenziale è quella dell'abuso di posizione dominante. Lo stesso discorso può farsi nel caso in cui un costruttore rifiuta di vendere i ricambi per i propri prodotti alle imprese esterne alla rete (caso *Hugin*, Commissione 1978. Sono noti i casi in cui il costruttore ha cercato di utilizzare la tutela dei modelli industriali per impedire il commercio di parti di ricambio equivalenti, in ciò ostacolato dalla normativa sulla concorrenza, ove si è affermata la cd. *repair clause*).

[218] "Dominance as been defined under EC rules as a position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on a relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers", cosi' la Commissione nella pubblicazione: Guidance on the Commission's Enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty, ricordando i casi *United Brands* (1978) e *Hoffman-La Roche* (1979).

[219] Comportamenti come il rifiuto di fornire, l'interruzione della fornitura, la minaccia di recesso per ottenere ulteriori benefici, sono tipologie ben note nell'ambito della fattispecie dell'abuso di potere dominante di cui all'art. 82 TCE, fattispecie utilizzabile solo nell'ambito di una posizione di forte potere di mercato. Per poter utilizzare questa struttura a volte l'autorità *antitrust* è costretta a

può anche essere esaminata sotto il profilo meramente relazionale delle due imprese, valorizzando l'incapacità di effettuare scelte indipendenti. La dipendenza relazionale può essere indotta dalla situazione di mercato: si pensi al mercato automobilistico degli anni '70 in Italia, ove operavano pochi costruttori. Il rivenditore, distributore ufficiale della marca, si trovava in una situazione di forte dipendenza relazionale in un mercato scarsamente competitivo.
Se l'indagine viene ristretta a comportamenti rilevanti sotto il profilo comportamentale e contrattuale, è abbandonata la prospettiva *antitrust*. In questa situazione in Italia si tende a fare applicazione dell'art. 9 della L. 192/98 (legge sulla subfornitura), norma da cui viene tratto un principio generale anche per i contratti di distribuzione. La "dipendenza economica" si esprime, pertanto, secondo questa impostazione (che tiene conto del fatto che, in linea di principio, il diritto *antitrust* si occupa dei mercati e non dei concorrenti), non tanto in una situazione di mercato monopolistico ove il produttore esercita un potere di mercato arbitrario, di modo che esso è signore della relazione (situazione valutata, generalmente, sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante) od oligopolistico[220], quanto in una situazione di monopolio relazionale che considera solo il rapporto, indipendentemente dai suoi effetti sul mercato, sostituendo a valutazioni economiche valutazioni giuridiche per sanzionare l'abuso. Nel monopolio relazionale ogni livello di mercato è rilevante[221]. Vengono prese in considerazioni anomalie di funzionamento della relazione sia per inefficienze dell'azienda debole che per eccessiva integrazione nel processo industriale dell'impresa (committente) forte. Ovviamente, la situazione di posizione dominante sul mercato e quella di abuso della relazione possono convivere anche se hanno presupposti e contesti diversi: dipende se la situazione viene o non contestualizzata in un mercato.

---

restringere molto il mercato rilevante: si potrebbe, ad esempio, considerare come mercato quello di un diritto di proprietà industriale. In questo caso il titolare deterrà l'intera quota di mercato se non esistono prodotti (o tecnologie) concorrenti.

[220] Nell'oligopolio i comportamenti delle imprese si influenzano reciprocamente, mentre nel monopolio il comportamento dell'impresa è indipendente; v. caso *Hoffman- La Roche*, Corte CE C-85/76, 1979.

[221] In ordinamenti come quello francese o tedesco la teoria del partner obbligato ha valenza anticoncorrenziale, in tale ottica non è la quota di mercato che viene considerata, ma la relazione di blocco che crea il rapporto. L'illecito concorrenziale consiste nella abusiva gestione di una relazione, considerata in mercato ristretto, ove è rilevante il peso della fornitura del partner forte rispetto alla quota degli acquisti disponibile per l'acquirente.

Alcuni ordinamenti, ad esempio quello francese, hanno preferito considerare l'abuso di dipendenza economica nel mercato, valorizzando un micro-mercato rilevante ove collocarla, cosicché, questa situazione è assimilata ad un comportamento anticoncorrenziale di abuso di posizione dominante[222]. Il Conseil de la Concurrence utilizza generalmente (alternativamente ed ambiguamente) i quattro indicatori già esaminati in precedenza per rilevare lo stato di dipendenza economica: (i) la parte di fatturato conseguita con la marca; (ii) la notorietà della marca; (iii) la quota di mercato del fornitore; (iv) la possibilità del rivenditore di trovare una soluzione alternativa[223]. A contrario, lo stato di *indipendenza economica* è visto nella possibilità di uscire dal contratto "a condizioni equivalenti". L'art. L 420-2 del *Code de commerce*, dopo aver sancito, nel 1° co., il divieto dello sfruttamento abusivo di una posizione dominante (in termini analoghi a quanto stabilito dall'art. 82), vieta altresì, nel comma successivo, "*dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'ètat de dèpendance èconomique dans le quel se trouve à son ègard une entreprise cliente ou fournisseur*[224]".

In termini generali si è rilevato[225] che abbinare la dipendenza economica al mercato presenta problemi per la difficoltà di

---

[222] V. MONTICELLI, Dall'abuso del diritto all'abuso di dipendenza economica, 2006, 67.

[223] Conseil de la concurrence, decisione 03-D-42 del 18 agosto 2003, caso Suzuki. Interessante il panorama giurisprudenziale francese. Cass. Comm. 3 marzo 2004 afferma che "la situazione di dipendenza economica del distributore si definisce come la situazione di un operatore che non ha la possibilità di sostituire al fornitore un altro fornitore capace di rispondere alla sua domanda di approvvigionamento in condizioni tecniche ed economiche comparabili. La sola circostanza che il distributore realizzi una parte importante dell'approvvigionamento presso un solo fornitore è insufficiente per caratterizzare lo stato di dipendenza economica".
App. Versailles 15 gennaio 2004 rileva che "un subfornitore non può lamentarsi di una situazione di dipendenza economica nei confronti del committente se ha creato la sua attività solo per adempiere al contratto di subfornitura".

[224] L'abuso di dipendenza economica è ora previsto nell'ordinamento francese dall'art. L 420-2, Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (che riprende la normativa antimonopolistica tedesca). Poichè ivi si stabilisce che: "ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L 442-6", ne consegue che la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica è normativamente legata a quella dell'interruzione della relazione commerciale stabile.

[225] TESAURO, Diritto Comunitario, Padova 2008; DE GENNARO, Note critiche sui rapporti tra divieti di abuso di dipendenza economica e di posizione dominante,

considerare unitariamente rapporti che non presentano alcun rilevante pregiudizio per gli scambi comunitari a rapporti in cui si manifesta una posizione dominante. Nel nostro ordinamento si è preferito sistemare la norma nella disciplina specifica della subfornitura industriale a seguito della posizione assunta dall'Autorità garante per la concorrenza (AGCM) in un suo noto parere del 1988[226].

L'Autorità si era detta contraria ad una proposta di legge mirante a introdurre nella disciplina della concorrenza la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica (definito come l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice). La posizione dell'AGCM era motivata dalla considerazione che la fattispecie considerata "inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti" persegue "finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sull'operare dei meccanismi concorrenziali" (v. *Bollettino* dell'AGCM, n. 5, 1998). L'abuso di dipendenza economica ha così trovato definitiva collocazione nella L. 18.06.1998, n. 192, sulla "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive" all'art. 9[227]. La scelta della collocazione della fattispecie non è solo formale, stante la diversa finalità della normativa sulla concorrenza rispetto a quelle di

---

su internet; FRIGNANI-WAELROEK, Disciplina della concorrenza nella CE, Torino, 1996, 228.

[226] Nel parere dell'autorità della concorrenza è avvertita l'esigenza di considerare da una parte rapporti che contestualizzati in un mercato rilevante sono soggetti alle norme comunitarie e dall'altra rapporti contrattuali la cui "non equità si verifica nell'ambito di rapporti contrattuali di scambio bilaterale nei quali pur in presenza di uno squilibrio tra le parti, non sia possibile identificare nella parte abusante una posizione dominante secondo i canoni comunitari". Nella sostanza, in questi ultimi casi, di non impatto sul mercato rilevante, non appare opportuno utilizzare le norme sulla concorrenza ma quelle ordinarie. Con la conseguenza che il principio dell'art. 9 va collocato nella subfornitura e non nella normativa antitrust, essendo indirizzato a tutelare situazioni di questo tipo".

[227] V. art. 9, L. 192/98: Abuso di dipendenza economica:

1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subìto l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

diritto sostanziale: la prima ricerca, infatti, il funzionamento concorrenziale del mercato, finalità estranea al diritto dei contratti [228]. La subalternità relazionale (informativa/tecnologica/di acquisto o fornitura) non viene così a corrispondere a quella di abuso di posizione dominante ed è unicamente espressa dall'impossibilità del fornitore, a fronte di comportamenti abusivi del committente, di uscire dal contratto, se non a costo di gravi sacrifici economici e perdita degli investimenti. Implicitamente, la fattispecie sembra considerare una contrapposizione tra un contraente forte ed uno debole, non vengono presi in considerazione rapporti di fornitura specializzati con fornitori di grandi dimensioni e di notevole forza economica, in grado di condizionare lo stesso acquirente nel prezzo. Si presuppone che il fornitore sia una PMI. Si presuppone, inoltre, una situazione di mercato poco concorrenziale, ove la domanda è scarsa, per cui la diversificazione dell'investimento è molto costosa[229]. Tale struttura è tuttavia valida solo in termini generali. La norma non è completamente avulsa dal mercato, tanto che è possibile un intervento dell'autorità garante quando la situazione che si determina diviene rilevante su questo[230]. L'impossibilità di uscita indolore dal contratto

---

[228] Sul punto, DE GENNARO, Note critiche tra i divieti di abuso di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante, Archivio CERADI, pg. 17.
Nota COLANGELO, Il contratto ed il mercato, i principi della libertà negoziale ed i vincoli della dipendenza economica, sul web, che "eppure risulta alquanto evidente che il solco concettuale tra potere di mercato e potere contrattuale è assai meno netto e profondo di quanto si possa ritenere. Il mercato non è altro che un insieme di relazioni contrattuali e la disparità nel potere contrattuale è frutto delle imperfezioni del mercato: l'approfittamento dello squilibrio contrattuale è, in questo senso, la conseguenza dell'incapacità del mercato a fornire i soggetti deboli di alternative adeguate per sottrarsi alla situazione di dipendenza. L'area occupata da questa situazione sarebbe quella di una via di mezzo tra il diritto dei contratti ed il dirtto della concorrenza".

[229] Siamo in una situazione latamente corrispondente a quella del consumatore, parte debole di un rapporto. Il contesto merita tuttavia valutazioni più complesse in relazione alle scelte commerciali dell'impresa debole sul mercato. L'assunto ha valore in termini generali, nello specifico non può escludersi che la parte debole possa essere un'impresa di grandi dimensioni; v. nota 241.

[230] Il nuovo comma 3 dell'articolo 9 della legge 192/98 recita: 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni. Il comma 3-bis: Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri

(che è l'altra faccia della medaglia del preavviso adeguato) diventa la cartina di tornasole per accertare se il contratto è sufficientemente equilibrato. L'equilibrio relazionale viene a costituire un ulteriore elemento del contratto che corre parallelo alla causa. Tuttavia questo equilibrio relazionale non è fondato su una valutazione della conguità dello scambio e, quindi, della causa in concreto[231], ma su una

---

di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso".
Sembra pertanto che la fattispecie dell'abuso venga singolarmente ricondotta nell'alveo della violazione concorrenziale.
Significativo appare il considerando 8) del regolamento 1/2003: "Per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto nel presente regolamento è necessario imporre alle autorità garanti della concorrenza e alle giurisdizioni degli Stati membri di applicare anche gli articoli 81 e 82 del trattato allorché applicano il diritto nazionale in materia di concorrenza ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri. Per creare condizioni eque per gli accordi, per le decisioni di associazioni di imprese e per le pratiche concordate nel mercato interno è inoltre necessario definire, a norma dell'articolo 83, paragrafo 2, lettera e), del trattato, i rapporti fra le legislazioni nazionali e il diritto comunitario in materia di concorrenza. A tal fine è necessario prevedere che l'applicazione delle legislazioni nazionali in materia di concorrenza agli accordi, decisioni o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non possa comportare il divieto di siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate se essi non sono vietati anche a norma del diritto comunitario in materia di concorrenza. I concetti di accordi, decisioni e pratiche concordate sono concetti autonomi del diritto comunitario in materia di concorrenza che disciplinano il coordinamento della condotta delle imprese sul mercato secondo l'interpretazione delle giurisdizioni della Comunità. Non dovrebbe essere fatto ostacolo, ai sensi del presente regolamento, all'adozione e all'applicazione da parte degli Stati membri, nei rispettivi territori, di leggi nazionali sulla concorrenza più severe che vietano o sanzionano un comportamento unilaterale delle imprese. Tali leggi nazionali più severe possono prevedere disposizioni che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti. Inoltre il presente regolamento non si applica a leggi nazionali che impongono sanzioni penali a persone fisiche, salvo qualora tali sanzioni costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese.

[231] Sono fondamentali sul punto gli studi di BIANCA, tra i quali, Il contratto, Milano, 1987, 425. L'A. evidenzia che la nozione di causa tipica porta a trascurare la realtà viva di ogni contratto e cioè gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato. L'azione di garanzia per i vizi ha funzione di riequilibrare l'equilibro funzionale della causa (Cass. 10922/95); analogamente si è ritenuto che "In tema di appalto (….) il diritto dell'appaltatore alla percezione d'un qualsivoglia compenso per la detta opera può essere riconosciuto solo se e nella misura in cui una parte della stessa rimanga in qualche modo utilizzabile ed

modus comportamentale misurato nella possibilità per il fornitore di avere il tempo necessario per operare scelte alternative di copertura[232]. Tale valutazione ha mero riferimento fattuale e prescinde dall'esame di situazioni presenti in mercati geografici diversi con le stesse caratteristiche; in tal senso la situazione di monopolio relazionale diverge da una situazione rilevata nel contesto del mercato. La subalternità informativa, tecnologica, di fornitura o di approvvigionamento si rinviene, in una fase patologica, non solo nella subfornitura, ma anche negli altri contratti di distribuzione. Nel contratto di concessione di vendita in esclusiva, specie se monomarca, se il concessionario è un'impresa di piccole dimensioni si può verificare uno stato di dipendenza economica in relazione alla necessità di disporre del prodotto ed alla unidirezionalità degli investimenti[233].

Riferimenti a questa situazione sono offerti dalla normativa *antitrust*: il 17° considerando del regolamento 1475/95/CE precisava che l'art. 5, paragrafo 2, subordina l'esenzione e le altre condizioni minime intese ad impedire che il distributore, a causa degli obblighi che gli sono imposti, venga a trovarsi in una situazione di eccessiva dipendenza economica[234] nei riguardi del fornitore e rinunci ad azioni

---

utilizzata, di guisa che il committente possa trarne effettivo ed apprezzabile giovamento: esso, pertanto, non è compatibile con un inadempimento dell'appaltatore totale ed assoluto, inadempimento che, rendendo l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, comporta un difetto funzionale della causa del contratto e legittima il committente a chiederne la risoluzione (Cass. 15 maggio 2002, n. 7061).

La struttura tipica della fornitura può deviare in concreto in un rapporto ove lo scambio relazionale sia diverso da quello originariamente voluto, per cui si determina una divaricazione tra causa tipica e causa concreta, ove questa sia piegata a finalità illecite ed approfittatorie.

[232] V. VITTORI, Concorrenza e Mercato, Padova, 2005, 443, parla di vizio genetico della causa.

[233] V. caso *Courage* (Corte CE 2001), ove si prospetta una diseguaglianza di forza economica in una relazione di approvvigionamento esclusivo.

[234] La stessa esigenza di evitare che il rapporto di distribuzione di vetture si sviluppi in una relazione troppo sbilanciata in favore del costruttore era evidenziato nel precedente regolamento 123/1985, ove al considerando 17 si precisa che si vuole impedire che il distributore si venga a trovare in "una situazione di eccessiva dipendenza economica dal fornitore". Tale afferazione lascia perplessi perchè non pare questo un obiettivo perseguibile attraverso un regolamento di esenzione per categoria (v. art. 83 TCE; sul tema BRUZZONE-SAIJA, Modenizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolazione sottoriale, Contratto e Impresa Europa, 2003, 109. Le A. rilevano che se un tale obiettivo venisse perseguito con un regolamento di esenzione si potrebbe ingenerare la convinzione

concorrenziali, che di per sé potrebbero intraprendere, poiché sarebbero contrarie agli interessi del costruttore. Nella stessa direzione vanno poi tutte quelle clausole equilibratrici del contratto del regolamento 1400/02/CE relative alla motivazione del recesso, al periodo del preavviso, alla durata minima del contratto, all'obbligo di demandare ad un arbitro gli obiettivi prestazionali. Il legislatore comunitario evidenzia, in tal modo, una situazione relazionale basata sulla gestione del contratto[235], anche se, aumentando l'indipendenza strategica del distributore, aumenta, di conseguenza, la possibilità di questi di operare più liberamente sul mercato.
È allora difficilmente smentibile che il principio sancito dall'art. 9 L. 192/98 esprima un principio generale, indipendentemente dalla possibilità di configurare il rapporto come subfornitura[236]. Ciò non solo per "la singolare differenziazione semantica rispetto a tutta l'impostazione della legge"[237] e l'individuazione della relazione

---

che attraverso la norma dell'art. 81 sia possibile, attraverso l'intevento delle autorità nazionali, una riduzione del contratto ad equilibrio).

[235] "Questa sezione esamina le disposizioni del regolamento 1475/95 che in una certa misura vogliono tutelare i concessionari nei confronti dei costruttori di autoveicoli e dar loro la possibilità di assumere decisioni autonome in campo economico. Queste regole si sono rese necessarie perché di solito i concessionari sono piccole o medie imprese non in grado di controbilanciare il potere economico del fornitore. Anche se i concessionari sono generalmente favorevoli al regime del regolamento 1475/95, la presente relazione deve comunque analizzare anche il funzionamento di tali disposizioni, tanto più che nelle loro discussioni con la Commissione i concessionari e le loro associazioni continuano a sostenere che si sentono relativamente impotenti nei confronti dei costruttori (Relazione sulla valutazione del regolamento n. 1475/95 CE relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela). Contrattualizzando le norme antitrust si ottiene il risultato di creare contratti di distribuzione uniformi pur un situazioni di mercato differenti, risultato non sempre accettabile.

[236] BERTI-GRAZZINI, La disciplina della subfornitura nelle attività produttive, Milano, 2003, 182, parla di vocazione allargata destinata a trovare applicazione anche al di fuori del ristretto ambito dei rapporti di subfornitura, estendendosi ad ogni tipo di relazione tra imprese.
È però evidente che il terreno di elezione della fattispecie della subalternità relazionale è quello del decentramento produttivo, sia esso realizzato in conseguenza di una precisa strategia commerciale, sia esso la conseguenza di una decisione di terziarizzare un'attività aziendale (outsourcing). Queste ultime relazioni sono generalmente caratterizzate dallo scorporo di attività interne non strategiche che vengono terziarizzate presso un'impresa esterna, specializzata. La base giuridica varia dalla cessione di ramo d'azienda all'appalto, per cui non è rilevante tanto la definizione di realizzazione in outsourcing, quanto l'utilizzo dello schema effettivo.

[237] Trib. Catania 5 gennaio 2004, Il Fallimento, 2008.

rilevante tra cliente e fornitore, quanto per l'evidente necessità di assicurare un supporto normativo a situazioni particolarmente diseguali sotto il profilo dell'equilibrio causale, non protette in modo sicuro da clausole generali (buona fede) o da fattispecie di diritto non ben consolidate (abuso del diritto). Più difficile è rilevare questa situazione quando la relazione non si è consolidata in un affidamento alla prosecuzione del rapporto od in investimenti specifici, ma si presenta tra un fornitore ed un *new comer*[238]. È indubbio che "ai fini civilistici" un rapporto con un *new comer* presenta una differenza qualitativa e deve essere valutato con maggior attenzione. Tenuto conto che la normativa richiamata si riferisce testualmente alla reale possibilità, da parte di chi abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato una situazione alternativa, è pensabile che nel caso del *new comer* non sia l'affidamento riposto nella continuazione del rapporto ad essere rilevante, ma la possibilità di allacciar una nuova relazione con un monopolista: si tratterebbe dunque di una mera dipendenza merceologica di approvvigionamento, non relazionale[239].

In conclusione, nei confronti di un distributore integrato, specie se il rapporto è in esclusiva, devono essere esercitati con prudenza tutti quei diritti o facoltà riservati al concedente che incidono sulla stabilità della relazione, evitando un'interruzione arbitraria del rapporto. Interruzione arbitraria è quella contraria a buona fede, tale da sorprendere il soggetto debole e che gli impedisce di allacciare una conveniente relazione sostitutiva. È pertanto richiesto al recedente un comportamento che salvaguardi gli investimenti della controparte se non è inadempiente. La giurisprudenza maggioritaria segue questa linea[240].

---

[238] Nella giurisprudenza dell'abuso di posizione dominante della Corte CE il prodotto del *new comer* può essere anche concorrente potenziale.

[239] Trib. Catania 5 gennaio 2004. Attribuire rilevanza anche ad obblighi *ex novo* a contrarre potrebbe allargare eccessivamente la prospettiva d'esame e ricomprendere ipotesi da riguardare sotto l'aspetto della violazione di norme *antitrust* di abuso di posizione dominante. La norma fa riferimento ad un semplice rifiuto a fornire, ma la sua collocazione migliore è in un contesto relazionale in corso, con affidamento del fornitore alla continuazione del rapporto.

[240] Mentre trib. Taranto 22 dic. 2003, ha escluso l'applicabilità della normativa sulla subfornitura ad un contratto di franchising, più correttamente, trib. di Roma, con provvedimento del 5 novembre 2003, ha esaminato anche questo profilo (v. per un esame dei provvedimenti; Vittori, op. cit..). La diversa impostazione deriva dalla diversa sensibilità del giudice a trarre principi generali da norme spacifiche.
Trib. Bari, 11 ott. 2004 (Juris data), rileva che l'art. 9 della L. 192/98 nello stabilire e sanzionare con il risarcimento dei danni il divieto di interruzione abusiva delle

Non tutta la dottrina è concorde nel ritenere il principio di cui all'art. 9, L. 192/98 una clausola generale applicabile ai contratti di distribuzione. Secondo alcuni[241] detta clausola, consentendo un sindacato di merito del giudice sulla congruità delle prestazioni, viene a porsi in incompatibile contrasto con il principio della autonomia

---

relazioni commerciali, non dà uno strumento per assicurare un obbligo a contrarre, obbligo non coercibile da un giudice ordinario.
La rilevanza dell'art. 9 non è solo in sede di recesso, ma è anche strutturale: si è rilevato che una restrizione verticale che, collegata ad un contratto, realizza un eccessivo squilibrio tra le parti può essere riguardata come abuso di dipendenza economica: il caso potrebbe essere quello di un produttore che impone al distributore un'esclusiva d'acquisto, ma non gli assicura un'esclusiva di vendita (zona). In tale evenienza si applicherebbe la sanzione prevista dall'art. 9 della l. 192/98, cioè la nullità del patto di esclusiva di acquisto (DELLI PRISCOLI, Le restrizioni verticali nella concorrenza, Milano, 2002, 92).

[241] SCARSO, Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust, Responsabilità civile e previdenza, 2, 2008, 261.
Come già detto, a noi sembra che sia possibile intravedere una situazione, qualificabile come relazione commerciale stabile, che possa essere destinataria di particolare attenzione da parte del giudice. Non si tratta tanto di rintracciare squilibri genetici della causa, quanto lo sviluppo di una *modalità comportamentale* non corretta in un rapporto consolidato. Innanzi tutto, occorre ricercare qual'è la parte debole della relazione, cosa che non è sempre facile: si pensi ad un rapporto di subfornitura unidirezionale in cui il somministato diventa dipendente del fornitore ed ove non sono disponibili altri subfornitori. Altro caso dubbio potrebbe essere quello di una subfornitura ove il fornitore opera la scelta di trascurare altre iniziative commerciali, mentre la tecnologia che usa diviene matura (v. FASCIOLO, Chi è la parte debole nella subfornitura?, sul web). È poi altrettanto evidente che non è possibile discutere della congruità dello scambio e dell'equilibrio delle prestazioni, ma è necessario, come ci insegna la normativa sulla concorrenza a proposito della posizione dominante (che è illecita non per la posizione di forza in sè dell'impresa, ma per le modalità operative dell'impresa sul mercato, finalizzate a trarre vantaggio dalla posizione), focalizzare il modus comportamentale dell'impresa forte. L'art. 9 nasce nella legge sulla subfornitura industriale perchè qui si erano verificati i maggiori abusi. Non immune da colpe è probabilmente la Commissione che aveva, con la Comunicazione del 1978, troppo sbrigativamente escluso dall'applicabilità dell'art. 81 TCE la subfornitura, in relazione alla non indipendenza delle imprese coinvolte.
Sul tema, di recente, AGRIFOGLIO, L'abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti di impresa, Contratto e Impresa, 2008, 1333; RUSSO, Imprenditore debole, imprenditore persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto, in Contratto e Impresa 2009, rileva come nelle relazioni di decentramento produttivo la situazione di abuso di dipendeneza economica ex art. 9 L. 192/98 va ricercata nella fase della negoziazione dell'accordo e nella volontà e determinazione delle parti, ma nulla esclude che una parte debole si determini a concludere un contratto a condizioni inique, sperando in altri vantaggi. Tuttavia, ci sembra che il dato formale dica poco, perché quello che è rilevante non è la struttura sbilanciata dell'accordo, quanto le modalità dell'uso della forza nell'accordo.

contrattuale[242]. Ammettere questo principio sarebbe come ammettere il principio della equivalenza (nel senso di equilibrio) oggettiva delle prestazioni, principio rigettato dalla dottrina[243]. Né potrebbe farsi ricorso a figure generali quali l'abuso del diritto in quanto, in un sistema fondato sulla autonomia contrattuale, il semplice perseguimento del proprio interesse economico costituisce ampia ed esaustiva giustificazione del regolamento negoziale asseritamene abusivo. Né, infine, può vincere l'autonomia delle parti il diritto della concorrenza nelle forme dell'abuso di posizione dominante o di abuso di sfruttamento.

Secondo questa tesi un sindacato di merito del giudice in un contratto di impresa sarebbe problematico. Diverso è il caso del consumatore[244] in relazione alla debolezza ex se del soggetto rispetto all'impresa ed al deficit informativo che generalmente si realizza, ma non è certo

---

[242] Principio come noto sancito dall'art. 1322 c.c..

[243] SCARSO, Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust, Responsabilità civile e previdenza, 2, 2008,261.

"Il principio dell'equivalenza delle prestazioni ha avuto vita difficile, mentre in dottrina si è insistito molto su di esso per ragioni di solidarietà sociale, per coerenza interna del sistema, per logica egalitaria, la giurisprudenza ne ha fatto un uso restrittivo", I contratti in generale, diretto da Alpa e Bessone, vol. I, pg. 46, Torino 1991.

Sulla difficoltà di utilizzare il principio al di fuori dei casi previsti dalla legge, CARRESI, Il Contratto, Milano, 1987, 349; BIANCA, Il contratto, Milano, 1987.

Sul tema CREDAS, Liberté, egalité, le solidarisme contractuel, sul web, ove si rileva che la giurisprudenza della suprema corte francese ha, in alcune occasioni, fatto ricorso a principi solidaristici nei contratti di distribuzione, imponendo la rinegoziazione delle clausole, in presenza di disequilibri economici rovinosi ed imprevedibili.

Vengono tutelati casi in cui la parte debole non vuole rivedere un affare non conveniente o sfavorevole, ma vuole riequilibrare un rapporto di durata che non si è sviluppato secondo l'equivalenza avuta presente dalla parti al momento della sua conclusione (equivalenza soggettiva delle prestazioni). Avviene una sorta di operazione di riequilibrio che ha tratti somiglianti a quella della riduzione del prezzo nella compravendita, allorchè si riscontra un disequilibrio non di valori economici oggettivi, ma soggetivi.

Sulle tematiche della rinegoziazione, SICCHIERO, La rinegoziazione in Contratto ed Impresa, 2002, 775; GENTILI, La replica della stipulazione: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto, in Contratto e Impresa, 2003, 667.

[244] Non si può non considerare che la relazione di subfornitura avviene tra imprese operanti in un mercato ove a svantaggi (ad esempio fissazione dei prezzi a livelli ridotti), possono conseguire vantaggi relazionali (continuità della fornitura), aspetti non presenti in un rapporto con un consumatore. È per questo che in una relazione tra imprese tendenzialmente squilibrata il momento informativo (v. legge sul franchising) è essenziale.

possibile una trasposizione delle norme a tutela del consumatore nei rapporti tra imprese. In un rapporto che si sviluppa sul mercato tra imprese vengono in considerazione, innanzi tutto, la struttura del mercato e la posizione del contraente forte. Esistono, infatti, casi di naturale inferiorità tecnico informativa, ma consequenziali alle dinamiche delle imprese. In una situazione di monopolio od oligopolio è naturale una dipendenza di una impresa *new entrant* che vuole ottenere tecnologia o prodotti dal monopolista o dall'oligopolista. Quello che rileva ai fini *antitrust* è l'esercizio abusivo della posizione per ottenere vantaggi sovracompetitivi. Sicuramente un conto è distinguere tra comportamenti rilevanti ai fini *antitrust* e comportamenti rilevanti ai fini dell'inadempimento contrattuale.
A tale tesi si può rispondere che, ai fini della fattispecie in esame, rileva un comportamento[245] imprevisto, non giustificato, tale da non lasciare all'impresa soluzioni alternative. Il sindacato di merito del giudice non inficia la libertà di impresa quando si determinano situazioni di ingiustificata compressione della libertà imprenditoriale del soggetto inferiore, mettendone a repentaglio, senza motivo, la sua sopravvivenza[246]. In tale prospettiva il sindacato del giudice nelle relazioni tra imprese, lungi dal sovvertire le regole dei contratti, si

---

[245] La buona fede si presenta anche come criterio di valutazione del comportamento delle parti, ove non siano considerati da una norma contrattuale, Cass. 9141/04. La problematica dell'abuso del diritto può essere rilevante anche in casi in cui si discute della mera modalità di esercizio del diritto. Nella casistica dei recessi esercitati dalle banche si registra una tendenza della giurisprudenza a giustificare recessi con preavvisi minimi ed a ribaltare la prova dell'abusività della condotta sul receduto. Si è affermato che "il recesso dal contratto di apertura di credito costituisce una facoltà riconosciuta dall'art. 1845 c.c., sicché risulta adeguatamente motivato anche attraverso il mero richiamo a quella norma; è invece la parte che assume l'illegittimità del recesso (ad esempio per arbitrarietà e contrarietà al principio di buona fede) che ha l'onere di enunciarne le ragioni e di fornire la relativa prova nel caso concreto", Cass. 7 marzo 2008, n. 6186.
La difficoltà della giurisprudenza della S.C. a valutare in fatto il comportamento abusivo risente di un risalente formalismo legato alla sufficienza della previsione contrattuale di ridotti termini di recesso, senza alcun esame della relazione contrattuale e del contesto in cui si sviluppa il recesso, spesso esercitato *ad horas* sulla base di meri "rumors" di dubbia attendibilità.
Indicativo di questa situazione, trib. Bologna 21 giugno 2005, Dir. prat. soc. 2005, 24,78, che rileva che "in tema di appalto è valida ed efficace la clausola contrattuale che prevede il recesso ad nutum del committente senza che l'appaltatore abbia diritto di pretendere alcuna indennità", derivando il principio dall'autonomia contrattuale.
[246] Trib. Trieste 21.9.006, NGCC, 2007, I, 899.

presenta come necessario perché il contratto è usato per una finalità illecita. L'esperienza francese da ampia dimostrazione di questo.

3.12 il controllo societario

Alcune clausole sono indicative del controllo che il concedente mantiene sul distributore. Sono le clausole che consentono al concedente di esaminare la contabilità del distributore al fine di verificare la solidità finanziaria, la capitalizzazione, la necessità di investimenti, il numero del personale e la sua qualificazione, il possesso di macchinari od *equipment;* nonché le clausole che impediscono al distributore di alienare quote rilevanti dell'impresa a concorrenti o che consentono al concedente visite ispettive di controllo (cd. *mistery shopping*).
Dette clausole, unitamente a vincoli di approvvigionamento, licenze di marchi, brevetti o *know-how* possono portare, se applicate in modo rigoroso e pressante, al controllo indiretto del distributore da parte del concedente. La situazione in parola è prevista normativamente dall'art. 2359 c.c., n. 3[247], che considera l'ipotesi in cui il legame contrattuale non consente alla società controllata di svincolarsi, senza mettere a repentaglio la sua stessa sopravvivenza economica[248], in mancanza di sbocchi ovvero di fonti di approvvigionamento produttive od alternative finanziarie[249]. La situazione di dominio, per

[247] Art. 2359 (Società controllate e società collegate). Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. [II].Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.[III]. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

[248] Non è difficile pensare a clausole contrattuali che impongono determinate strategie produttive, metodi di lavorazione, utilizzo di strumenti specifici, minimi di acquisto, mantenimento di una determinata compagine sociale, ecc.. Gli effetti di clausole di controllo sulla gestione hanno maggiore impatto di quelle sulla distribuzione dei prodotti. In quest'ultimo caso l'utilizzo di tecniche derivate può essere un importante *asset* per l'impresa "dominata" e, per determinati prodotti, il controllo di qualità del produttore sul distributore si presenta di notevole utilità.

[249] MUSSO, Il controllo societario mediante <particolari vincoli contrattuali>, Contratto e Impresa, 1995, 33.

essere rilevante ai sensi dell'art. 2359, n.3, c.c., deve coinvolgere la complessiva attività gestoria del soggetto dominato, come se al suo organo di amministrazione si sostituisse il soggetto dominante e le sorti dell'impresa dominata venissero a dipendere da quelle della dominante[250]. Non esiste un tipo di contratto indicativo di questo stato, ma è rilevante la situazione che si attua in concreto, evidenziata spesso da un'anormalità della pattuizione rispetto a quelle d'uso comune. Il contratto di franchising può portare a forme di collaborazione molto stretta, ma solo sistematiche ingerenze gestionali deviano il contratto verso lo schema qui considerato. Il soggetto dominato diventa quasi una impresa del gruppo e ne segue le direttive, perdendo l'indipendenza strategica sul mercato. In altri casi il soggetto dominato diventa ostaggio del soggetto dominante che ne plasma la struttura secondo le proprie esigenze e lo induce a scelte imprenditoriali non improntate a prudenza ed oculatezza. Si pensi ad un distributore fortemente spinto dal produttore a capitalizzarsi per sostenere il peso finanziario di scorte rilevanti, ma non necessarie[251].
Sotto un certo profilo per una impresa poco spinta all'iniziativa una tale situazione potrebbe, in una prima fase, diventare vantaggiosa in relazione alle economie realizzate, potendo rinunciare a diversificare i prodotti; allo stesso modo un'impresa altamente specializzata potrebbe maturare l'interesse a diventare principale fornitore di un assemblatore.
Nel medio-lungo periodo si creerebbe, tuttavia, una situazione di dipendenza assoluta, ma non per questo illecita. Se l'impresa forte prepara correttamente questo "sfilamento", anticipandole la scelta,

---

[250] App. Milano 5 giugno 1998, in MUSSO, Le licenze di proprietà industriale e clausole di dominazione, alcuni recenti sviluppi di controllo contrattuale, Contratto e Impresa, 1999, 351. "Il vincolo di controllo, derivante dalla spettanza ad una società della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea di un'altra società, non determina di per sè la responsabilità della partecipante per le obbligazioni assunte dalla partecipata, all'uopo occorrendo un "quid pluris", come quando risulti la mera apparenza o comunque il superamento della distinta soggettività dei due enti, con la sostanziale unicità della conduzione dell'attività imprenditoriale nel suo complesso o dello specifico rapporto produttivo di quelle obbligazioni" (Cass. 24 novembre 2005, n. 24834).

[251] Non è peregrino pensare che come si tien conto dei vantaggi compensativi che si realizzano tra le imprese di un gruppo, così si deve tener conto degli svantaggi compensativi imposti dal gruppo. Il problema si è posto in Germania a proposito dell'applicabilità dell'art. 312 dell'Aktiengesetz a relazioni di gruppo di fatto, la norma prevede un obbligo della capo-gruppo di indennizzare la controllata che sopporta sacrifici nell'interesse del gruppo.

diminuendo l'approvvigionamento progressivamente, assorbendone le scorte, anche rapporti di collaborazione molto stretti possono essere gestiti con equilibrio.
L'abuso si può, pertanto, determinare non solo per il comportamento del contraente forte, ma anche per inefficienze di sistema del contraente debole (che in un rapporto di fornitura non fa investimenti e si adagia sul patto di preferenza); nulla esclude che, anche in simili casi, il rapporto di equilibrio venga gestito in base ad un *fair trading* particolare.
Nel momento in cui l'abuso di dipendenza economica si sposta dal mercato al contratto, allineare la situazione di cui all'art. 9 L. 192/98 a quella dell'art. 2359 diventa consequenziale. I contratti di fornitura, specie se di lunga durata e con vincoli unidirezionali, si prestano a creare situazioni di dominio contrattuale (che può essere unito a quello tecnologico ove il contratto abbia ad oggetto un trasferimento di tecnologia). I contratti di distribuzione sono, in determinati casi, rappresentativi di un intensa integrazione, come si è visto in precedenza. Ovviamente, non è tanto la presenza di singole clausole a determinarne (anche una clausola di approvvigionamento esclusivo non lo sarebbe) uno stato di dipendenza, quanto le modalità esplicative della politica commerciale della controllante, la quale si ingerisce nell'amministrazione della "controllata". Queste forme di controllo sono state esaminate dalla giurisprudenza nelle forniture industriali e nelle subforniture, ove il concedente detiene e trasferisce il *know how* , ma è ben possibile ritrovarle in contratti di distribuzione monomarca quando il concedente, ad esempio, attraverso sconti commerciali, vincola le quote di approvvigionamento del distributore, gli impedisce di disallinearsi dalla sua politica dei prezzi e gli preclude scelte alternative. Questo controllo societario si avvicina alla fattispecie della dipendenza economica di cui all'art. 9 della Legge sulla subfornitura industriale (L. 192/98), ma ne ampia lo spettro, perché qui la controllante non solo vincola la controllata, ma ne indirizza anche la politica commerciale.

4 EVOLUZIONE DEL SISTEMA SELETTIVO

4.1 il franchising

Il termine franchising[252] non è indicativo di un preciso tipo contrattuale perché è usato per diverse categorie di contratti di distribuzione e spesso sta per rete distributiva organizzata su un marchio. Nello specifico descrive, in primo luogo, una tecnica commerciale di vendita o, meglio, di marketing, finalizzata a sfruttare, nella distribuzione di beni o nella prestazioni di servizi, i vantaggi del *know how* e del nome del franchisor (si realizza, nella sostanza, un trasferimento di tecnologia finalizzato non alla produzione, ma alla distribuzione). Al pari della distribuzione selettiva[253] rivolge la vendita del prodotto solo al cliente finale ed utilizza una rete di rivenditori indipendenti che si adeguano a standard tecnici/commerciali uniformi. È essenziale che il *brand* abbia un forte valore trainante e che venga trasferito il *know how* (elemento dai più ritenuto l'essenza del contratto). Anche se si raggiungono, a volte, forme esasperate di integrazione commerciale, non sempre rintracciabili nel contratto di contratto di concessione in esclusiva[254], in termini generali, non si può affermare, come caratteristica distintiva, che nel franchising vi sia una diversa integrazione. Certe forme di standard qualitativi e di *corporate identity* di contratti di

[252] Nel mondo anglosassone il franchising è un termine generale corrispondente a quello di dealer agreement, usato per comprendere una rete di distributori.

[253] Il contratto si appropria ed enfatizza alcuni elementi tipici della distribuzione selettiva (standard tecnici, qui contenuti nel cd. manuale operativo, trasferimento di k*now how*, licenza di uso di marchi, insegne, *corporate identity* e struttura reticolare).

[254] BUSSANI, I singoli contratti, Contratti moderni, Torino, 2004. Secondo alcuni la differenza tra franchising e concessione di vendita risiede proprio nel diverso grado di integrazione aziendale. Va però rilevato che l'integrazione dipende soprattutto dal fatto che viene costituita una rete uniforme di distributori. Il grado di integrazione è dato dalla struttura della rete. Non è detto che una rete di concessionari aggregati venga costituita su basi meno stringenti; non è, pertanto, condivisibile l'affermazione che "nel caso della concessione il rapporto contrattuale si arresta ad un generico rapporto di integrazione verticale tra le parti contrattuali che richiede un minor spazio organizzativo da parte del concedente (MONCALVO, op. cit.). Basterebbe esaminare alcuni contratti di concessione di vendita di autovetture per rendersene conto.

concessione in esclusiva hanno la stessa intensità di quelle dei contratti di franchising[255].

Rientrano nel franchising forme di vendita in esclusiva sia di prodotti che di servizi (la concessione di vendita in esclusiva ha, tendenzialmente, per oggetto solo prodotti). Sono utilizzate anche forme di franchising industriale per la produzione di beni o semilavorati o di collaborazione (orizzontale) tra imprese concorrenti: quest'ultima specie è utilizzata nel settore del trasporto aereo ove un vettore usa un marchio e la reputazione di un altro vettore per fornirgli tratte che esso dovrebbe svolgere.

Non è elemento caratterizzante del contratto di franchising il pagamento di royalties al *franchisor*, in quanto anche in alcuni contratti di concessione vengono valorizzati "indirettamente" i vantaggi dell'appartenenza alla rete. In conclusione, la differenza con la distribuzione selettiva è minima e le due tecniche distributive finiscono per sovrapporsi.

Il contratto si è sviluppato nella prassi commerciale: il diritto della concorrenza e dei contratti non hanno potuto che prendere atto, con non poche difficoltà, di questa diffusa pratica commerciale; essa ha ricevuto riconoscimento in Europa con il regolamento 4087/88/CE dopo che la giurisprudenza della Corte CE ne aveva riconosciuto l'ammissibilità[256]. Il regolamento ha offerto sicuri principi generali per redigere il contratto, assicurando una tutela apparsa ai più sin eccessiva[257]. Erano state ritenute di difficile ammissibilità ai fini *antitrust* le clausole in cui l'affiliato non può: a) nominare un ulteriore

---

[255] Per un esame dei tratti comuni alle due fattispecie, v. DELLI PRISCOLI, anche in relazione alla fungibilità delle clausole. Le differenze sembrano limitarsi alla notorietà del marchio ed al *monobrand.* Se una distribuzione selettiva è monobrand la differenza con franchising è solo apparente.

[256] V. caso *Pronuptia de Paris*, Corte CE 28.1.86. In tale decisione si ipotizza una possibile distinzione concettuale tra franchising e contratto di concessione di vendita. Come elementi caratterizzanti del franchising, la Corte individua:

- l'uso dell'insegna del concedente;
- l'applicazione di metodi commerciali uniformi;
- il pagamento di royalties al concedente.

Tali elementi sono tuttavia comuni anche ad altri contratti di distribuzione ove non vengono pagate royalties, ma si pagano, comunque, costi indiretti di appartenenza alla rete.

[257] BARATTA, La compatibilità con il diritto comunitario della concorrenza dei contratti di franchising in materia di distribuzione commerciale, Giust. Civ. 1988, I, p. 15.

affiliato, b) aprire un'altra sede, c) vendere prodotti concorrenti[258] (monobrand). Tutte queste clausole erano state autorizzate in deroga dal regolamento, essendo potenzialmente anticompetitive.
Con la L. 129/04 il contratto ha ricevuto un assetto normativo anche nel nostro ordinamento. Sono previsti obblighi di pre-informazione (simili a quelli della Legge Doubin[259] in Francia) a carico dell'affiliante, al fine di mettere al corrente l'affiliato della effettiva struttura dell'affiliante e delle problematiche che ha generato, in precedenza, detta struttura (devono anche essere indicate le eventuali controversie sul sistema di affiliazione). La reciproca informazione deve essere corretta e veritiera, in caso di gravi reticenze di una parte il controllo può essere annullato ai sensi dell'art. 1439 c.c. (dolo); in realtà l'annullamento, nell'ipotesi considerata, dovrebbe avvenire per errore, in quanto una delle parti si forma un convincimento su una falsa rappresentazione della realtà. Inoltre, l'errore è essenziale, perché cade sull'oggetto del contratto e su circostanze determinanti sul rilascio del consenso.
Il contratto deve avere una base di stabilità minima (tre anni), al fine di permettere l'ammortamento dell'investimento.

[258] V. § 200 delle Guidelines ove si afferma che "un obbligo di non concorrenza relativo a beni o servizi acquistati dall'affiliato non rientra nell'articolo 81, paragrafo 1, quando è necessario per mantenere la reputazione e l'identità comuni della rete di franchising. In tali situazioni anche la durata dell'obbligo di non concorrenza è irrilevante ai sensi dell'art. 81 paragrafo 1, a condizione che essa non superi la durata dell'accordo di franchising". A ben diverse conclusioni si giunge esaminando il dato testuale dell'art. 5 del regolamento 2790/99.
[259] La legge Doubin del 1989 prescrive la formazione di un "Documento di Informazione Precontrattuale" circa gli elementi principali dell'operazione.

5. LA SUBFORNITURA

5.1 la subfornitura: terreno di elezione di una relazione commerciale stabile

Secondo la definizione dell'art. 1 della L. 192/98 (subfornitura):" Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature".

La subfornitura è vista come appalto o somministrazione (il prefisso sub non è rilevante nella lingua italiana in quanto deriva dalla traduzione del termine inglese *subcontracting* che è l'equivalente del nostro appalto), caratterizzata da una subalternità progettuale-tecnologica[260] del fornitore. Il riferimento al fatto che i prodotti od i servizi sono destinati ad essere utilizzati nell'ambito della complessiva attività economica del committente (quindi nel suo ciclo produttivo/distributivo[261]), consente di ricomprendere nella subfornitura sia attività specificatamente rivolte all'interno dell'impresa (e quindi, ad esempio, semilavorati o parti da assemblare), che prodotti o servizi inseribili nel processo aziendale che, in tal modo, viene disaggregato. Si ritiene che non possano rientrare nella subfornitura lavorazioni in serie, essendo caratteristica di queste la produzione di beni o servizi "specifici", lavorazioni che attengono a fasi interne dell'impresa (outsourcing) o contratti di co-design. Non esistono, tuttavia, elementi per confortare tale affermazione, in quanto è pacifico che rientra nella subfornitura la produzione di parti componenti di primo impianto[262] di autovetture

[260] FRIGNANI, Disciplina della subfornitura nella L. 192/98, I contratti, 2/99, 188.

[261] Il termine è qui usato in senso generico, non nel significato di ciclo produttivo ex art. 26 D. lgs. 81/08 (T.U. Sicurezza), ove si allude ad un ciclo sottoposto a controllo diretto del committente.

[262] Il pezzo di primo impianto si differenzia dal pezzo di ricambio per essere destinato alla costruzione del bene nuovo e non al suo ripristino.

che costituisce una produzione in serie ed una fase disaggregata del processo produttivo.
A caratterizzare il rapporto di subfornitura non è la qualificazione soggettiva dell'appaltatore, ma la struttura del rapporto[263]: è subfornitura industriale anche se il fornitore è una azienda di grandi dimensioni che accetta di realizzare parti componenti con le specifiche del committente[264], di trasferire i perfezionamenti al committente che "conserva la proprietà industriale in ordine ai progetti ed alle prescrizioni di carattere tecnico".
Le regole sulla concorrenza hanno previsto tuttavia che deve essere assicurata la possibilità al subfornitore che realizza parti di ricambio per il costruttore, anche se su specifiche di quest'ultimo, di porle autonomamente sul mercato; la disposizione è rintracciabile nel regolamento 2790/99/CE, nella Comunicazione De Minimis e nel regolamento *automotive* 1400/02/CE.
La subfornitura era già stata posta sotto la lente della normativa *antitrus*t[265] con la Comunicazione del 18 dicembre 1978. Ivi veniva esaminata la compatibilità con l'art. 85/1 (oggi, a seguito della rinumerazione, 81/1) TCE di clausole tipiche della fattispecie, quali: il divieto di utilizzo dei dati tecnici e delle attrezzature provenienti dal committente per fini diversi dal contratto;
il divieto di messa a disposizione in favore di terzi dei dati tecnici e delle attrezzature;
l'obbligo di fornire i prodotti solo al committente.

---

[263] È così rilevante la scelta operata dalla parti per motivi di efficienza o generata dal mercato di rendere unidirezionale la fornitura; il fatto che l'acquirente (anche quando è impresa di grandi dimensioni) deduca la non congruita di un recesso di un piccolo fornitore è legata al sistema scelto. Infatti, un'opzione alternativa sul mercato richiede generalmente molto tempo.

[264] Le specifiche tecniche non riguardano le dimensioni, ma aspetti di lavorazione, di qualità e tecnologici non disponibili per il fornitore. All'art. 1, n.2 della direttiva 98/34/CE sulle norme e regolamentazioni tecniche, si precisa che per specificazioni tecniche si intendono "le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove, i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità".

[265] La Comunicazione sulla subfornitura dal 1978 mantiene ancora valore nonostante il regolamento 2790/99/CE ricomprenda anche queste relazioni. Rimangono probabilmente esclusi dal regolamento i casi in cui il committente consegna al fornitore propri stampi od attrezzatura.

Il risultato dell'esame portava ad un giudizio di non applicazione alla subfornitura industriale dell'art. 81 TCE (allora 85) in relazione alla struttura del rapporto, non improntato ad indipendenza relazionale, per cui l'utilizzo di una strategia comune tra Acquirente e Subfornitore diviene elemento naturale del rapporto[266] . Questa impostazione lascia un po' perplessi perchè a risultati opposti è giunta, qualche anno dopo, la Commissione a proposito del contratto di franchising (ove si attua, sostanzialmente, un trasferimento di *know how* al pari della subfornitura), nel quale ha individuato un rapporto di indipendenza tra le parti.

Sotto il profilo civilistico si è voluto distinguere la subfornitura dall'appalto, sul presupposto che la differenza consiste nel fatto che l'appaltatore, dovendo conseguire il risultato dell'opera, deve apportare la sua conoscenza dell'arte e del mestiere, mentre nella subfornitura vi sarebbe un integrale trasferimento della tecnologia dal committente al subfornitore[267]. La problematica non ci sembra affrontabile in questi termini. Infatti, pur essendo, nel contratto di subfornitura, il fornitore del bene o del servizio debitore della tecnologia, il medesimo rimane un tecnico che deve raggiungere il risultato prefissato nelle specifiche tecniche: il costruttore potrà indicare al fornitore le tolleranze che ammette, ma il fornitore dovrà pur sempre attuare un processo produttivo idoneo a raggiungerle. In sostanza, il fornitore riceve tecnologia altrui, ma non abdica alla sua capacità tecnica, che rimane fondamentale (così come l'appaltatore non abdica alla sua capacità tecnica quando riceve il progetto dell'opera, dovendo essere in grado di valutare la validità dell'opera). L'utilizzazione di specifiche (o specificazioni) tecniche formate dall'acquirente e non dal fornitore, consente di raggiungere un altro risultato[268]: rimangono escluse dalla fattispecie una serie di relazioni. Infatti, viene rilevato che le specifiche tecniche (v. nota 264) sono legate alla lavorazione dei prodotti, cioè alle modalità realizzative della prestazione; non rientrano, pertanto, nell'ambito della subfornitura quelle relazioni ove le istruzioni del committente riguardano semplicemente standard di qualità, proprietà d'uso ed altre caratteristiche del prodotto; rientrano, invece, quelle relazioni dove le

---

[266] V. PARLAMENTO EUROPEO, petizione 0368/2007 del sig. Wendhausen, parere della Commissione, sul web.

[267] Trib. Bari, 13 luglio 2006, 1947.

[268] BERTI – GRAZZINI, La disciplina della subfornitura nelle attività produttive, Milano, 2003, 33.

istruzioni contengono istruzioni sulla progettazione o sulle modalità di esecuzione[269].

Va, infine, precisato, riprendendo la tematica *antitrust* sulla naturale dipendenza del subfornitore che, ed è questo il punto di maggior interesse, una relazione particolarmente intensa come la subfornitura, specie per l'unidirezionalità della fornitura, è il terreno di elezione di una situazioni tra imprese con forza diseguale, in stato di dipendenza economica. Certamente non solo il fornitore potrebbe essere messo in difficoltà da comportamenti scorretti della controparte, anche l'acquirente (assemblatore o realizzatore del prodotto finito), specie nelle moderne forme di fornitura *just in time* (senza scorte) potrebbe risentire di improvvise interruzioni del rapporto, se non avesse la possibilità di forniture alternative.

Si sovrappongono, in questa fattispecie, gli elementi della relazione commerciale di durata, dell'incompletezza dei contratti, dell'assenza di regole derivanti dagli usi o da codici comportamentali, dell'insufficienza della clausola generale della buona fede, della necessità della congruità del preavviso per l'interruzione del rapporto, della dipendenza relazionale. Tutti elementi già esaminati in precedenza.

La subfornitura è diventata un'area in cui la giurisprudenza domestica è intervenuta con contrastanti decisioni, non avendo acquisito la sensibilità del giudice francese per applicare ai contratti di distribuzione le stesse regole. L'esame della fattispecie della subfornitura e la descrizione operata dall'art. 1 della l. 192/98 ci porta, da una parte, a ritenere che lo schema della fornitura sia difficilmente riproducibile in un contratto di distribuzione, essendo un modello ritagliato sul decentramento produttivo, ove il produttore opera come *assembler*, utilizzando prodotti intermedi realizzati da altri fornitori (cd. integrazione a monte), dall'altra che il fenomeno dell'integrazione verticale (a monte od a valle) produce regole comuni alla subfornitura ed ai contratti di distribuzione[270].

---

[269] CASELLI, Osservazioni alla L. 18 giugno 1999, n. 192, Contratto e Impresa 1998, III, 1304.

[270] RUSSO, Imprenditore debole, imprenditore persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto, in Contratto e Impresa 2009, rileva come terreno di elezione della norma dell'art. 9 L. 192/98 è il decentramento produttivo.

La giurisprudenza italiana[271] (ed in particolare quella del tribunale di Roma) ha iniziato a configurare i rapporti di distribuzione di autovetture come rapporti di subfornitura, nell'intento di assicurare maggior tutela alla parte debole. Questa giurisprudenza segue quella tedesca, ove il distributore integrato è di norma visto come un subfornitore. Come la giurisprudenza italiana anche quella tedesca usa questo schema per verificare la congruità del periodo di preavviso, cioè se il periodo è compatibile con lo sviluppo della relazione. Ciò vuol dire che il periodo di preavviso può essere ritenuto congruo anche nel caso in cui non consente l'integrale ammortamento degli investimenti, ma, comunque, non viene pregiudicata la libertà di scelta del distributore.

[271] Il ragionamento vale in via teorica in quanto nella giurisprudenza tedesca è quasi automatico applicare la struttura della subfornitura e della dipendenza economica al contratto di distribuzione.

6. LE CLAUSOLE PIÙ RICORRENTI NEI CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE,

6.1 la clausola di esclusiva.

La clausola di esclusiva è posta nell'interesse del concedente o del distributore o di entrambi. Nel primo caso, il distributore si impegna a non vendere prodotti concorrenti nella zona assegnata. Nel secondo, il concedente si impegna a vendere i prodotti contrattuali nella zona assegnata solo al concessionario. Nel terzo caso gli impegni sono reciproci. La nostra giurisprudenza afferma che l'esclusiva è un elemento accessorio al contratto di concessione di vendita[272] e la mera assegnazione dell'esclusiva di zona non fa anche presumere un'esclusiva del prodotto in capo al concessionario[273]. La clausola è variamente configurata; secondo una tesi essa deriverebbe da un mandato del concedente[274]. Va, tuttavia, rilevato che, a tale risultato, si perviene dando al concetto di contratto di concessione di vendita un significato ampio; la clausola di esclusiva, in realtà, identifica il contratto di concessione in esclusiva, quindi un tipo contrattuale bene definito.

La clausola di esclusiva applicata al contratto di distribuzione non costituisce, in genere, una pattuizione autonoma ai sensi dell'art. 2596 c.c., soggetta al limite quinquennale di durata ivi previsto. La questione è, tuttavia, abbastanza incerta perché, di recente, la S.C. ha ritenuto che sia, comunque, necessario un esame nel merito della clausola sulla base delle caratteristiche del contratto, non potendosi escludere che essa, pur inserita nel contratto, abbia valenza autonoma[275] . La clausola pone problemi anche sotto il profilo della concorrenza in quanto l'esclusiva di prodotto rientra nelle clausole di non concorrenza, cioè, nelle clausole che regolano l'approvvigionamento del distributore presso il concedente del prodotto contrattuale[276]. Nel Regolamento 2790/99/CE sono ritenute

---

[272] Sulla clausola di esclusiva come clausola meramente accessoria al contratto di distribuzione e non caratterizzante: Cass. SS. UU. 4 maggio 2006, 10223; Cass. 6819/94. [273] V. Cass. 6819/94.

[274] Il contratto, con il quale un imprenditore concede ad altro imprenditore la distribuzione e rivendita in esclusiva dei propri prodotti in una determinata zona, fa insorgere a carico del primo obbligazioni (assimilabili a quelle del mandante) da eseguirsi presso la sede del secondo (Cass. SS. UU. 1 marzo 1988, 2156).

[275] V. Cass. 1238/2000.

[276] Cfr. § 119, n° 4 delle Guidelines: "gli accordi di esclusiva sono in linea di massima più dannosi per la concorrenza rispetto agli altri tipi di accordi. Gli accordi

illecite clausole di approvvigionamento di quantità superiori all'80% del fabbisogno del distributore della durata superiore a cinque anni.

6.2 le clausole di fatturato minimo.

Sono frequentemente utilizzate clausole con cui si impone al distributore di raggiungere obiettivi minimi di fatturato, trasformando l'obbligazione di mezzi del concessionario in obbligazione di risultato. Nel regolamento *automotive* 1400/02/CE sono previsti meccanismi arbitrali per determinare i c.d. *target di vendita*. Rimangono, tuttavia, molte perplessità sulla validità di queste clausole, tanto che, non infrequentemente, si introducono fasce di tolleranza per evitare che una piccola differenza prestazionale possa poi portare allo scioglimento del contratto, anche in presenza di un adeguato comportamento del distributore. Molte volte il deficit prestazionale è ascrivibile ad elementi esterni al distributore e non dal medesimo controllabili: ad esempio la presenza di una situazione di mercato recessiva[277].

6.3 le clausole sulla determinazione dei prezzi.

È frequente il caso in cui le parti fissano, almeno in termini generali, i prezzi di rivendita. Al distributore è generalmente richiesto di praticare i prezzi del listino clienti fornito dal produttore. Il prezzo di acquisto del distributore è generalmente calcolato attraverso uno sconto prefissato sul prezzo di listino[278]. Sono anche praticate clausole di "*price protection*" nel caso di eccessiva oscillazione dei listini al ribasso.
Il concedente non può fissare, direttamente od indirettamente, i prezzi della rivendita perché in tal modo verrebbe a limitare l'autonomia del concessionario e, di conseguenza, impedita la concorrenza intrabrand. Secondo una giurisprudenza abbastanza singolare, si determinerebbe la nullità dell'intero contratto in relazione al meccanismo della

---

di esclusiva prevedono espressamente o hanno come effetto che una delle parti soddisfi la totalità o la quasi totalità del suo fabbisogno presso l'altra parte".

[277] V. Corte CE, causa C- 230/96 del 30 aprile 1998, in relazione alle necessità che queste clausole non esprimano strettamente risultati prestazionali.

[278] Cass. 3435/82.

applicabilità diretta delle norme del Trattato con efficacia diretta ed, in particolare, dell'art. 81 TCE[279]. La tesi è però recessiva.
La tematica della fissazione dei prezzi della rivendita è stata esaminata a proposito della relazione tra concedente e distributore in una relazione verticale. Sono stati esaminati casi in cui il concedente fissa il prezzo minimo di rivendita e casi in cui fissa quello massimo[280]. La fissazione di un prezzo minimo è stata ritenuta fortemente anticompetitiva. Attraverso la fissazione di prezzi minimi il produttore cerca di imbrigliare la rete di vendita, riducendo ogni possibilità di concorrenza tra i distributori, limitando la possibilità di sconto e aumentando la possibilità di creare cartelli. La possibilità di imporre pezzi massimi è desumibile dal regolamento 2790/99/CE[281].

---

[279] Trib. Milano, 13.11.89, Giur. Merito, 1991, 1078. La giurisprudenza comunitaria tende, invece, a salvaguardare le parti del contratto non affette da nullità, conservando il contratto.

[280] V. risposta data dal Commissario Monti a nome della Commissione il 14 giugno 2002, sul web: "La Commissione ritiene che i prezzi indicativi apposti sui libri possano costituire, a seconda delle circostanze del caso, una restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE. (1) La Commissione ha tuttavia più volte ribadito , conformemente alla giurisprudenza, ed in particolare alla sentenza della Corte nella causa «Leclerc» del 10 gennaio 1985, di non avere nulla in contrario alla fissazione dei prezzi dei libri a livello nazionale mediante accordi, fintantoché tali accordi non pregiudicano sensibilmente gli scambi tra gli Stati membri (3). D'altro canto, gli accordi nazionali di fissazione dei prezzi potrebbero costituire una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza poiché queste ultime, seppur concepite in conformità degli articoli 81 e 82 del trattato CE, non contemplano il criterio del pregiudizio degli scambi intracomunitari. Questo vale anche per l'articolo 6 della legge svedese in materia di concorrenza. Tuttavia, anche qualora i tribunali nazionali decidano di applicare direttamente gli articoli 81 e 82 del trattato CE agli accordi nazionali riguardanti la fissazione dei prezzi dei libri, questi sono invariabilmente vincolati alla giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia europea.

[281] La giurisprudenza della Corte CE giudica la fissazione del prezzo di rivendita una *hard core restriction*, tuttavia ammette clausole con le quali il produttore impone il prezzo massimo di rivendita al concessionario: generalmente coincidente con il prezzo di listino al cliente finale. In linea teorica se il fornitore fissa il prezzo di rivendita riduce od elimina l'indipendenza decisionale del distributore; fissando un prezzo massimo gli concede un ridotto spazio discrezionale che oscilla tra il prezzo che paga al costruttore (listino - sconto) e quello della rivendita (listino). In tal senso, la pratica non si presenta come anticompetitiva, salvo che, attraverso elementi indiretti, ad esempio un margine del dealer molto basso o molto segmentato, si ottenga il risultato di creare un prezzo fisso di vendita.
V. § 47 Guidelines, " La restrizione grave di cui all'articolo 4, lettera a) del regolamento di esenzione per categoria riguarda l'imposizione di prezzi di rivendita, ossia gli accordi o pratiche concordate volti a stabilire, direttamente o

6.4 il patto di riservato dominio.

La problematica ha avuto notorietà in seguito ad alcune sentenze della Cassazione che hanno ritenuto il contratto di concessione di vendita meramente programmatico (contratto quadro) con la conseguenza che le clausole di riserva di proprietà dei beni venduti ivi contenute non potevano essere opposte al fallimento del distributore, essendo necessaria la riproduzione della clausola anche nelle vendite esecutive, non verificandosi un meccanismo automatico di inserimento. Attualmente, il problema può (probabilmente) porsi in termini diversi, a seguito dell'introduzione dell'art. 11 del D. Lgs. 231/02 che prevede che la clausola di riserva di proprietà debba essere preventivamente concordata per iscritto e trasposta nelle fatture. È

---

indirettamente, un prezzo di rivendita fisso o minimo o un livello di prezzo fisso o minimo che deve essere rispettato dall'acquirente. In caso di disposizioni contrattuali o pratiche concordate che stabiliscono direttamente il prezzo di rivendita la restrizione è palese, ma tale imposizione può anche essere attuata in modo indiretto. Esempi di quest'ultimo caso sono: gli accordi che fissano il margine del distributore, o il livello massimo degli sconti che il distributore può praticare a partire da un livello di prezzo prescritto; la subordinazione di sconti o del rimborso dei costi promozionali da parte del fornitore al rispetto di un dato livello di prezzo; il collegamento del prezzo di rivendita imposto ai prezzi di rivendita dei concorrenti; minacce, intimidazioni, avvertimenti, penalità, rinvii o sospensioni di consegne o risoluzioni di contratti in relazione all'osservanza di un dato livello di prezzo. Gli strumenti diretti o indiretti per fissare i prezzi possono essere resi più efficaci se combinati con altre misure volte a individuare i distributori che praticano riduzioni, come l'attuazione di un sistema di controllo dei prezzi, o l'obbligo, per i dettaglianti, di riferire in merito ai membri della rete di distribuzione che si discostano dal livello di prezzo standard. Analogamente, la fissazione diretta o indiretta dei prezzi può essere resa più efficace in combinazione con misure volte a ridurre gli incentivi per l'acquirente a ridurre il prezzo di rivendita, ad esempio quando il fornitore stampa un prezzo di rivendita raccomandato sul prodotto o obbliga l'acquirente ad applicare una "clausola del cliente più favorito". Gli stessi mezzi indiretti e le stesse misure di "sostegno" possono essere impiegati per trasformare i prezzi massimi o raccomandati in prezzi di rivendita imposti. Si considera tuttavia che la comunicazione da parte del fornitore all'acquirente di un listino di prezzi raccomandati o massimi non comporti, di per sé, alcuna imposizione di un prezzo di rivendita".

In U.S.A., con il caso Albrecht del 1968, la Corte Suprema aveva ritenuto la pratica del prezzo massimo lesiva della libertà del dealer, il quale avrebbe potuto non riconoscere l'imposizione del prezzo fisso. Nel 1997, il precedente è stato "overruled".

Nella battaglia tra produttori e dealer, questi ultimi si erano battuti per il divieto del maximum retail price che appariva uno strumento per ridurre i loro profitti.

Evidentemente, nella decisione del 1997 ha inciso l'interesse del consumatore ad acquistare un prodotto i cui prezzi sono controllati dal produttore.

vero che la fattura nel nostro ordinamento ha mero valore fiscale, ma sembra di cogliere, nella richiamata normativa, l'esigenza di una speditezza dei traffici commerciali e della semplicità ed uniformità delle procedure. Il ricorso alle formalità richieste dalla normativa domestica appare poi necessario per opporre la clausola ai terzi, ad esempio ai clienti del distributore, in quanto non è pensabile che essi debbano consultare le fatture di acquisto del medesimo. Peraltro, i clienti farebbero anche affidamento sul fatto che la rivendita, da parte del distributore, di un bene solo detenuto, ma ancora vincolato alla riserva di proprietà, costituirebbe un illecito ed a tanto non si espone, generalmente, un commerciante.

6.5 le vendite attive e passive.

Sono considerate vendite attive le vendite che il distributore esegue operando al di fuori della zona assegnata o della sede, svolgendo attività mirata a procurarsi nuovi clienti. Sono considerate vendite passive[282] le vendite che il distributore esegue entro la sua zona o presso la sua sede, senza averle provocate. Le vendite passive sono essenziali ai fini *antitrust* nei contratti di distribuzione, in quanto consentono ai clienti finali di disporre di ulteriori canali di acquisto, di operare nel contesto di mercato unico comunitario e di sfruttare le differenze dei prezzi che si verificano nei vari mercati. Secondo l'art. 4 b) del regolamento 2790/99/CE sulla intese verticali non sono ammesse clausole limitative sul territorio ad eccezione, tra altre, dell'esclusione delle vendite attive in un contratto di distribuzione in esclusiva. Si ritiene che questa eccezione sia riferita solo alla fattispecie della distribuzione esclusiva. In realtà però gli schemi contrattuali possono essere diversi e non sembra giustificato - come si dirà oltre a proposito del commento del regolamento 2790/99 - che solo nel caso della distribuzione esclusiva si possano impedire le vendite attive. Peraltro, la distrinzione tra vendite attive e passive è spesso poco chiara, basta pensare alle vendite tramite portali internet. Esse sono giudicate vendite passive se non sono indirizzate a specifici clienti, ma in realtà, specie per i meccanismi di sollecitazione dei portali, si traducono in mezzi di sollecitazione attiva ("moreover, the distinction between active and passive sales is arbitrary: KORAH-O'SULLIVAN, Distribution agreements under the competition rules, Oxford, 2002, 192).

[282] Nel sistema di distribuzione esclusiva, il distributore autorizzato può vendere agli operatori "non autorizzati", ossia a rivenditori indipendenti, supermercati o operatori su Internet.

6.6 il tying – le vendite abbinate

Si tratta di forme di vendita in cui un prodotto che ha accoglienza sul mercato funge da traino per un altro prodotto non richiesto dal distributore; nel caso venga imposta dal fornitore una vendita abbinata, si realizza una intesa illecita ai sensi dell'art. 81/1, lettera e) TCE. È significativo che nel regolamento di distribuzione delle vetture (1400/02/CE) gli sconti ed i bonus accordati dal produttore al distributore non possono considerare unitariamente (come base di calcolo) vetture e ricambi, di modo che un prodotto traini forzatamente l'altro.

Si parla di *tying* anche quando il produttore blocca un mercato secondario attraverso forme "selettive" di distribuzione: nel caso Kodak[283], discusso avanti alle corti americane, il costruttore di fotocopiatrici non riforniva di pezzi di ricambio l'aftermarket, ma solo la propria rete assistenza. A causa dell'alto costo di sostituzione del prodotto il consumatore era impossibilitato a cambiare investimento e Kodak finiva per riuscire a controllare anche il mercato dell'assistenza post-vendita, pur non avendo un forte potere di mercato sul medesimo. Il mercato era ristretto a quello del prodotto.

Un problema di *tying* si è posto a proposito delle extended warranties (E.W.)[284] proposte dai produttori. Le E.W. sono forme di garanzie a

[283] V. Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, Milano, 1998 e Bruxelles, pg. 33. Si tratta del caso Eastman Kodak Co. Vs. Image Technical Service.

[284] Diverso problema è quello della natura della E.W.. Secondo alcuni hanno natura assicurativa in conseguenza della aleatorietà del contratto di riparazione, del tutto simile a quello di assicurazione. La tematica non è nuova perché da tempo le assicurazioni rilasciano polizze guasti (alcune polizze Kasko comprendono il guasto meccanico, pagando il costo della riparazione) e gli stessi costruttori di vetture inseriscono nelle loro E.W. polizze assicurative per il soccorso stradale creando prodotti misti.

Le E.W. rilasciate dai costruttori di beni si configurano generalmente come una fornitura di servizi, imponendo al cliente una serie di operazioni, quali esami, test e controlli, ulteriori rispetto a quelli richiesti dalla manutenzione ordinaria.

Nel nostro ordinamento, quanto precisa l'art. 6 del regolamento ISVAP sull'art. 2 del D. Lgs. 209/95 (Codice delle assicurazioni) a nostro giudizio non elimina la possibilità del costruttore di creare E.W.. Infatti, ivi si prevede che non costituiscono attività assicurativa le prestazioni di manutenzione offerte dal venditore di beni di consumo se si è in assenza degli elementi tipici del rapporto assicurativo: a) organizzazione imprenditoriale basata sulla comunione di rischi, b) determinazione del corrispettivo su basi tecnico-assicurative. Il costruttore della vettura non opera né con una organizzazione come prevista alla lettera a), né effettua una valutazione del rischio come previsto alla lettera b).

pagamento per periodi successivi a quello della garanzia legale. Essendo a pagamento non rientrano tra le garanzie della vendita. I vincoli anticompetitivi derivano dal fatto che con esse il costruttore lega il cliente finale per lunghi periodi e mette fuori gioco le officine indipendenti. In tali garanzie generalmente si prevede l'uso esclusivo di pezzi di ricambio originali.
Ha suscitato un certa perplessià il rigore con la quale la Commisssione, nei confronti di *Microsoft* ha usato il concetto di tying: il prodotto subalterno è un prodotto che presuppone una tecnologia comune (" The Commission is concerned that through the tying, Microsoft shields Internet Explorer from head to head competition with other browsers which is detrimental to the pace of product innovation and to the quality of products which consumers ultimately obtain").

6.7 la clausola inglese

In base a tale clausola l'acquirente deve riferire al fornitore di eventuali offerte di prodotto migliori e può accettarle solo dopo che il fornitore dichiara di non poter eguagliare la migliore offerta[285].

6.8 l'availability clause

Clausola che consente al distributore di poter disporre per soddisfare una domanda in tal senso dell'intera gamma di prodotti del fornitore; la clausola rafforza la circolazione dei prodotti, sfruttando diversità di prezzi, con beneficio del consumatore. È utilizzata nei contratti di

---

Certo il costruttore non è il venditore diretto del bene di consumo. Tuttavia il medesimo può essere indicato come il primo anello della catena di vendita, tant'è che l'azione di regresso del consumatore perviene, in ultima istanza, al medesimo. Non è quindi un terzo estraneo al rapporto che opera come professionista.

[285] Dal glossario della DG Concorrenza (2002), si ricava: Clausola inglese, Accordo contrattuale concluso nel contesto di accordi di monomarchismo tra un fornitore e il suo cliente (ad esempio, un dettagliante), che permette a quest'ultimo di acquistare un determinato prodotto da altri fornitori a condizioni più favorevoli, a meno che il fornitore «esclusivo» non accetti di fornire il prodotto alle stesse condizioni. Malgrado la maggiore libertà di concludere contratti di cui gode il cliente, le cosiddette «clausole inglesi» tendono ad aumentare la trasparenza tra fornitori concorrenti e dunque a facilitare la collusione, in particolare qualora tali clausole obblighino il cliente a rivelare al proprio fornitore «esclusivo» il nominativo della fonte alternativa. Per questo motivo per valutare la conformità alle regole della concorrenza delle «clausole inglesi» occorre considerare le specifiche circostanze del caso in oggetto.

distribuzione delle autovetture ed è prevista nel regolamento 1400/02/CE.

6.9 la location clause

La clausola obbliga il distributore a non aprire nuove sedi al di là di quelle possedute. La clausola incide sull'autodinamismo della rete selettiva, imponendo la presenza dei distributori anche nelle zone più lucrose. Nel caso *Hasselblad* (Corte CE 1984), si è ritenuta anticompetitiva una clausola con cui il produttore vietava, in un sistema selettivo, al distributore di stabilirsi nel luogo che riteneva più soddisfacente. In quel caso ha inciso la valutazione del mercato. Nelle Guidelines[286] non vi è un divieto assoluto della clausola. Il divieto è ripreso di recente nel regolamento 1400/02/CE sulla distribuzione dei veicoli, tuttavia la clausola è ricorrente nei contratti di franchising.
A ben vedere la clausola riproduce una situazione analoga al divieto delle vendite attive, apparendo questa una modalita per sviluppare vendite al di fuori dello stabilimento originario (cfr. § 50 Guidelines a proposito della descrizione delle attività che esprimono le vendite attive, ove di fa riferimento a forme pubblicitarie mirate "oppure all'apertura di un deposito o punto vendita all'interno di un territorio esclusivo di un'altro distributore").

6.10 l'esclusiva aperta

La rete è strutturata in modo che il distributore, oltre che le vendite passive può evadere, sempre se non sollecitato, anche gli ordini provenienti da zone riservate all'esclusiva di altro distributore della rete.

6.11 la preinformazione sulla struttura del contratto e posizione delle parti.

Tale questione si è recentemente posta nella normativa sul franchising. Nasce da una regola applicata ai contratti di distribuzione in Francia (cd. legge Doubin) la quale impone al concedente di fornire al distributore una informazione preliminare sugli elementi essenziali del contratto e sulla qualità del concedente, dopodichè vengono messi a disposizione del concessionario licenza, marchio, insegne e *know how*[287].

---

[286] Nelle Guidelines tale meccanisno (*location clause)* è consentito anche in un sistema selettivo (v. § 54).

[287] All'art. 4 della legge sul franchising si afferma che: "1. Almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere,

7. ANTITRUST E MERCATO.

7.1 workable competition

Va precisato che l'obiettivo della Commissione è quello (diversamente da quello dei singoli Stati membri[288]) di favorire l'integrazione[289] del mercato unico[290], un'efficiente allocazione delle

---

corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto: *a)* principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; *b)* l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; *c)* una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; *d)* una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; *e)* l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; *f)* la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy".*

[288] Per un esame del requisito dell'integrazione del mercato comunitario è interessante esaminare un passaggio del caso *Grundig (1966)*, ove la Corte CE afferma: "un'accordo fra produttore e distributore che tende a reintrodurre divisioni nazionali nel commercio fra Stati membri è tale da frustrare il più fondamentale obiettivo della Comunità. La parcellizzazione del mercato non interviene tuttavia solo in relazioni a scelte delle imprese, ma può essere occasionata da situazioni contingenti presenti nei mercati nazionali".
Le autorità nazionali ovviamente non tendono a considerare il requisito della integrazione del mercato comunitario allo stesso modo della Commissione, ma valorizzano gli effetti dell'intesa sul mercato nazionale.

[289] Si è notato che tale caratteristica, unita alla particolare idoneità delle restrizioni verticali a compartimentare i mercati, hanno fatto sì che la Commissione interpretasse il divieto di cui all'art. 81 in modo significativamente ampio, nel nome della tutela della "libertà economica" delle imprese. Il (presunto) raggiungimento del fine dell'integrazione dei mercati, unitamente all'esigenza di una revisione di una politica ritenuta ormai vetusta, ha determinato un sostanziale cambiamento della posizione della Commissione, la quale ha potuto finalmente dare il via ad una politica attenta a considerazioni di tipo economico o, meglio, di tipo razionale. In particolare, v. AMATO, Il potere e l'antitrust, Bologna, 1998, p. 49.

[290] V. art. 3 TCE: "Ai fini enunciati all'art. 2, l'azione della Comunità comporta (…)
b) una politica commerciale comune; c) un mercato interno caratterizzato

risorse, una concorrenza effettiva ed il benessere dei consumatori[291] (v. art. 98 TCE: Gli Stati membri agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorevole ad un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'art.4). Tale obiettivo, pur diretto al mercato, finisce per avvantaggiare indirettamente le stesse imprese[292] (l'obiettivo delle norme sulla concorrenza non è, dunque, autonomo, ma strumentale e funzionale a quello di unificare i diversi mercati nazionali in un mercato unico con caratteristiche analoghe a quelli interni dei paesi membri); esse, in conseguenza, si trovano ad operare su un mercato più vasto, con regole comuni, senza barriere all'entrata, ove circolano liberamente le merci. Non sarebbe concepibile una situazione di benessere dei consumatori e di efficiente allocazione delle risorse in presenza di un mercato poco competitivo, dominato da una o da un ristretto numero di imprese che si coordinano. Nel ciclo produttivo i

---

dall'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, persone, servizi e capitali" (...); g) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno. All'art. 2 si precisa che "la Comunità ha il compito di promuovere, nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune (…)".
Secondo la prevalente dottrina le espressioni: mercato comune, mercato interno e mercato unico sono equivalenti, v. TESAURO, Diritto Comunitario, Padova, 2008, 392.

[291] V. Trib. CE 29 settembre 2006 *Glaxo*, T-168/01, "la finalità assegnata all'art. 81 TCE, che costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, in particolare per il funzionamento del mercato interno, è di evitare che determinate imprese, attuando una restrizione alla concorrenza tra loro o nei rapporti con i terzi, riducano il benessere dei consumatori del prodotto finale.
La tematica di una efficienza allocativa non attiene alla distribuzione delle risorse sotto un profilo politico-sociale, ma riguarda il mercato.
Si è peraltro notato che benessere del consumatore sta per efficienza del sistema economico e del mercato ("whereby goods are produced in such quantities as fulfill demand precisely"). Non si rinvengono, pertanto, connotazioni sociali al concetto. Si raggiungerebbe una efficienza allocativa anche nel caso in cui i produttori raggiungano un vantaggio economico maggiore del pregiudizio arrecato ai consumatori.

[292] Per impresa si intende nel diritto comunitario della concorrenza qualsiasi entità che esercita attività economica a prescindere dallo stato giuridico di detta entità. Il fatto che si focalizzi su un concetto meramente economico comporta che sono considerate un'unica impresa società controllanti e controllate (v. regolamento 2790/99/CE, art. 11/2).
Le imprese sono i soggetti destinatari delle norme sulla concorrenza, la normativa sulla libera circolazione delle merci è, invece, indirizzata agli Stati.

produttori intrattengono relazioni verticali[293] con i fornitori di componenti o gli altri input produttivi nell'ambito di catene di approvvigionamento sempre più complesse. Nella fase distributiva la maggior parte dei produttori si avvale di distributori specializzati per raggiungere i consumatori finali, rinunciando alla distribuzione diretta. Questi rapporti verticali di distribuzione sono necessari per assicurare una distribuzione efficace dal momento che, generalmente, il produttore non dispone delle competenze e conoscenze necessarie per affrontare il mercato ed assicurarsi una presenza capillare a livello locale. Al contempo però questi sistemi distributivi possono provocare una partizione del mercato e barriere all'entrata per i concorrenti[294]. Gli effetti anticoncorrenziali delle restrizioni verticali sono insignificanti sui mercati concorrenziali, nei quali tali restrizioni tendono a potenziare l'efficienza economica e recano beneficio ai consumatori; hanno effetti anticoncorrenziali su quei mercati ove la concorrenza tra marchi è debole e vi sono ostacoli all'ingresso. L'esame *ex ante* della singola restrizione (valutazione "per se") non è immediatamente indicativa di un effetto anticompetitivo. Essa, considerata singolarmente od in combinazione con altre, va valutata e calata nel contesto economico del mercato: appare, pertanto, necessario verificare l'impatto sul mercato dell'accordo piuttosto che la sua forma. Inoltre, è necessario considerare l'utilità di restrizioni quando: a) favoriscono, proteggendoli, gli investimenti materiali ed immateriali ed, in sostanza, l'efficienza della prestazione del distributore[295]; b) sono necessarie per sostenere il distributore quando deve aggredire un nuovo mercato o lanciare un nuovo prodotto.

Occorre quindi effettuare un complessivo esame[296] dell'oggetto della restrizione e dell'effetto della medesima, tranne il caso in cui il primo sia già preclusivo di ulteriori indagini, apparendo irrimediabilmente anticompetitivo.

---

[293] Cioè tra imprese che operano a diverso livello di mercato, ad esempio: produzione e distribuzione.

[294] Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria.

[295] Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria.

[296] Al § 116 delle Guidelines vengono individuate n. 8 situazioni di efficienza delle restrizioni verticali: 1) risolvono problemi di parassitismo tra imprenditori; 2) aiutano ad entrare in nuovi mercati, 3) risolvono il problema del parassitismo di certificazione (qualità del punto vendita); 4) facilitano investimenti specifici, 5) consentono il trasferimento di know how, 6) consentono di sfruttare al meglio economie di scala; 7) consentono di superare imperfezioni del mercato dei capitali (ad es. difficile accesso al credito bancario); 8) contribuiscono all'uniformità ed alla standardizzazione della qualità.

La Commissione ha impostato la sua politica della concorrenza sul concetto fondamentale di concorrenza efficace sul mercato (*workable*[297]). L'enunciazione di questo concetto risale al celebre caso

---

Rileva BRUZZONE, Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali, Mercato, concorrenza, regole, 2000, che la teoria economica individua numerose possibili giustificazioni in termini di efficienza alle intese verticali. Esse possono contribuire a ridurre i costi di transazione nei processi di produzione e distribuzione. Possono modificare gli incentivi dei soggetti in modo da aumentare il surplus totale: esemplare è il caso di fissazione da parte del fornitore dei prezzi massimi di rivendita ai fini di correggere fenomeni di doppia marginalizzazione che comporterebbero per gli acquirenti prezzi finali più alti e minori quantità disponibili. In termini di efficienza si valuta anche la protezione dei rivenditore da fenomeni di free riding da parte di fornitori concorrenti che non sono soggetti a standard.

[297] L'elaborazione del concetto di "*workable competition*" si deve a CLARK (Toward a concept of a workable competition, The american review, 1940). Esaminando le imperfezioni che si verificano sul mercato affermava che non necessariamente esse sono da eliminare perché possono essere corrette da altre. Il modello di riferimento è il mercato perfetto (cd. Pareto-ottimale) ove si sviluppa una gara (lotta) tra più soggetti in condizioni ideali [la singola impresa è influenzata dal prezzo (*price-taker*), esistono prodotti sostitutivi, non vi sono barriere all'entrata ed alla uscita, le risorse impiegate godono di mobilità assoluta, vi è un forte scambio informativo]. Nel modello della "*workable competition*" dunque vengono accettate imperfezioni di mercati (anche monopolistici od oligopolistici) in un'ottica di efficienza empirica di funzionamento del mercato. Il modello è rintracciabile in numerose sentenze della Corte CE, tra le quali *Continental Can* (1979), ove si afferma che, pur su piani diversi, gli articoli 85 ed 86 mirano allo stesso scopo, cioè a mantenere un'efficace concorrenza nel mercato comune e *Metro* I (1977) ove si afferma che "la concorrenza non falsata di cui agli articoli 3 e 85 del trattato implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace *(workable competition*) cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del trattato, in particolare la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno".
Una teoria complementare è quella del *mercato contendibile*. L'eliminazione delle barriere tra i mercati domestici tende a favorire l'ingresso di maggiori operatori ed il mercato presenta maggiore concorrenza: il mercato è contendibile quando non esistono barriere all'entrata ed all'uscita e l'impresa monopolista od oligopolista teme, comunque, l'ingresso dei concorrenti, chiamati da una profittabilità superiore a quella normale (BAUMOL, PANZAR, WILLING, Contestable markets and theory of industry structure, 1982). In tale situazione il mercato è influenzato anche dall'esistenza di una minaccia di concorrenza. Infatti, se un altro soggetto avesse la possibilità di entrare in un mercato monopolistico con una nuova impresa il comportamento del monopolista cambierebbe e diventerebbe più simile a quello di un produttore in concorrenza perfetta. Una simile evenienza avviene in un mercato contendibile, ove il potenziale concorrente, detentore di una tecnologa simile a quella del monopolista, può entrare molto rapidamente sul mercato.

Metro[298]. Si parte dalla constatazione che la struttura del mercato non corrisponde ad una situazione di mercato perfetto, concorrenziale, nel quale nessuna impresa è in grado di influenzare il comportamento delle altre od aumentare il proprio benessere senza influire sulla posizione di altre, i consumatori possono comperare i prodotti al loro costo di produzione e si sviluppa una perfetta efficienza allocativa sul mercato. In un mercato statico con queste caratteristiche ideali i costi tendono al minimo, operano numerose imprese, vi sono prodotti sostituibili. Raramente il mercato presenta però questa forma ideale, generalmente tende a strutturarsi come oligopolio: in questa forma il mercato è costituito da poche imprese di grandi dimensioni[299].

---

[298] Al § 21 della sentenza *Metro*, Corte CE 13 genn. 1994, C-376/92, si è affermato: "e' esatto che, in simili sistemi di distribuzione, l'accento non cade in genere esclusivamente né essenzialmente sulla concorrenza dei prezzi; ciò avviene in particolare allorché, come nella fattispecie, l'ammissione alla rete di vendita è subordinata a condizioni che vanno oltre le esigenze di una distribuzione dei prodotti conforme alla loro natura; la concorrenza dei prezzi, pur se importante - tanto che non può mai esser eliminata - non è pero la sola forma efficace di concorrenza né quella cui si debba dare in ogni caso la preminenza assoluta; i poteri attribuiti alla Commissione dall'art. 85, n. 3, dimostrano che le esigenze della conservazione di una concorrenza efficace, possono venir conciliate con la tutela di finalità di natura diversa e che, a questo scopo, si possono tollerare alcune restrizioni della concorrenza se sono indispensabili al conseguimento di dette finalità e non si risolvono nell'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune; la preoccupazione, nel caso di grossisti e dettaglianti specializzati, di mantenere un determinato livello di prezzi, dato che corrisponde a quella di mantenere, nell'interesse del consumatore, la possibilità che detto canale di distribuzione continui ad esistere a fianco di forme di distribuzione nuove, impostate su una politica concorrenziale di natura diversa, rientra nell'ambito delle finalità che possono venir perseguite senza cadere necessariamente sotto il divieto di cui all' art. 85. n. 1 e, se ciò accadesse in tutto o in parte, nell' ambito dell' art. 85 n. 3; a maggior ragione ciò si verifica se dette condizioni contribuiscono, inoltre, a migliorare la concorrenza nella parte in cui essa verte su elementi diversi dal prezzo.

[299] Per un esame dei comportamenti delle imprese in questo mercato, RAFFAELLI, Oligopolio e normativa antitrust, in Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, Milano 1996.

Esamina approfonditamente una situazione di oligopolio, Tribunale CE 25 marzo 1999, caso *Gencor*, T-102/96.

Nei mercati oligopolistici esiste una tendenza naturale ad un allineamento dei comportamenti ed ad un livellamento dei prezzi: gli operatori si controllano l'un l'altro e sono consapevoli che atteggiamenti aggressivi produrranno immediate reazioni di copertura da parte dei concorrenti.

Un comportamento poco aggressivo nel mercato oligopolistico può divenire anticompetitivo quando le imprese usano fattori aggiuntivi (*plus factor*) per livellare

All'opposto del mercato perfetto vi è il monopolio, il mercato è dominato da una impresa che riesce ad operare senza subire l'influenza del comportamento delle altre imprese[300]. Il monopolio è visto come una situazione di inefficienza in quanto il comportamento del monopolista tende a sfruttare il vantaggio realizzato praticando prezzi alti e dimostrando scarsa propensione all'innovazione.
Nel momento in cui l'autorità comunitaria *antitrust* si pone come obiettivo una concorrenza efficace, accetta anche mercati imperfetti, ma che consentono, comunque, vantaggi al consumatore. Nel caso *Metro* I la Corte CE poteva, innanzi tutto, escludere che si versasse in una ipotesi di monopolio, con la conseguente applicazione dell'art. 86 TCE e perveniva alla considerazione che la struttura distributiva del produttore (sistema selettivo indirizzato ai grossisti) avesse un impatto sul mercato tale da non privare i concorrenti di una sufficiente concorrenza e sottrarre ai consumatori i vantaggi derivanti. Pur non sviluppandosi una concorrenza sui prezzi tra i concorrenti (la quale non può mai essere eliminata in un sistema *antitrust*), si poteva ipotizzare che il sistema distributivo posto in essere (caratterizzato da alcune restrizioni verticali alla rivendita) lasciasse un livello di concorrenza accettabile. Dunque il giudizio di concorrenza efficace si

---

i comportamenti: *plus factor* per definizione è lo scambio di informazioni commerciali tra *competitors.*

[300] GOBBO, Il mercato e la concorrenza, Bologna, 2001, 48, il quale rileva che: "per potere di mercato si intende la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti di concorrenti, clienti, ed, in ultima analisi, dei consumatori", a conforto viene citato il caso *United Brands* che delinea una posizione dominante.
Secondo le Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 il potere di mercato è la capacità di mantenere i prezzi ad un livello superiore a quello competitivo per un periodo significativo o di mantenere la produzione in termini di quantitativi e qualità ad un livello inferiore di quello competitivo per un periodo significativo. È quando la pressione concorrenziale non è sufficiente a mantenere i prezzi e la produzione a livelli competitivi che le imprese dispongono di un potere di mercato.
La posizione dominante è definita dal regolamento 4064/89 sulle concentrazioni tra imprese: "situazione di forza economica detenuta da una o più imprese che conferirebbe loro il potere di ostacolare il mantenimento di una effettiva concorrenza sul mercato di cui trattasi, fornendo loro la possibilità di comportamenti indipendenti in misura apprezzabile".
La differenza tra le due situazioni sembra essere data dalla misura della quota di mercato posseduta, in quanto si ritiene che quote di mercato inferiori al 40% non realizzano una posizione dominante, salvo la presenza di altri elemeti di valutazione.

prestava ad assolvere un mercato imperfetto, ma sostanzialmente utile al consumatore.
Certamente non si sarebbe pervenuti a tale assoluzione nel caso di mercato monopolistico. Questa forma non è tuttavia quella più frequentemente rinvenibile sul mercato. Le economie produttive e di scala[301] portano alla formazione di imprese di grandi dimensioni. Attraverso le economie di scala si possono poi raggiungere economie di gamma[302] quando le efficienze raggiunte consentono di immettere nuovi prodotti sul mercato.
In un sistema concorrenziale il consumatore trae beneficio dalla scelta e dalla valutazione del prodotto migliore, attraverso un'analisi comparativa dei prodotti presenti sul mercato. Il mercato concorrenziale favorisce i consumatori, opera come stimolo all'innovazione, alla razionalizzazione delle strutture industriali ed alla riduzione dei prezzi. Nel gioco della concorrenza si inseriscono fattori esterni che favoriscono la concentrazione[303] , la cooperazione tra imprese (si pensi ai settori ove i costi di R&S sono elevati). In linea teorica, il produttore dovrebbe fare esclusivamente affidamento sulle proprie forze per determinare la propria strategia industriale/commerciale, ponendo in essere politiche sui prezzi o di efficienza. Tali politiche possono, ovviamente, determinare una erosione della redditività dell'impresa e, da ultimo, mettere in gioco la sua permanenza sul mercato. Per fronteggiare la concorrenza l'impresa può essere tentata di stringere accordi con imprese concorrenti che permettono di aumentare la sua forza, evitando forme di concorrenza aggressiva altrui. In questo contesto prendono forma

---

[301] Per economia di scala si intende la relazione tra un aumento della scala di produzione e la diminuzione del costo medio unitario di produzione.
[302] La possibilità di disporre di vaste gamme di prodotti favorisce il benessere dei consumatori, può però indebolire la posizione dei distributori integrati quando sono obbligati a stock improduttivi di prodotti non richiesti. È nota la richiesta di molti produttori di barattare l'esclusiva di *brand* con l'obbligo di mantenere gamme complete di prodotti.
[303] V. § 16 del documento chiamato Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni: "Il grado di concentrazione di un mercato può anch'esso fornire fornire informazioni utili sulla situazione concorrenziale. Per misurare il grado di concentrazione la Commissione utilizza spesso l'indice HHI Herfindahl-Hirshman". Sul metodo di calcolo HHI, PAPPALARDO, Il dirittto comunitario della concorrenza, Torino 2007, 652.
Sulle metodologie per misurare la concentrazione sul mercato, v. anche GOBBO, Il mercato e la concorrenza, Bologna, 2001, 54.

intese che regolano le relazioni tra le imprese. “Il problema tipico che le imprese si trovano ad affrontare in un mercato oligopolistico è quello di trovare, in assenza di leggi economiche, un equilibrio che permetta loro di convivere sul mercato. A questo fine le imprese partono dalla constatazione della loro indipendenza per giungere alla conclusione che la situazione più agevole è quella di <<non concorrenza>> che permette loro una stabile presenza sul mercato, senza preoccupazioni di aggiornamenti tecnologici ed attenzioni continue alle mosse delle altre imprese[304]. Tali accordi possono tuttavia incorrere nella normativa *antitrust* quando attuano pratiche concertate finalizzate ad alterare il gioco della concorrenza[305].

Alla base di una restrizione vi è, pertanto, una decisione economica di una o più imprese[306].

Gli effetti della restrizione si misurano sul mercato: l’analisi degli effetti è un’analisi economica che tende a valutare il mercato prima della restrizione e dopo la restrizione, quindi è un’analisi dell’impatto dell’intesa sul mercato. La restrizione tra concorrenti è una restrizione orizzontale[307]. Questa restrizione è “in genere più appariscente di

---

[304] RAFFAELLI, Oligopolio e normativa antitrust, in Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario, Milano 1996, 32.

[305] Sulle pratiche di parallelismo consapevole, la giurisprudenza della Corte CE è intervenuta varie volte, tra i più noti, il caso *Suiker* del 1975 C-40/73. Una modalità tipica di attuare pratiche concordate, oltre alla concertazione dei prezzi, è quella dello scambio di informazioni tra concorrenti al fine di programmare gli interventi sul mercato senza farsi troppa guerra.

Per un caso di utilizzo di uno scambio di informazioni per sostenere artificialmente il prezzo del latte per neonati, v. GIANNACCARI, Consigli coordinati per gli acquisti di latte, Lavoce.info, sul web.

[306] Si veda, ad esempio, la necessità di effettuare il lancio di un nuovo prodotto, considerata nelle Guidelines: “In certi settori, taluni dettaglianti sono rinomati per vendere esclusivamente prodotti di qualità. In un tal caso, vendere tramite questi dettaglianti può essere importantissimo per il lancio di un nuovo prodotto. Se inizialmente il produttore non può limitare le sue vendite ai negozi del segmento alto del mercato, corre il rischio di vedersi dereferenziato ed il lancio del prodotto potrebbe fallire. Ciò significa che potrebbe essere giustificato permettere l'imposizione, per un periodo limitato, di una restrizione quale la distribuzione esclusiva o la distribuzione selettiva. Tale periodo deve essere sufficiente a garantire il lancio del nuovo prodotto, ma non di durata così lunga da impedirne la diffusione su grande scala. Questi benefici sono più probabili in relazione a beni la cui qualità è di difficile valutazione prima del consumo (prodotti cosiddetti "d'esperienza") o a beni complessi che rappresentino un acquisto relativamente oneroso per il consumatore finale.

[307] Osserva la Commissione nel documento Antitrust: Commission consults on review of rules for assessing horizontal cooperation agreements, IP/08/1887,

quella tra distributori della stessa marca, ciò non significa che un accordo diretto a restringere quest'ultima sia sottratto al divieto dell'art. 85 (ora 81), paragrafo 1, per il solo fatto che esso potrebbe incrementare la prima"[308].

Nel caso in cui la restrizione verta tra imprese non concorrenti, operanti a diverso livello di mercato (produttore/distributore) la restrizione è verticale. L'azione della Commissione [in esecuzione di quanto disposto l'art. 2, dall'art. 3, lettera g) e dell'art. 14/2 del TCE] è volta sia a garantire l'efficienza del sistema economico che a favorire l'integrazione delle economie nazionali[309]. Si spiega in tal modo l'attenzione della Commissione per ogni forma di restrizione.

4/12/2008:" Horizontal agreements are agreements between companies operating at the same level in the market. They can lead to serious competition problems when the parties agree to fix prices, share markets, or limit output, as may occur in certain cooperation agreements such as joint commercialisation or information exchanges. However, horizontal agreements can be pro-competitive in areas such as joint research and development, joint production and joint purchasing, which can lead to substantial economic benefits. They allow companies to respond to increasing competitive pressures in a changing market place driven by globalisation. The speed of technological progress and the generally more dynamic nature of markets mean that there is an even greater need to share risks, save costs, pool know-how and launch innovation faster. Cooperation can be particularly important for small and medium sized enterprises".

Non è sempre chiaro quando una restrizione è verticale od orizzontale: un esempio a mezza via è l'accordo di sviluppo di un interfaccia di un programma di computer, da alcuni ritenuta un'intesa verticale, da altri orizzontale.

[308] Principio formato con il caso *Grundig*, Corte CE 13 luglio 66, C-56/64.

[309] Si definiscono così i tre obiettivi comunitari da raggiungere: efficienza del mercato, allocazione delle risorse ed uno ulteriore, l'integrazione del mercato.

V. Guidelines, § 7: "La tutela della concorrenza è l'obiettivo primario della politica comunitaria di concorrenza in quanto essa incrementa il benessere dei consumatori e determina un'efficiente distribuzione delle risorse. Nell'applicare le regole di concorrenza comunitarie, la Commissione applica un'impostazione di tipo economico, basata sugli effetti sul mercato; gli accordi verticali devono essere analizzati nel loro contesto giuridico ed economico (…). L'integrazione dei mercati costituisce *un ulteriore obiettivo* della politica comunitaria di concorrenza poiché essa contribuisce a promuovere la concorrenza nella Comunità. Le imprese non devono avere la possibilità di ricostituire delle barriere di natura privata fra gli Stati membri, là dove le barriere statali sono state abolite.

Nel documento "Guidance on the Commission's Enforcement priorities in applaying article 82 EC Treaty (…)" la Commissione precisa: "The main principles of the effects-based approach to Article 82 are the following: fair and undistorted competition is the best way to make markets work better for the benefit of EU business and consumers. Healthy competition, including by dominant undertakings, should be encouraged; the focus of the Commission's enforcement policy should be

7.2 il sistema antitrust

Il sistema *antitrust* comunitario si fonda, essenzialmente, sugli art. 81 ed 82 del TCE (questi articoli corrispondono agli art.li 53 e 54 degli accordi stipulati nel giugno 1992 dalla CE e dall'EFTA). Gli articoli 2, 3 e 14 sorreggono questi principi fondamentali.

L'art. 2 afferma che "la Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano". L'art. 3 prevede che "l'azione della Comunità importa, alle condizioni e secondo il ritmo previsto dal presente Trattato: a) l'abolizione fra gli Stati membri dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci, come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente; b) l'istituzione di una tariffa doganale comune e di una politica commerciale comune nei confronti degli Stati terzi; c) l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali; d) l'instaurazione di una politica comune nel settore dell'agricoltura; e) l'instaurazione di una politica comune nel settore dei trasporti; f) la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune; g) l'applicazione di procedure che permettano di coordinare le politiche economiche degli Stati membri e di ovviare agli squilibri nelle loro bilance dei pagamenti, h) il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune (…)".

---

on protecting consumers, on protecting the process of competition and not on protecting individual competitors; the Commission does not need to establish that the dominant undertaking's conduct actually harmed competition, only that there is convincing evidence that harm is likely since the focus of the Commission's enforcement policy is on conduct that harms the competitive process rather than individual competitors, for pricing conduct the Commission examines whether the conduct is likely to prevent competitors that are as efficient as the dominant undertaking from expanding on or entering the market and that can be expected to be most relevant to consumer welfare.

Since the focus of the Commission's enforcement policy is on the likely effects of a dominant undertaking's conduct on consumers, the Commission will examine claims put forward by dominant undertakings that their conduct is justified on efficiency grounds – as is already the case under Article 81 and for merger control".

L'art. 14/2 stabilisce che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, secondo le disposizioni del presente trattato.

L'art. 81 al paragrafo 1 vieta gli accordi[310] tra imprese[311], le decisioni di associazioni di imprese[312] e le pratiche concordate[313] tra imprese

---

[310] Nella nostra Legge antitrust (287/90) all'art. 2 si usa il termine onnicomprensivo di *intese*. Secondo la S. C. per intesa si intende qualsiasi comportamento consapevole, contrattuale o non contrattuale (Cass. 827/99; TAR LAZIO, 6833/06: << la nozione di "accordo" rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust prescinde dall'assunzione di una obbligazione giuridicamente vincolante e si fonda, invece, sulla consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento>>). Si devono, pertanto, ricomprendere non solo i comportamenti giuridicamente rilevanti, ma anche atteggiamenti comportamentali assunti sul mercato. Si pensi ad atteggiamenti collusivi non supportati da atti contrattuali.

Il concetto di intesa è molto labile, nel caso *Sandoz*, Corte CE 11 gennaio 1990 C-277/89, l'intesa è stata desunta dall'apposizione sulle fatture di una clausola di divieto di esportazione.

Sulla non necessità di una prova documentale dell'accordo, Cons. Stato n. 1305/2002, RAI/RTI. Nella sentenza 4118/01 (Istituti vigilanza Sardegna) il medesimo organo ha precisato che la distinzione tra accordi e pratiche concordate non appare essenziale, essendo ben più importante distinguere tra forme di collusione che ricadono nei divieti *antitrust* e semplici comportamenti paralleli privi dell'elemento della concertazione. La giurisprudenza comunitaria è conforme. D'altra parte per comportamenti complessi e posizionati in lunghi periodi di tempo non si può pretendere che si ricerchi una definizione particolarmente precisa del comportamento.

In Cons. Stato 421/08 si parla di fattispecie complessa con elementi di un accordo e di una pratica concordata, a proposito di un caso che presentava comportamenti diversi.

Sulla nozione di accordo, v. § 554 caso *Adalat*, Commissione 2001; nonché Commissione 1988, caso *PVS*: "Perché una restrizione costituisca un «accordo» ai sensi dell'articolo 85, non è necessario che le parti lo considerino giuridicamente vincolante. Invero, in un cartello segreto se le parti sono pienamente consapevoli dell'antigiuridicità del loro comportamento, esse chiaramente non desiderano che i loro accordi collusivi abbiano alcuna forza contrattuale. Vi è «accordo» ai sensi dell'articolo 85 quando le parti raggiungono un consenso su un progetto che limiti effettivamente o potenzialmente la loro libertà commerciale stabilendo le linee direttrici della loro rispettiva azione o inerzia sul mercato. Non è necessaria nell'accordo la forma scritta. Nel caso di specie, gli accordi restrittivi continuati per anni dei produttori di PVC sono chiaramente riconducibili nelle loro caratteristiche essenziali alle proposte del 1980 e ne rappresentano l'attuazione pratica. A giudizio della Commissione, l'intero complesso di programmi e di accordi decisi dai produttori costituisce pertanto un unico «accordo» continuato dell'articolo 85, paragrafo 1". Nel caso AEG, Telefunken, Commissione 6 gennaio 1982,

l'ostruzionismo del produttore ad ammettere nella rete distributiva selettiva

qualitativa nuovi candidati è visto come accordo contrattuale e non comportamento unilaterale. L'accordo viene desunto dal complessivo comportamento del produttore e della rete. Se fosse stato visto come comportamento unilaterale si sarebbe dovuto applicare l'art. 82 TCE.
Cass. 1 febbr. 1999, 827, Giur. Comm. 1999, II, 223: "va chiarito che la legge n. 287 non stabilisce che solo le intese cosiddette verticali possono dare luogo a distorsione della concorrenza. Né è vero che una intesa orizzontale non può dare luogo a comportamento sanzionabile senza essersi tradotta nell'abuso di cui all'art. 3. Ciò che rileva ai fini della posizione in parola è che tutti i comportamenti, ancorché si traducano in liberi accordi tra soggetti che operano allo stesso livello di mercato, se incidono sulla libertà economica delle imprese del settore danno luogo ad un cartello. Pertanto, la circostanza che un accordo tra imprese non abbia presupposto coercizione e non comporti effetti vincolanti nel senso che si attribuisce ai contratti quali fonti di obbligazioni, come avviene nei casi dei c.d. "gentlemen's agreements", non è sufficiente a sottrarlo alla qualifica di intesa.
V. anche Corte Giust. CE 29 ottobre 1980, cause riunite nn. 209-215 e 218-78, *Van Landewuyck*; T.A.R. Lazio sez. 1, 12 aprile 1996 n. 605, causa ANIA.

[311] Si pensi ad organismi che associano più imprenditori che operano nello stesso mercato e che concordano politiche commerciali comuni o si scambiano notizie rilevanti, essendo potenzialmente concorrenti (v. VAN BAEL-BELLIS, Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea, Torino, 1195, 616).
Interessante è il caso di un'ATI, associazione temporanea di imprese. A tale forma si ricorre quando più imprese si accordano per un unico affare, ponendo insieme le loro specializzazioni, al fine di offrire una prestazione unitaria competitiva. Quando ogni impresa ha le caratteristiche per effettuare la prestazione possono porsi problemi *antitrust*.

[312] V. decisione AGCM 4 giugno 2008, 18443, Giust. Civ. 2008, 2629: "L'unione panificatori di Roma (…) ha posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza (…) avente ad oggetto una serie di iniziative con l'intento di coordinare l'attività di fissazione dei prezzi di vendita all'ingrosso ed al dettaglio da parte dei panificatori del pane attraverso la predisposizione e divulgazione di un listino dei prezzi consigliati, riguardanti i prezzi minimi di vendita".
Il fatto che l'art. 81 distingua tra accordi tra imprese e decisioni di associazioni di imprese è indicativo dell'intento di comprendere, fra i comportamenti vietati, ogni forma di coordinamento e collusione e di comprendere comportamenti che non si traducono in un vero e proprio accordo, ma attuano solo una consapevole collaborazione.

[313] In tal caso la risultante del comportamento anticoncorrenziale è una concertazione consapevole, nella sostanza l'adozione di un piano condiviso. "Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, l'uniformità ed il parallelismo dei comportamenti, l'esistenza di incontri fra le imprese, i segnali, le informative reciproche (…)", così Cons. Stato 4017/06. Lo stesso Consiglio di Stato (sentenza 4118/2001) ha affermato che "Le intese restrittive della concorrenza, di cui alla l. 10 ottobre 1990 n. 287, art. 2, si concretano in accordi "espressi" o in pratiche concordate fra le imprese, nonché in deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri similari organismi al controllo ed al coordinamento delle attività delle imprese aderenti".

che possono pregiudicare il commercio tra Stati comunitari e che hanno per oggetto[314] o per effetto[315] il fine di impedire o falsare il gioco della concorrenza nel mercato. Gli obiettivi dell'art. 81 sono, pertanto, la tutela della concorrenza e l'integrazione dei mercati degli Stati membri[316].

7.3 la valutazione dell'intesa

In una prima fase (al paragrafo 1 dell'art. 81) si dovrà valutare se l'intesa comporta per oggetto una restrizione alla concorrenza, verificando la finalità perseguita; se l'oggetto non è anticompetitivo, si dovrà procedere alla seconda fase dell'analisi, prendendo a

---

L'uso della terminologia accordo o pratica concordata può dipendere, nella giurisprudenza comunitaria, dal fatto che si siano raggiunte prove definitive dell'esistenza di impegni oppure solo di atteggiamenti coordinati.

[314] Secondo l'interpretazione dominante si tende ad identificare l'oggetto con lo scopo cui l'intesa è diretta, v. CORRADI, *GlaxoSmithKline*: Il diritto antitrust comunitario alla deriva e la necessità di un "salvagente" della forma, Giur. Comm. 2008, 87/II. L'oggetto risulta generalmente dall'esame dell'accordo: si pensi a clausole di fissazione del prezzo, partizione dei mercati, ecc..
Si consideri che un sistema di distribuzione selettiva si presenta immediatamente restrittivo per oggetto, limitando l'acquisto al consumatore finale od ad altro membro della rete, tuttavia - attraverso un ragionamento che appare improntato alla *rule of reason* - l'accordo è ritenuto non in violazione dell'art. 81/1 (v. PAPPALARDO, Il diritto comunitario della concorrenza, Torino, 2007, 106.

[315] La Corte CE nel recente caso *Beef Industry* 2008, C-209/07 precisa che un'accordo ricade sotto le maglie dell'art.81/1 quando l'oggetto o l'effetto operano una restrizione della concorrenza. L'esame dell'oggetto può risultare già assorbente. L'esame dell'oggetto deve essere teso alle previsioni dell'accordo ed alle finalità che si propone e non deve essere limitato alle ipotesi di fissazione orizzontale dei prezzi, limitazione della produzione, divisione del mercato.
Ai fini dell'analisi degli effetti restrittivi di un accordo di regola è necessario definire il mercato rilevante, valutando la natura dei prodotti, la posizione di mercato delle parti e dei concorrenti. La valutazione dell'effetto è necessaria per accertare, da un punto di vista pratico, l'impatto dell'intesa sul mercato. Nel caso *Miller,* Corte CE 1 febbraio 1978, C-19/77, viene semplicemente accertata l'idoneità dell'accordo a produrre effetti distorsivi per la concorrenza.
Quando operano simultaneamente reti di distributori si parla di effetti cumulativi.

[316] Circa il raggiungimento attuale dell'obiettivo della realizzazione del mercato unico e della concentrazione della politica comunitaria sul benessere dei consumatori è significativo l'art. 2, comma 1, del regolamento 139/04 sulle concentrazioni che afferma che "la Commissione nel valutare l'operazione di concentrazione deve tener conto dello sviluppo del progresso tecnico ed economico soltanto nella misura in cui esso sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza".

riferimento gli effetti[317]. Al paragrafo 3 dell'art. 81 è prevista la possibilità di deroga al divieto in relazione alla presenza di aspetti pro competitivi di un accordo ricadente sotto la previsione del paragrafo 1[318] se contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti od a promuovere il progresso tecnico od economico, riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva. Si ipotizza una situazione di concorrenza efficace (*workable competition*) ed una corretta allocazione delle risorse, ove l'eventuale presenza di restrizioni viene bilanciata da ricuperata efficienza competitiva e benessere per i consumatori. L'art. 81 considera sia gli accordi verticali che orizzontali, i primi sono relativi a due o più imprese che operano a diverso stadio di mercato: l'esempio classico è quello del contratto di distribuzione. Gli accordi orizzontali considerano due imprese concorrenti sul prodotto.
La lettura "classica" dell'art. 81 vuole che il processo di bilanciamento degli effetti anticoncorrenziali e proconcorrenziali[319]

---

[317] Sul punto, TESAURO, Diritto Comunitario, 2008, 661. Nella giurisprudenza della Corte CE questo scrutinio è prefigurato nella sentenza *Société Technique Miniere*, del 30.6.1966, C-56/65.
Nelle Guidelines si afferma che "tuttavia, nel caso di restrizioni "per oggetto" enumerate all'articolo 4 del regolamento di esenzione per categoria, la Commissione non è tenuta ad esaminare gli effetti prodotti sul mercato". Quindi le restrizioni per oggetto sono già sufficienti per rendere anticompetitivo l'accordo.

[318] Al paragrafo 247 del caso *Glaxo* T-168/01, deciso dal Tribunale CE il 29/9/06 si rileva che "per poter essere esentato ai sensi dell'art. 81/3 un accordo deve contribuire a migliorare la produzione e la distribuzione dei prodotti od a promuovere il progresso tecnico od economico: tale contributo non consiste in qualsiasi vantaggio che le imprese partecipanti all'accordo traggono da quest'ultimo per quanto riguarda la loro attività, ma in rilevanti vantaggi oggettivi, atti a compensare gli inconvenienti che derivano dall'accordo sul piano della concorrenza".
Nel singolare caso *ETA - Swatch* si è ritenuto dalla Corte CE (caso 31/83), rivedendo una precedente posizione, che un sistema di garanzia in cui il fornitore di beni riserva la garanzia ai soli clienti del suo concessionario esclusivo pone quest'ultimo ed i suoi rivenditori in una posizione privilegiata nei confronti degli importatori e distributori paralleli: di conseguenza deve ritenersi avente per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art.85, n. 1(ora 81/1) del trattato. Il giudice nazionale dovrà valutare se la clausola possa esercitare un pregiudizio sul commercio tra Stati membri.

[319] Questo bilanciamento degli effetti complessivi dell'intesa è il parallelo della regola americana della "*Rule of reason*"; sul punto, *amplius*, MANZINI, Parafernali del giudizio antitrust: regola della ragionevolezza, restrizioni accessorie, divieto per sé, Giur. Comm. 2003, 285/II.

avvenga all'interno del paragrafo 3, allorché l'accordo è già stato valutato anticompetitivo ai sensi del paragrafo 1[320].

Il contratto di concessione di vendita in esclusiva è una intesa verticale neutra per la concorrenza e non ricade nell'applicazione dell'art. 81, salvo che ad esso siano unite altre restrizioni accessorie (ad esempio, divieto di vendite passive o divieti di esportazione della merce acquistata[321]). Quando ciò avviene, occorre un primo esame sotto l'art. 81, paragrafo 1. L'esame sotto il paragrafo 3 coinvolge una valutazione strutturale dell'accordo nell'ambito del mercato. Nella sostanza, la restrizione va esaminata nel contesto dell'accordo e dell'ambiente concorrenziale in cui si sviluppa, salvo che non ricada in quelle vietate per sé (come, ad esempio, quelle di cui all'art. 4 del regolamento 2790/99/CE). In tal caso difficilmente potrà essere esentata. Nel celebre caso *BMW,* esaminato dalla Commissione nel 1974 (relativo a contratti di concessione di vendita), il costruttore sottoponeva all'esame della Commissione un sistema distributivo delle vetture ad un tempo esclusivo e selettivo qualitativo quantitativo. La valutazione in termini di efficienza venne fatta ex paragrafo 3, in relazione al fatto che occorreva salvaguardare la redditività dei distributori, evitare un loro soprannumero ed assicurare ai clienti finali strutture di vendita ed assistenza efficienti.

Una recente interpretazione giurisprudenziale del Tribunale CE[322] sembra forzare il dato testuale del paragrafo 1 per affermare che "la finalità assegnata all'art. 81/1, che costituisce disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, in particolare per il mercato interno, è di evitare che determinate imprese, attuando una restrizione della concorrenza, tra

---

[320] V. Guidelines, § 62.

[321] V. Commissione/*Italia* 13 luglio 1966, Corte CE, cit., 32/65: "un accordo fra produttore e distributore inteso a ricostituire le barriere nazionali nel commercio fra stati membri potrebbe essere in contrasto con gli obiettivi essenziali della stessa comunità. Il trattato, che nel preambolo e nell'insieme del suo testo mira a sopprimere le barriere fra Stati e che, in numerose disposizioni, reprime severamente la loro ricostituzione, non poteva permettere alle imprese di elevare nuovamente tali barriere. L'articolo 85, paragrafo 1, risponde a questo scopo, quand'anche si tratti di accordi fra imprese che operano in fasi diverse del processo economico; né risulta che non è stata violata alcuna delle norme invocate in questa prima categoria di censure". In questa decisione l'Italia aveva rilevato che, concedendo regolamenti di esecuzione per categoria, da applicare ex art. 85/3, si sarebbe ottenuto il risultato di considerare già l'accordo come ricadente nel divieto dell'art. 81/1 V. nota 324.

[322] Tribunale CE, 29 sett. 2006, causa T-168/01, caso *Glaxo*, Giur. Comm. 2008, 53/II.

loro o nei rapporti con i terzi, riducano il benessere del consumatore finale del prodotto in questione" (v. § 118). Si è correttamente notato[323] che il benessere del consumatore finale deve essere oggetto di valutazione comparativa sotto il paragrafo 3 dell'art. 81; se si valuta, invece, sotto il paragrafo 1 si svuota di significato il paragrafo 3 e si amplia quello del paragrafo 1[324]. Attraverso poi l'utilizzazione

[323] MANZINI, cit., il quale rileva che "se l'esame degli effetti complessivi di una intesa si esaurisce nell'ambito della valutazione di cui al paragrafo 1, il paragrafo 3 rischia di essere superfluo. V. inoltre PAPPALARDO, Il diritto comunitario della concorrenza, Torino, 2007,107.
Su posizioni diverse, D'ATTORRE, Una ragionevole concorrenza: il ruolo della *"rule of reason*" dopo la riforma del diritto comunitario, Giur. Comm. 2004, 80/I, che propende per un'interpretazione ampia del paragrafo 1: "i tempi sono ormai maturi per l'esplicito riconoscimento da parte della Commissione di un criterio di analisi dell'art. 81, paragrafo 1, basato sulla valutazione complessiva degli effetti negativi e positivi dell'intesa sulla concorrenza e tale tipo di valutazione viene espressamente affermata dalle nuove linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale".

[324] Interessanti i passaggi del caso *Dansk Pelsdyravlerforening*, Tribunale CE 2 luglio 1992, causa T-61/89, ove al § 98: "Il Tribunale ricorda, preliminarmente, che la decisione, pur affermando effettivamente che la ricorrente detiene una posizione dominante sul mercato considerato, considera d' altro canto la clausola di cui trattasi non già come contraria all' art. 86 del Trattato, bensì all' art. 85 del medesimo. Orbene, benché nel contesto dell' applicazione dell' art. 86, la Corte abbia ritenuto in contrasto con le norme comunitarie relative alla concorrenza la circostanza che un operatore economico vincoli degli acquirenti, sia pure su richiesta di questi ultimi, ad un impegno esclusivo (sentenze della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. pag. 461, e 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO/Commissione*, Racc. pag. I-3359), tale giurisprudenza, che si riferisce al solo art. 86 del Trattato CEE, non si presta ad essere trasposta a qualsiasi ipotesi di applicazione dell'art. 85. Invero, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, i vincoli di esclusiva, alcuni dei quali possono del resto giovarsi dei regolamenti d' esenzione nn. 1983/83 e 1984/83, non sono come tali in contrasto con l'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, è pur vero che la Commissione argomenta da quest' ultimo regolamento d' esenzione che un obbligo di consegna esclusivo impinge per sua natura nel divieto sancito dall' art. 85, n. 1, tuttavia occorre ribadire al riguardo che, come la Corte ha già avuto modo di affermare, sebbene la concessione del beneficio di cui all' art. 85, n. 3, del Trattato ad un determinato accordo presupponga il previo riconoscimento che quest' accordo ricade nella sfera del divieto sancito dall'art. 85, n. 1, ciò non significa tuttavia che la possibilità prevista dall'art. 85, n. 3, del Trattato di concedere un' esenzione per categoria autorizzi a concludere che qualsiasi accordo facente parte di questa categoria soddisfi necessariamente, per ciò stesso, i presupposti dell' art. 85, n. 1 (sentenza della Corte 13 luglio 1966, causa 32/65, Italia/Consiglio e Commissione, Racc. pag. 563). Secondo una giurisprudenza costante (v. da ultimo, con riferimento ad un contratto di fornitura esclusiva di birra, sentenza della Corte 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, Racc. pag. I-935;

del concetto di "*consumer welfare*" come obiettivo primario del diritto della concorrenza si ottengono metri valutativi troppo ampi[325] . In tal modo l'art. 81/1 verrebbe complessivamente interpretato come portatore anche della regola della ragionevolezza *(rule of reason*[326]*).*

---

v. altresì sentenze della Corte 30 giugno 1966, *Société Technique Minière*, citata, e 11 dicembre 1980, causa 31/80, *L' Oréal*, Racc. pag. 3775), la valutazione da compiersi su un vincolo di esclusiva alla luce dell' art. 85, n. 1, del Trattato, deve tener conto del contesto economico effettivo nel quale esso può spiegare i suoi effetti. Invero, a seconda delle circostanze e delle condizioni reali di funzionamento del mercato in questione, un obbligo di fornitura esclusiva, col garantire al produttore la vendita dei propri prodotti ed al distributore la sicurezza dei propri approvvigionamenti, può risultare idoneo ad intensificare la concorrenza mediante i prezzi ed i servizi offerti dal consumatore sul mercato considerato, la cui fluidezza esso concorre in tal modo a migliorare. Il principio secondo il quale la portata dell' obbligo de quo deve essere valutata nell' effettivo contesto nel quale esso spiega i suoi effetti non tollera alcuna deroga, posto che l' obbligo imposto si giustificherebbe con l' esigenza di ottemperare al principio cosiddetto della "fedeltà cooperativa". Invero, quest' ultimo principio non può avere né per scopo né per effetto quello di fornire una giustificazione alla trasgressione, ad opera delle imprese cooperative beneficiarie della clausola d'esclusiva imposta ai loro aderenti, delle disposizioni dell' art. 85, n. 1, del Trattato".

[325] Se il bilanciamento degli effetti avviene ai sensi del paragrafo 3, si parte già dal presupposto che l'intesa è anticompetitiva, quindi il metro di valutazione è più rigoroso.

Interessanti le osservazioni di Microsoft nel caso avanti la Commissione deciso il 24.3.04: "By way of preliminary observation, Microsoft's denial of any negative impact on consumer welfare through non-disclosure of interoperability information stands ill against its own statement as regards the impact of the disclosures under the US Settlement. Microsoft states in view of these disclosures that .[W]ith access to this technology, licensees will have new ways to achieve interoperability between their servers and covered Windows desktops. And customers may see more choice in the marketplace through products that use this technology to achieve such interoperability in heterogeneous computing environments. It would seem that a positive impact on consumer welfare is indicated if, according to Microsoft, more choice in the marketplace. was the result of the disclosures it had undertaken. A contrario, the previous situation of non-disclosure must have provided for less choice in the market place to achieve interoperability in heterogeneous computing environments".

[326] Viene eseguita una sorta di valutazione in base alla cd. "*rule of reason*", regola usata dalle corti USA per bilanciare gli effetti pro competitivi e anticompetitivi in un accordo, valutandolo *case-by-case basis*. Attraverso questa tecnica l'accordo è immediatamente valutato in tutte le circostanze attinenti la fattispecie per accertare se esiste una base per giustificarlo. Nel caso Standard Oil (1911) si era posta l'esigenza di valutare un accordo che presentava clausole restrittive per sé, ma che al contempo presentava vantaggi concorrenziali. Si trattava pertanto di forzare il dato testuale dello Sherman Act.

Il metodo di analisi della norma complessa dell'art. 81 deve, pertanto, muovere, in via generale, da una valutazione se l'intesa determina una restrizione della concorrenza. La valutazione dell'accordo avviene nel contesto economico e legale nel quale è realizzato, attraverso l'osservazione dell'oggetto, degli effetti, della lesione del commercio intracomunitario, avuto riguardo alla specifica tipologia del bene o del servizio considerato e della struttura del mercato. La struttura del mercato "rilevante" deve essere valutata in presenza ed in assenza della restrizione. Sotto tale profilo occorre accertare se la restrizione dell'accordo si presenta come necessaria (ad esempio per la penetrazione in un'area nuova). Non avviene in questa fase un bilanciamento degli effetti procompetitivi ed anticompetitivi dell'accordo (con implicita applicazione della *rule of reason*), ma viene svolto un esame dell'impatto dell'intesa sul mercato. La valutazione comparativa tra effetti anticompetitivi e procompetitivi viene fatta ex art. 81/3, allorché l'intesa cade già nelle maglie del paragrafo 1[327], ma può, comunque, contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione del prodotto o del servizio od a

---

Un recente esempio (molto clamoroso) dell'uso, da parte della Suprema Corte americana, della regola della "*rule of reason*" è quello del caso Leegin Creative Leather (2007). La Corte ribaltava un incontrastato precedente circa l'anticompetitività "ex se" delle clausole di fissazione del prezzo minimo di rivendita, ritenendo che, prima di dichiarare la nullità dell'intesa, fosse necessario valutare la presenza di effetti pro competitivi, tra i quali "permitting retailers to earn sufficient margin to provide such services", pur nella considerazione che a diverso avviso si dovrebbe pervenire in caso di posizione dominante del concedente.

In ambito comunitario l'applicazione della *rule of reason* in sede del paragrafo n. 1 dell'art. 81 si scontra con la struttura della norma; vi è, infatti, un'evidente difficoltà ad ammettere una analisi comparativa in seno al paragrafo 1, allorché questo è riservato all'analisi dell'impatto della restrizione sul mercato, mentre ogni valutazione pro competitiva viene riservata al paragrafo 3.

[327] V. Commissione/*Italia* 13 luglio 1966, Corte Ce 32/65: "mentre la concessione del beneficio dell' articolo 85, paragrafo 3, a un determinato accordo presuppone che questo sia stato previamente riconosciuto soggetto al divieto dell' articolo 85, paragrafo 1, la possibilità prevista dal paragrafo 3 di concedere lo stesso beneficio per categorie non implica che un accordo determinato appartenente ad una di queste categorie abbia necessariamente i presupposti per ricadere nella previsione del paragrafo 1, attribuendo al Consiglio il potere di autorizzare esenzioni per categoria; l' articolo 85, paragrafo 3, gli ha imposto di esercitare detto potere solo nei confronti delle categorie di accordi che possono rientrare nelle previsioni del paragrafo 1. Il regolamento del Consiglio sarebbe infatti inutile se gli accordi delle categorie in esso indicate non potessero soddisfare dette condizioni".

Si vuole dire che i paragrafi 1 e 3 sono sequenziali, sfuggendo l'accordo al paragrafo 1 non si pone il problema dell'esame di cui al paragrafo 3.

promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva ed evitando di imporre restrizioni non indispensabili e limitative della concorrenza (si parla, al proposito, della necessità di rintracciare vantaggi compensativi degli inconvenienti che derivano dall'accordo sul piano della concorrenza).

Nel caso dei contratti di distribuzione il predisponente può utilizzabile come riferimento il regolamento di esenzione 2790/99/CE sulle intese verticali[328]. In tal modo l'accordo, pur ricadente nel paragrafo 1

Il problema dell'applicabilità della *rule of reason* all'art. 81/1, corre pertanto parallelo a quello dell'interpretazione della norma dell'art. 81 TCE. La questione è, comunque, controversa.

Nei casi *Metropole* (Trib. CE 2001, T-112/99) e *O2* (Trib. CE 2006, T-328/03) si propende per una struttura bifasica della norma, analisi che inizia all'interno dell'art. 81/1 finalizzata ad accertare l'oggetto e gli effetti dell'intesa, passando poi alla valutazione ex art. 81/3 nel caso in cui l'esame ai sensi del primo paragrafo si concluda con una valutazione negativa dell'intesa. Ivi si enfatizza la diversità dell'esame effettuato ai sensi dei due commi e la necessità si salvaguardare un "effetto utile" al comma 3. In tal modo si raggiunge anche il risultato di evitare che la valutazione di cui al comma 1 sia troppo astratta e formale.

Nel caso *Metropole* la decisione della Commissione era stata impugnata perchè si sosteneva che l'applicazione della *rule of reason* avrebbe permesso di escludere l'accordo dal divieto dell'art. 81/1 per cui non necessitava il recupero dell'accordo ai sensi del paragrafo 3.

Conformemente si era espresso il Tribunale CE nel caso *European Night Services Ltd* (ENS), del 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, ove al paragrafo 136 afferma: "Il Tribunale, prima di esaminare gli argomenti delle parti circa la fondatezza del punto di vista della Commissione quanto alle restrizioni della concorrenza, ricorda in limine che la valutazione di un accordo ai sensi dell'art. 85, n. 1, deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei servizi contemplati dall'accordo nonché delle effettive condizioni del funzionamento della struttura del mercato interessato (sentenze della Corte Delimitis, citata, DLG, citata, punto 31, e 12 dicembre 1995, causa C-399/93, Oude Luttikhuis e a., Racc. pag. I-4515, punto 10; sentenza del Tribunale 14 maggio 1997, causa T-77/94, VGB e a./Commissione, Racc. pag. II-759, punto 140), a meno che non si tratti di un accordo che comporta manifeste restrizioni della concorrenza, come la fissazione dei prezzi, la suddivisione del mercato e il controllo degli sbocchi (sentenza del Tribunale 6 aprile 1995, causa T-148/89, *Tréfilunion*/Commissione, Racc. pag. II-1063, punto 109).

Infatti, in quest'ultimo caso, solo nell'ambito dell'art. 85, n. 3, del Trattato dette restrizioni possono essere raffrontate con i loro effetti assertivamente favorevoli alla concorrenza, ai fini della concessione di un'esenzione dal divieto di cui al n. 1 dello stesso articolo.

La Commissione nella Relazione sulla politica della concorrenza per l'anno 2000, aveva ambiguamente rilevato che l'approccio ex art. 81 può essere unitario,

dell'art. 81, può essere recuperato facendolo rientrare nel regolamento. Nella sostanza, il predisponente l'accordo si avvale di un ulteriore strumento automatico di valutazione per superare la barriera del paragrafo 1.

Si è rilevato[329], che a seguito dell'emanzione del regolamento 1/2003 sulla modernizzazione, che consente a varie autorità nazionali di applicare l'art. 81/3 e dell'applicazione del principio della eccezione legale in sostituzione del principio autorizzatorio[330], il regolamento di esenzione per categoria non ha più natura costitutiva, ma semplicemente dichiarativa, in quanto interpreta una norma di rango superiore (art. 81 TCE), perde la funzione di comunicazione dell'intesa all'autorità della concorrenza, fornisce certezza giuridica

---

attraverso un'analisi che tenga conto sia della natura dell'accordo sia del suo impatto sul mercato; tuttavia, la questione dovrebbe risultare ora superata dal testo delle Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, che al punto 12 affermano: "prima di procedere alla valutazione dei benefici compensativi ai sensi dell'art. 81, paragrafo 3, è necessario aver determinato il carattere restrittivo dell'accordo e del suo impatto.

Al successivo punto 16 si precisa che "gli accordi tra imprese rientrano nel divieto di cui all'art. 81, paragrafo 1, quando possono verosimilmente avere un impatto negativo sensibile sui parametri della concorrenza nel mercato, quali prezzo, produzione, qualità dei prodotto, varietà dei prodotti, innovazione.

Gli accordi possono produrre tali effetti quando il coordinamento riduce sensibilmente la rivalità tra le parti dell'accordo o tra le parti ed i terzi".

[328] I passaggi logici e giuridici sono bene descritti nelle decisioni similari della Corte CE C-226/94 *Gagage Albigeois* e C-309/94 *Nissan,* a proposito di un regolamento *automotive* (123/85).

Il regolamento n. 123/85, adottato dalla Commissione in base al regolamento n. 19/65, ha lo scopo di autorizzare taluni accordi di distribuzione e di servizio di vendita e post-vendita di autoveicoli che, altrimenti, sarebbero vietati. Infatti, in virtù del regolamento n. 123/85, l' art. 85, n. 1, è, conformemente all' art. 85, n. 3, dichiarato non applicabile, alle condizioni limitativamente fissate da detto regolamento, agli accordi con i quali il fornitore incarica un rivenditore ufficiale di promuovere, su un determinato territorio, la distribuzione e il servizio di vendita e postvendita di autoveicoli e si impegna a riservargli su detto territorio la fornitura dei prodotti oggetto del contratto.

[329] BRUZZONE-SAIJA, Modernizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolazione settoriale, cit.; v. anche TESAURO, Il diritto comunitario, Padova, 2008, 684: la funzione dei regolamenti di esenzione è profondamente modificata, non essendo più quella di eliminare l'incentivo alle notifiche delle intese alla Commissione; piuttosto essi rappresentano oggi uno strumento di orientamento dell'applicazione del diritto comunitario a livello nazionale per fornire certezza giuridica alle imprese.

[330] L'autorizzazione ex art. 81/3 era concessa solo dalla Commissione.

alle parti, favorisce un'interpetazione uniforme del diritto della concorrenza[331].

Ma come si relaziona il Fornitore che predispone un contratto di distribuzione con le autorità *antitrust* ?

Il regolamento 17 del 1962 aveva istituito un sistema di funzionamento dell'art. 81/3 centralizzato, di modo che le autorizzazioni di esenzione ex art. 81/3 erano concesse solo dalla Commissione, cui gli accordi dovevano essere preventivamente notificati. Questo sistema ha comportato un eccessivo numero di notifiche di accordi alla Commissione[332] e la necessità di una sua modifica[333]. Si è così passati da un sistema di divieto ad un sistema "di

---

[331] Una pericolosa tendenza dei recenti regolamenti di esenzione per categoria è quella di contrattualizzare il diritto *antitrust*, prevedendo clausole che poco hanno a che vedere con la concorrenza: il regolamento *automotive* 1400/02 è un esempio; non si comprende perchè debba essere ivi prevista una durata minima dei contratti, un obbligo di accedere ad arbitrato in alcune circostanze, un obbligo di comunicare i motivi del recesso, quando il diritto nazionale potrebbe sopperire a tale bisogno oppure offrire diversi parametri di valutazione.

[332] Il sistema di controllo delle intese instaurato attraverso il regolamento 17/62 basato sulla notifica degli accordi si è rivelato un'arma a doppio taglio; pur consentendo di controllare attentamente tutte le dinamiche del mercato comunitario, il meccanismo delle notifiche è risultato di difficile gestione e molto oneroso. Nel tentativo di arginare il numero delle notifiche la Commissione ha utilizzato *confort letters* e regolamenti di esenzione per categoria.

[333] Nel regolamento 17/62, è previsto: art. 1 "Disposizione di principio, Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato, e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato ai sensi dell'articolo 86 del Trattato, sono vietati senza che occorra una decisione preventiva in tal senso, fatti salvi gli articoli 6, 7 e 23 del presente regolamento. Articolo 2 Attestazione negativa, La Commissione può accertare, su domanda delle imprese e associazioni di imprese interessate, che, in base agli elementi a sua conoscenza, essa non ha motivo di intervenire, a norma dell'articolo 85, paragrafo 1 o dell'articolo 86 del Trattato, nei riguardi di un determinato accordo, decisione o pratica. Articolo 3 (…). Articolo 4, Notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche 1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato, intervenuti dopo l'entrata in vigore del presente regolamento, e per i quali le imprese interessate intendono avvalersi dell'articolo 85, paragrafo 3, devono essere notificati alla Commissione. Fino a quando non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo 85, paragrafo 3 non può essere rilasciata. 2. Il paragrafo 1 non si applica agli accordi, decisioni e pratiche concordate, quando 1) vi partecipano imprese di un solo Stato membro e gli accordi, le decisioni e le pratiche non riguardano l'importazione o l'esportazione tra Stati membri, 2) vi partecipano soltanto due imprese e gli accordi hanno unicamente per effetto: a) di limitare la libertà di formazione dei prezzi o delle condizioni contrattuali di uno dei contraenti nella rivendita di merci che egli acquista dall'altro contraente, b) di imporre all'acquirente

eccezione legale", in base al quale non è più necessaria una autorizzazione preventiva della Commissione all'accordo, ma è l'impresa medesima che effettua una propria autovalutazione, così sostituendo la Commissione in tale ruolo valutativo. Se l'accordo rientra nel regolamento 2790/99/CE, la valutazione dell'applicabilità dell'art. 81/3 avviene alla luce del regolamento e delle Guidelines[334].
Accordi che non ricadono nell'esenzione perché appartenenti a settori diversi od utilizzano clausole controverse/vietate o nei quali la quota di mercato del fornitore eccede la soglia del 30% non necessitano, comunque, della notifica (v. paragrafo 62, Guidelines), ma sono lasciati alla valutazione delle parti. In caso di esame individuale della Commissione, l'impresa può giustificare la complessiva meritevolezza dell'accordo, in un'ottica procompetitiva, ai sensi dell'art. 81/3.
Questo nuovo sistema introdotto dal regolamento 2790/99/CE è stato reso possibile dal regolamento 1216/99/CE che ha previsto che gli accordi verticali sono esentati dalla preventiva notifica.
L'esame valutativo avviene secondo i principi enunciati nelle Guidelines. È interessante notare che nella metodologia di analisi offerta da questo importante strumento i fattori pertinenti per la valutazione ex art. 81/1 (posizione di mercato del fornitore, dei concorrenti, dell'acquirente; barriere all'accesso; maturità del mercato; livello della catena distributiva e natura del prodotto) divergono da quelli per la valutazione dell'accordo ex art. 81/3 (finalità di migliorare la produzione e la distribuzione, di riservare ai consumatori una parte dell'utile, di non creare restrizioni non

---

o all'utilizzatore di diritti relativi alla proprietà industriale, e in particolare di brevetti, modelli di utilità, modelli e disegni ornamentali o marchi, limitazioni all'esercizio di tali diritti oppure di imporre al beneficiario di contratti di cessione o di concessione di procedimenti di fabbricazione o di cognizioni relative all'utilizzazione o all'applicazione di tecniche industriali, limitazioni all'utilizzazione di questi procedimenti o cognizioni, 3) hanno come unico oggetto: a) l'elaborazione o l'applicazione uniforme di norme e tipi, b) la ricerca in comune di miglioramenti tecnici, se il risultato è accessibile a tutti i partecipanti e può essere utilizzato da ciascuno di essi. Questi accordi, decisioni e pratiche possono essere notificati alla Commissione.

[334] Le Guidelines sono suddivise in VI sezioni. La I è dedicata all'introduzione. La II descrive gli accordi che non rientrano nel campo di applicazione, di norma, dell'art. 81, paragrafo 1. Sono questi accordi, ad esempio, di scarso impatto concorrenziale che non recano pregiudizio al commercio intracomunitario. La III fornisce un commento del Regolamento, la IV descrive i principi di revoca / disapplicazione del Regolamento, la V riguarda le disfunzioni del mercato, la VI riguarda il quadro generale per l'esame delle regole della concorrenza.

necessarie, di non eliminare la concorrenza sul prodotto). L'esame ex art. 81/3 tende, infatti, a valutare un accordo formalmente anticompetitivo ed a valorizzarne possibili vantaggi. Si consideri, ad esempio, un accordo di distribuzione selettiva: la valutazione di cui al paragrafo 3 prescinde dalla potenziale anticompetitività dell'accordo e ricerca, in esso, elementi che ne giustifichino la presenza sul mercato, in termini di incrementi di efficienza, costi e qualità del prodotto. L'accordo potrebbe essere combinato al monomarchismo. In tal caso si possono verificare effetti di preclusione del mercato quando esistono pochi distributori; tuttavia, in un mercato sufficientemente competitivo, la combinazione del sistema selettivo con il monomarchismo può avere aspetti positivi perché incentiva il distributore a concentrarsi su una sola marca ed ad investire su questa. Il disegno iniziato con il regolamento 2790/99/CE (autovalutazione delle intese verticali) è stato portato a termine dal regolamento 1/2003/CE che ha definitivamente spostato la valutazione finale della anticompetitività dell'intesa (art. 6) dalla Commissione alle giurisdizioni nazionali, ora competenti ad applicare gli artt. 81 ed 82 TCE[335] (l'applicazione dell'art. 81 potrebbe portare all'immediata declaratoria della violazione dell'art. 81/1 in presenza di una grave restrizione all'ogggetto dell'accordo ed alla decaratoria di nullità ex art. 81/2; l'applicazione ex art. 81/3 potrebbe portare ad un ricupero dell'accordo in ragione dei benefici conseguiti dal consumatore) . La rivoluzione è stata epocale perché le critiche al precedente sistema apparivano fondate: da più parti si segnalava l'eccessivo rigore di regolamenti (ad es. il regolamento 1983/83) basati su clausole ammesse o non ammesse e non su un'effettiva analisi economica della situazione di mercato. Ora, poiché la norma dell'art. 81, nella sua articolazione in tre commi, è unitaria, le autorità nazionali garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri sono competenti ad applicare l'art. 81 in tutte dette articolazioni[336]. Rimane poi da stabilire se esse abbiano i mezzi per effettuare tale

[335] Si è affermato che, in questo senso, nel momento in cui l'art. 6 del regolamento 1/2003 sancisce che i giudici nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 ed 82 TCE, si conferma il principio dell'applicabilità diretta delle precitate norme (v. capitolo 7.21).

[336] L'applicazione dell'art. 81 paragrafo 3 era demandata esclusivamente alla Commissione che interveniva nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali con decisioni in deroga o regolamenti di esenzione per categoria.

valutazione[337] che, ovviamente, non potrà che essere allineata alle decisioni della Commissione, in tal senso l'art. 16/1 del regolamento 1/2003 è conforme alla decisione *Masterfoods* (Corte CE C-344/98).
Con la Comunicazione della Commissione sulle linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, TCE, la Commissione ha fornito un aiuto alle autorità nazionali, esplicitando il suo pensiero e completando le osservazioni delle Guidelines. La Commissione vuole chiarire come opererà nella valutazione di tutti gli accordi ricadenti nell'art. 81/1 per i quali viene prospettata l'applicazione della deroga ex art. 81/3. Quindi non solo per le intese verticali, ma anche per gli accordi di cooperazione orizzontale, gli accordi di trasferimento di tecnologia, di specializzazione, ricerca e sviluppo[338]. Si tratta, pertanto, di regole integrative alle varie guidelines pubblicate (sugli accordi orizzontali, sugli accordi di trasferimento di tecnologia). Il documento tiene conto del portato della giurisprudenza comunitaria. Se ne colgono i risultati nella descrizione delle intese, ove si rileva che non sono rilevanti, sotto il profilo dell'art. 81, per il diritto comunitario comportamenti unilaterali (rilevanti solo sotto il profilo dell'art. 82, abuso di posizione dominante[339]), ma i comportamenti

---

[337] Anche ipotizzando la costituzione di sezioni specializzate di Tribunali, rimane il dubbio che presso questi sarà difficile gestire istruttorie complesse, visti anche i limitati poteri investigativi del giudice ordinario, pur se è vero che questi può far ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte CE, alla richiesta di informazioni e di pareri alla Commissione. Il giudice nazionale che apre una valutazione ex art. 81/3 deve infatti esaminare complicati aspetti tecnici di natura economica. Ciò è parsa una anomalia del sistema, v. PACE, I fondamenti del diritto antitrust europeo, Milano, 2005.

[338] Questi accordi non sono accordi di distribuzione, i trasferimenti di tecnologia sono finalizzati a fornire licenze per la produzione. Negli accordi di specializzazione e R. & S. non c'è una fase distributiva.

[339] Mentre la struttura dell'art. 81 TCE è a doppia valutazione, divieto ed autorizzazione in deroga, l'art. 82 non consente, in apparenza, valutazioni in deroga. Se l'impresa è dominante sul mercato o diviene dominante in relazione all'utilizzo di una intesa verticale non è possibile alcuna altra valutazione: "there is no privilege for vertical integration once a company in dominant. The privilege of integration only exist below the level of dominance" (PEEPERKORN, EC Vertical restraints Guidelines, NERA, novembre 2000).
In senso contrario si è espressa la Commissione nel documento "DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses" che precisa che gli articoli 81 ed 82 possono essere interpretati *congiuntamente* (simultaneously; nel § 16 del documento "Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale", si afferma: 16. La valutazione in base all'articolo 81 descritta nelle presenti linee direttrici non pregiudica la possibilità di

collusivi devono manifestarsi in modo esplicito e non equivoco. Tale assunto risente di una giurisprudenza comunitaria recente che, in più

---

un'applicazione parallela dell'articolo 82 del trattato agli accordi di cooperazione orizzontali. Inoltre, le linee direttrici non pregiudicano l'interpretazione che il Tribunale di primo grado o la Corte di giustizia delle Comunità europee siano chiamati a dare in relazione all'applicazione dell'articolo 81 agli accordi di cooperazione orizzontale), e che l'art. 81/3 deve essere interpretato come non suscettibile di legittimare comportamenti che costituiscono un abuso di posizione dominante, tuttavia (in presenza di questa duplice applicabilità delle norme) un'impresa in posizione dominante potrebbe, comunque, beneficiare di una esenzione ex art. 81/3 quando sono adempiute le sue condizioni. Pertanto, se una impresa dominante genera efficienze ed assolve alle altre condizioni dell'art. 81/3, la sua condotta non deve essere valutata come abuso ex art. 82. Alla nota 3 vengono richiamate le Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3 ed, in particolare, il paragrafo 106 nel quale viene evidenziato che "l'art. 81 ed 82 perseguono entrambi l'obiettivo di mantenere una concorrenza effettiva sul mercato, si deve per coerenza ritenere che l'art. 81/3 precluda l'applicazione di tale disposizione agli accordi restrittivi che costituiscono abuso di posizione dominante" (il richiamo non appare pertanto decisivo). Sul punto v. Trib. CE (2005) *Laurent Piau* e *Hoffman- La Roche*, Corte CE, 1979, in particolare al §90: <<in effetti, gli impegni d'approvvigionamento esclusivo di questo tipo, con o senza contropartita di sconti o concessioni di premi di fedelta onde stimolare l'acquirente ad acquistare unicamente presso l'impresa in posizione dominante, sono incompatibili con lo scopo che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in quanto non si fondano - salvo circostanze eccezionali, che rendano eventualmente ammissibile un accordo tra imprese nell'ambito dell' art. 85 ed in particolare del n. 3 di questo - su una prestazione economica che giustifichi questo onere o questo vantaggio, bensì mirano a togliere all ' acquirente, o a ridurre nei suoi riguardi, la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento ed a precludere l' accesso al mercato agli altri produttori>>.

Al § 5.5.3 del DG Competition discussion paper, viene chiarito che l'impresa in posizione dominante, per difendersi (efficiency defence) può dimostrare che : a) vengono realizzate efficienze; b) l'accordo è necessario per realizzare le efficienze, c) viene assicurato un beneficio a consumatori, d) la concorrenza su un prodotto non è eliminata.

Il punto è rimarcato anche nel documento "Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings", ove si afferma che "The Commission considers that a dominant undertaking may also justify conduct leading to foreclosure of competitors on the ground of efficiences that are sufficient to guarantee that no net harm to consumers is likely to arise. In this context, the dominant undertaking will generally be expected to demonstrate, with a sufficient degree of probability and on the basis of verifiable evidence, that the following cumulative conditions are fulfilled: a) the efficiencies have been or are likely to be realised as a result of the conduct; they may for example include technical improvements in the quality of goods or a reduction in the costs of production or distribution (…)".

occasioni, ha visto le tesi della Commissione soccombere in favore di un concetto molto ampio di intesa[340] .
Una intesa restrittiva verticale può essere esaminata contemporaneamente anche sotto l'aspetto dell'abuso di posizione dominante (art.82), ove se ne verifichino i presupposti (e quindi sussista la prova di un comportamento restrittivo indipendente dalla semplice esecuzione dell'intesa). Il sistema degli art. li 81 ed 82 è un sistema circolare per cui "l'alterazione della concorrenza, vietata quando deriva da comportamenti contemplati dall'art. 85 (ora 81), non può divenire lecita qualora detti comportamenti riescano, ad esempio, grazie all'azione di una impresa dominante, a concretarsi in un'unione fra imprese[341]". Non coincidono, ovviamente, i presupposti di applicazione delle due norme[342].
Un'impresa è in posizione dominante

---

[340] V. caso *Volkswagen*, nota 152. Notiamo qui una singolarità: poiché non ci pare in discussione che un distributore di un grande costruttore possa essere una impresa totalmente indipendente nelle scelte strategiche per i motivi già visti, essendo una impresa integrata, la ricerca di un effettivo coinvolgimento del distributore può lasciare perplessi. È evidente che la politica del costruttore è, comunque, quella che emerge dalle sue disposizioni e che un'azione indipendente del distributore in contrapposizione a quella del costruttore è difficilmente praticabile. L'assenza di una intesa impone la valutazione del comportamento del costruttore sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante. La Commissione opera sul piano della intesa forzandone il concetto, ma si trova poi nell'impossibilità di provarla perché si trova unicamente di fronte ad una politica del costruttore valutabile in base a criteri diversi. Al paragrafo 10 della decisione *Peugeot Nederland* (2005) della Commissione si evidenzia da parte del costruttore una pressione sui distributori per limitarne l'attività di esportazione. È evidente che la misura è unilaterale e che ben difficilmente avrebbe potuto trovare l'esplicito disaccordo del distributore. V. anche caso AEG-Telefunken, per un concetto di intesa desunto da un presumibile comportamento tacito, alla nota 310.

[341] V. caso *Europembellage*, Corte C-6/72.

[342] L'applicazione dell'art. 82 presuppone un grado di controllo di mercato più elevato di quello dell'art. 81; mentre nel quadro di quest'ultimo è sufficiente che l'accordo produca effetti sensibili, l'art. 82 esige il dominio del mercato (FRIGNANI-WAELBROEK, Disciplina della concorrenza nella CE, Torino, 1996,214). Il regolamento 2790/99 prende in considerazione solo il potere di mercato, nella considerazione che quote di mercato superiori al 40% difficilmente generano situazioni di posizione dominante (v. § 14, Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti).
DELLI PRISCOLI, Le restrizioni verticali nella concorrenza, Milano, 2002, precisa che la struttura delle intese verticali è corrispondente a quella della posizione dominante. Poiché le intese verticali rilevano solo in caso di potere di mercato, "non sembra tuttavia che tale posizione possa ontologicamente distinguersi da quella di

quando riesce a tenere sul mercato un comportamento indipendente nei confronti dei concorrenti[343]. Tale posizione emerge da una elevata quota di mercato (indicativamente superiore al 40%) e da una indagine strutturale di mercato sulla durata del comportamento, sulle barriere all'entrata, sul grado di integrazione dell'azienda. Una posizione dominante può anche essere favorita da un'intesa verticale (nel caso *Irish Sugar* era esaminata la situazione di due imprese indipendenti che attraverso un contratto di distribuzione venivano ad acquisire una posizione dominante collettiva su due mercati[344]). I principali comportamenti[345] attraverso i quali si evidenzia l'abuso sono

---

posizione dominate. Solo le imprese che sono in posizione dominante possono porre in essere comportamenti dannosi per la concorrenza. Confermerebbe la tesi il fatto che quando l'impresa si vuole integrare verticalmente si pone generalmente lo scopo di ridurre i costi. Tuttavia il vantaggio di una integrazione verticale si coglie soprattutto in una situazione che sfrutta la posizione dominante su due livelli. Non è escluso che la struttura verticale tra due imprese indipendenti si trovi a realizzare una posizione dominate verticale (cfr. caso *Irish Sugar* T- 228/97).
Tale impostazione si scontra però con quella della Commissione, corrispondente a quella della Cassazione (Cass. 1 febbr. 1999, 827, Giur. Comm. 1999, II, 223: "l'intesa vietata è fattispecie diversa da quella dell'abuso ancorché tra le due proibizioni sussista una evidente analogia di "ratio" che determina qualche contiguità. Resta, comunque, fondamentale elemento di distinzione che nella fattispecie dell'art. 3 è la posizione dominante il presupposto dell'illecito, mentre la fattispecie di cui all'art. 2 può perfezionarsi indipendentemente da una tale posizione nel mercato").

[343] V. anche Corte CE, caso *United Brands,* 1978.

[344] Di recente, Corte CE 16 settembre 2008, in relazione al rifiuto, da parte di una impresa dominante, di fornire "ordinary orders" ai rivenditori che effettuavano esportazioni fuori dalla rete.

[345] La Commissione ha chiarito ("DG competition discussion paper on the application of artiche 82 of the Treaty to exclusionari conduct") che non è in discussione il principio in base al quale le imprese possono scegliere il proprio partner commerciale e decidere se continuare a fornire una determinata impresa, tale principio è vero per qualsiasi impresa, anche se è un'impresa dominante (§207).
Il rifiuto di fornire da parte di una impresa dominante può divenire anticompetitivo in presenza di comportamenti tesi ad escludere il concorrente od il cliente dal mercato (denominati "exclusionary abuse"), ciò che sarebbe legittimo per una impresa comune, non lo è per l'impresa dominante cui è correlata una speciale responsabilità, vinta solo da obiettive giustificazioni. Gli esempi includono casi: a) in cui la fornitura è stata interrota per "punire" il cliente che ha operato con concorrenti o si è rifiutato di accettare forniture abbinate od esclusive di approvvigionamento; b) in cui si è negato l'accesso ad informazioni tecniche; c) in cui si è rifiutato di concedere una licenza di un diritto di proprietà industriale o negato l'accesso all'infrastruttura (§ 209).
È indifferente se tali comportamenti sono diretti ad escludere un cliente od un concorrente (§ 208).

l'interruzione od il rifiuto della fornitura, l'imposizione di sconti fidelizzanti, l'imposizione di condizioni discriminatorie alle imprese,

---

La condotta dell'impresa dominante può anche essere volta a negare ad una impresa l'accesso ad un *input* che questa vuole utilizzare per un proprio prodotto.
L'accesso può essere negato perché il possessore dell'*input* non vuole dividere con il concorrente i profitti nel mercato secondario oppure perché vuole proteggere la sua posizione nei due mercati. Se il mercato secondario è lo sbocco necessario di un prodotto presente sul mercato primario, eliminando la concorrenza sul mercato secondario si possono indebolire i concorrenti anche sul mercato primario e disincentivarli ad entrarvi.
L'art. 82 è lo strumento per "*forcing companies to supply*" il mercato secondario. Tale prospettiva presenta aspetti delicati in quanto un intervento coercitivo può portare a disincentivare l'impresa dominante ad investire, quella che necessita dell'*input* ad attuare comportamenti parassitari ed a cercare di impossessarsi dell'*input*. Di contro, l'accesso all'*input* può portare i concorrenti ad aumentare gli investimenti, aumentare i prodotti sul mercato, aumentare la ricerca.
L'upstream market è quello dell'infrastruttura o del diritto di proprietà industriale. In tale mercato l'impresa deve essere dominante, diversamente non si applicherebbe la fattispecie dell'art. 82. Sul mercato principale una posizione monopolista sarebbe legittimata e difficilmente contestabile, se acquisita correttamente.
Il downstream market" è quello in cui il concorrente chiede di entrare usando il bene od il servizio e ponendosi in concorrenza con il *right holder* se è presente su questo mercato. Su questo mercato si può verificare il rifiuto all'accesso e, quindi, l'abuso. Il rifiuto può avvenire anche se il *right holder* non è presente su quel mercato. Potrebbe non essere presente anche il concorrente, il quale potrebbe aver sviluppato, utilizzando l'*input, un nuovo prodotto concorrente,* non ancora presente sul mercato perché impedito dal rifiuto del *right holder*.
La richiesta del *new entrant* di entrare rivolta all'*incumbent* crea già una situazione di mercato, in quanto, appunto, su questo mercato viene contesa la risorsa; allo stesso modo la richiesta di usare l'*input* in un diverso stadio della produzione, ad esempio come prodotto intermedio.
La volatilità di questo secondo mercato può essere superata accertando la presenza di un nuovo prodotto destinato all'entrata e suscettibile di ricevere una domanda da parte dei consumatori. Il mercato viene, pertanto, ricostruito virtualmente ipotizzando l'uso della risorsa da parte dei concorrenti e l'offerta ad i consumatori.
In alcuni casi il mercato esaminato è quello del bene stesso perché non si riesce a cogliere un mercato diverso. In tali casi però non è tanto valutato il conflitto per la disponibilità di una risorsa, quanto la relazione commerciale e l'uso di principi di *fairness* e non discriminatori da parte di una impresa dominante.
La configurazione classica è quella del doppio mercato (quello dell'infrastruttura e quello degli effetti): è la teoria classica della leva. Nel caso *Sealink* la Commissione precisa che "costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto che il proprietario di una infrastruttura essenziale si avvalga del potere detenuto su un mercato per proteggere o rafforzare la propria posizione in un mercato vicino, in particolare rifiutando o concedendo l'accesso ad un concorrente a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi ed imponendogli pertanto uno svantaggio in termini competitivi.

l'imposizione di clausole leganti (tying) ed il rifiuto all'accesso di una infrastruttura essenziale[346] e non disponibile. Si tratta di comportamenti che potrebbero essere irrilevanti in una situazione di mercato aperto e concorrenziale, ma che assumono rilevanza quando una impresa è in una posizione dominante[347].

Allorché l'impresa è dominante sul mercato, situazione di per sé neutra, compie un illecito concorrenziale se abusa del potere detenuto per trarne vantaggio: ad esempio se possiede un diritto di proprietà industriale (che le consente una posizione dominante) commette un abuso se usa questo potere come leva per intervenire in un mercato secondario ed acquisire maggior potere. L'impresa dominante è guardata dalle autorità *antitrust* in un'ottica particolare, in quanto il suo operare con imprese concorrenti o non concorrenti può essere essere influenzato dalla sua posizione. Al contario, l'operare di un'impresa con scarso potere di mercato non assume particolare rilevanza sotto il profilo concorrenziale.

L'intesa rilevante ai sensi dell'art. 81 è riferibile a qualsiasi comportamento che pone in relazione l'impresa con un concorrente od un non concorrente idoneo a creare una rilevante restrizione del mercato comunitario.

Quando l'intesa ricade in una materia sottoposta ad un regolamento di esenzione (i contratti di distribuzione sono soggetti al regolamento generale 2790/99/CE sulle intese verticali od al regolamento di categoria 1400/02/CE sulla distribuzione veicoli) si determina una certa stereotipicità della contrattualistica, dovuta alla "camicia di forza" (*strait-jacket)* costituita dai medesimi[348]. Sotto il regime del regolamento 1983/83/CEE i contratti di distribuzione in esclusiva di fatto riproducevano le clausole ammesse dal regolamento. Maggior creatività si è registrata nella redazione dei contratti di distribuzione stipulati sotto la vigenza del regolamento che l'ha sostituito, quello 2790/99/CE sulle intese verticali.

È facile prova di ciò la lettura dei contratti di distribuzione di autovetture che hanno identica struttura e clausole, in quanto eccessivamente condizionati dal diritto *antitrust*. Vale, tuttavia, notare

---

[346] Tale potrebbe essere un porto, un aeroporto, un diritto di proprietà industriale, un complesso di informazioni tecniche segrete legate al funzionamento di un prodotto.

[347] La struttura è corrispondente a quella dell'abuso di dipendenza economica, rapportata però quest'ultima alla sola prospettiva del contratto.

[348] I problemi si sono evidenziati con i regolamenti precedenti a quello 2790/99/CE strutturati con un sistema di clausole vietate (black), ammesse (white) o valutabili nel caso concreto (red).

che il regolamento 2790/99/CE è meno dettagliato e si presta a maggior flessibilità interpretativa: esso è improntato al principio per cui quanto non è vietato è ammesso; tale caratteristica aumenta la possibilità di formare schemi contrattuali diversi. Inoltre, si basa sulla constatazione che intese ove la quota di mercato del fornitore è scarsa non hanno generalmente effetti anticompetitivi, mentre devono essere valutate con attenzione intese ove la quota di mercato del fornitore supera il 30% del mercato rilevante. In questo caso non può utilizzare il "*safe harbour"* del regolamento.

Come si è detto, il sistema distributivo selettivo[349] e quello esclusivo non si presentano, in tesi, come anticompetitivi; ricadono nell'art. 81/1 del TCE[350] se uniti a clausole di chiusura del mercato; tali sono le clausole che (art. 81/1 lettera b) limitano la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico e gli investimenti.

La Commissione ha sempre cercato di incasellare i sistemi distributivi attraverso una serie di regolamenti (67/67 e 1893/83 sulla distribuzione esclusiva, 2790/99 sulle intese verticali, 4087/88 sul franchising), fissando schemi che poi le hanno permesso di effettuare valutazioni generali, studiando e sezionando le singole tipologie: distribuzione esclusiva, distribuzione selettiva, accordi di franchising, acquisto esclusivo.

Ad esempio, esaminando la distribuzione selettiva, ne ha ritenuto l'ammissibilità, considerando procompetitiva in termini di efficienza (nella vendita e nell'assistenza) la vendita di determinate tipologie di beni (profumi, orologi, beni tecnologici, con servizio assistenza) da parte di rivenditori qualificati; esaminando la distribuzione esclusiva, pur considerando gli effetti negativi della compartimentazione dei mercati e la limitazione delle importazioni parallele, ha poi valutato l'efficienza del sistema se vengono utilizzate clausole che liberalizzano le vendite passive o la fissazione dei prezzi di rivendita.

---

[349] L'uso di criteri oggettivi di scelta degli aderenti e l'esclusione di rivenditori concorrenti sono pienamente rispondenti all'art. 81/1, v. caso *Metro* 1/1977, Corte CE, nonchè caso *Hasselblad*, Corte CE 21 febbraio 1984, C- 86/82, "il sistema di distribuzione selettiva ricade sotto il divieto dell'art. 85/1 del trattato qualora contempli la scelta non solo qualitativa, ma anche quantitativa dei rivenditori: ciò avviene quando l'impresa che segue detto sistema si riserva il diritto di non autorizzare un nuovo rivenditore qualificato se, in una determinata regione, vi è già un gran numero di rivenditori e quando essa limita la possibilità per il rivenditore, anche autorizzato, di stabilirsi in un luogo in cui essa ritiene che la sua presenza potrebbe influire sulla concorrenza fra rivenditori".

[350] V. caso *Metro*, cit. nota precedente, nonché caso AEG-Telefunken, cit. nota 159.

Queste valutazioni hanno consentito, comunque, alla Commissione di salvaguardare i principi cardine della libertà di accesso al mercato da parte delle imprese, della libertà degli operatori e dei consumatori di approvvigionarsi in ogni parte del mercato comune e della libera circolazione dei beni[351].

Va ricordato che nei primi anni di applicazione del sistema *antitrust* non era chiaro se l'art. 81 TCE si applicasse anche alle intese verticali; si sosteneva in particolare che, a rigore, tali accordi, non essendo stipulati da imprese concorrenti, non erano idonei a restringere la concorrenza, come, invece, avveniva in caso di intese orizzontali e che, tutt'al più, ricorrendone i presupposti, avrebbero potuto essere assoggettati al disposto dell'art. 82, relativo all'abuso di posizione dominante (è, comunque, indubitabile che l'accordo è condizionato dal potere di mercato dell'impresa, ne è prova la normativa De Minimis; tuttavia, la Commissione ha ritenuto che determinate clausole hanno poca possibilità di essere ammesse in ogni accordo: sono le clausole riprodotte all'art. 4 del regolamento 2790/99). Nelle decisioni coeve (entrambe del 1966) *Italia*[352] e *Grundig*[353] della Corte

---

[351] I principi comunitari dell'unione doganale, divieto di imposizioni fiscali ed abolizione delle restrizioni quantitative sono i principi fondanti della libera circolazione delle merci. Le norme che si occupano di questi principi (da 23 a 31 e 90 TCE) sono dirette agli Stati comunitari, ma i singoli beneficiano dell'effetto diretto che accompagna queste norme, TESAURO, Diritto comunitario, 2008, 408. L'effetto diretto dell'art. 25 venne affermato con il noto precedente *Van Gend en Loos*, Corte CE 26/62 del 5.2.63.

Circa i principi della libera circolazione dei beni, v. la celebre sentenza della Corte CE *Dassonville* (C-7/74), dalla quale è stata tratta la cd. *formula Dassonville*, che stabilisce che un accordo ricade nella proibizione dell'art. 85 quando impedisce, di fatto o di diritto, l'importazione dei prodotti da altri Stati membri nel territorio riservato all'esclusiva dell'importatore ("*ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa direttamente od indirettamente, in atto od in potenza, ostacolare gli scambi intracomunitari, va considerata come una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa").* Questi accordi possono pregiudicare il commercio intracomunitario se impediscono le importazioni parallele dagli altri Stati membri.

Vale qui notare incidentalmente che un'eventuale restrizione alla circolazione delle merci nel territorio comunitario contenuta in un contratto di distribuzione va preferibilmente accertata in base alle regole sulla concorrenza. Le norme sulla circolazione delle merci nel TCE sono *in primis* dirette agli Stati e non alla condotta delle imprese (v. caso *Dansk Supermarked*, Corte CE 22 gennaio 1981).

[352] Corte CE 13 luglio 1966, C- 32/65. In questa decisione si prende atto che il distributore non è un concorrente del produttore, ma si supera la constatazione rilevando che per la concorrenza possono anche essere rilevanti gli effetti sul mercato dell'intesa. E' interessante notare che l'Italia chiedeva, avanti la Corte Ce, l'annullamento dell'art. 1 del regolamento 19/65 relativo all'applicazione dell'art.

Ce, veniva specificato che gli art. li 81 ed 82 TCE non fanno alcuna distinzione tra lo stadio produttivo nel quale operano le aziende, pertanto anche tra imprese operanti a diverso stadio di mercato si possono determinare restrizioni alla concorrenza; in particolare, la distribuzione esclusiva non deve presentare un'eccessiva chiusura all'approvvigionamento attraverso altre fonti di approvvigionamento[354]. Si attua qui una distinzione tra sistema

---

85 paragrafo 3 TCE, articolo che consentiva alla Commissione di emanare regolamenti di esenzione per categoria.
L'Italia, in estrema sintesi, non riteneva applicabile l'art. 85 agli accordi verticali di esclusiva, da esaminarsi solo alla luce dell'art. 86. L'avv. Generale Roemer, nelle sue conclusioni, contrasta la tesi dell'Italia attraverso una complessa disamina degli accordi verticali di esclusiva. Roemer rileva che la struttura di questi accordi discende dal regolamento 19/65, che prevede un'esclusiva bilaterale. Essi realizzano un accordo tra imprese indipendenti che può pregiudicare il commercio intracomunitario. L'indipendenza delle imprese si ricava dal fatto che il concessionario opera sul mercato come commerciante in proprio e non è assimilabile ad una filiale del produttore. E' però costretto a fare salva l'ipotesi che "le imprese non si trovino in una posizione di assoluta indipendenza". Afferma, inoltre, che il pregiudizio al commercio presuppone che il sistema distributivo venga considerato unitariamente nelle sue articolazioni a diversi stadi (in questo senso al produttore è ascrivibile il comportamento sul mercato del suo distributore e diventa un operatore sul mercato della vendita). Gli effetti in generale si rilevano sia a livello della restrizione in capo al fornitore di vendere solo a quel distributore, sia in capo al distributore di vendere solo i prodotti contrattuali. Occorre, pertanto, un esame del mercato, nella situazione ante e post restrizione. Tali osservazioni sono corrette, ma deboli allorché non affrontano il tema dell'indipendenza delle due imprese dell'accordo, in una situazione di distribuzione integrata. L'avvocato generale non dà risposta poi al rilievo, a nostro giudizio corretto, dell'Italia che "i rapporti di concorrenza non sono negativamente influenzati in quanto (...) non sussiste tra produttore e suoi concessionari concorrenza, né tra i diversi concessionari dello stesso produttore". Nella pratica sia nella relazione tra produttore e concessionario che in quella tra i concessionari, le possibilità di creare concorrenza sono molto limitate.

[353] Corte CE 13 luglio 1966, C- 56/64.

[354] V. Corte CE, caso *Nungesser* 1982, ove: "il diritto di proprietà industriale o commerciale, in quanto istituto giuridico, non possiede le caratteristiche di accordo o di pratica concordata contemplate dall' art. 85, n. 1, del trattato, ma il suo esercizio può ricadere sotto i divieti del trattato se si rivela essere l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un'intesa. Ciò avviene in particolare quando il combinato disposto di un accordo consistente nella concessione del diritto esclusivo di usare in diritto di proprietà industriale o commerciale in una zona determinata e di un accordo che attribuisce al licenziatario l'esclusiva di vendita nell' ambito della stessa zona ha l' effetto di garantire al licenziatario la protezione territoriale assoluta, impedendo le importazioni parallele.

distributivo integrato del produttore (vendita diretta[355]) e sistema distributivo mediante imprese esterne integrate. Solo in quest'ultimo caso è ravvisabile una possibile interferenza sul mercato da parte di queste. Tali interferenze possono riguardare il rapporto tra le imprese della rete (*intrabrand*) e con le imprese concorrenti (*interbrand).* Il comportamento del produttore nel caso di distribuzione diretta diviene rilevante solo se si traduce in abuso di posizione dominante.
Si spiega allora come una delle sentenze cardine sulla concessione di vendita in esclusiva (caso *Grundig*[356]*)* ha ritenuto che il sistema

---

Le caratteristiche specifiche del diritto di costituzione dovute alle particolarità dei procedimenti di riproduzione delle sementi non rendono necessario, per quanto riguarda le norme in materia di concorrenza, un trattamento di detto diritto diverso da quello degli altri diritti di proprietà industriale e commerciale. Questa conclusione non pregiudica la necessita di prendere in considerazione, ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, la natura specifica dei prodotti che sono oggetto del diritto di costituzione.
La licenza esclusiva del diritto di costituzione per determinate varietà di sementi recentemente ottenute in uno stato membro, purché sia una licenza aperta, cioè riguardi solo il rapporto contrattuale fra il titolare del diritto e il licenziatario, nel senso che il titolare s' impegna soltanto a non concedere altre licenze per la stessa zona e a non fare egli stesso concorrenza al licenziatario nell' ambito di tale zona, non è di per sè incompatibile con l'art. 85, n. 1, del trattato, tenuto conto della specificità dei prodotti di cui trattasi, qualora favorisca la diffusione di una nuova tecnica e la concorrenza fra il nuovo prodotto e i prodotti analoghi già esistenti nel territorio della comunità.
La licenza o concessione esclusiva con protezione territoriale assoluta, con cui le parti contraenti si propongono di eliminare, per i prodotti e per il territorio di cui trattasi, qualsiasi concorrenza da parte di terzi, quali gli importatori paralleli o i licenziatari per altre zone, si risolve nella conservazione artificiale di mercati nazionali distinti ed e quindi in contrasto col trattato.
La protezione territoriale assoluta attribuita al titolare di una licenza di un diritto di costituzione per determinate varietà di sementi destinate ad essere usate da un gran numero di agricoltori per la produzione di una derrata importante per l'alimentazione umana e animale va manifestamente al di là di ciò che è indispensabile per il miglioramento della produzione o della distribuzione o per la promozione del progresso tecnico e costituisce un motivo sufficiente per rifiutare l'esenzione a norma dell' art. 85, n. 3, del trattato".

[355] Il sistema di vendita diretta non cambia se il produttore utilizza agenti di commercio per collocare il prodotto sul mercato.

[356] In quel caso si discuteva di un contratto di distribuzione in esclusiva, ma lo stesso problema si pone nel caso in cui un'impresa dominante rifiuta di fornire il mercato per evitare che si creino importazioni in altri mercati, v. caso *Glaxo,* Corte Ce 16 settembre 2008, C-468/06; v. caso *Adalat*, Trib. Ce. 26 ott. 2000, T-41/96. La specificità del settore esaminato, del mercato (soggetto a prezzi fissati dai governi) e le alte spese di R & S potrebbero tuttavia non consentire di trarre principi generali valevoli per tutti i settori.

predisposto dal produttore che impediva le importazioni parallele non potesse essere oggetto di esenzione. Il tema era allora parso fondamentale: l'assenza di importazioni parallele è antitetica alla libera circolazione delle merci ed al libero mercato, elimina i benefici in favore dei consumatori che perdono un canale di approvvigionamento alternativo, elimina o riduce la concorrenza *intrabrand*. Tuttavia, l'eccessivo rigore della Commissione su questo aspetto ha finito poi per farle perdere di vista l'esame della situazione di mercato, l'eventuale presenza di concorrenti (concorrenza *interbrand*) e la necessità, in alcuni settori caratterizzati da forti spese di R&S, di tutelare la rete ufficiale[357] . Aspetti emersi da ultimo nei casi *Adalat e Glaxo*. La necessità della contestuale considerazione dei concorrenti emerge nel regolamento 2790/99/CE che, nel fissare la quota di mercato di sicurezza (30%), tiene naturalmente conto del contesto economico.

L'interesse della Commissione per le intese verticali e, conseguentemente, per i contratti di distribuzione si è dimostrato forse

[357] È stato correttamente notato che il caso *Grundig* è paradigmatico di una posizione della Commissione circa alcuni suoi indirizzi che si sono prestati a critiche. Innanzi tutto non è spiegabile il rigoroso trattamento riservato alle intese verticali (es. esclusiva di zona) se non nella finalità di assicurare protezione alle PMI e di realizzare un mercato unico con integrazione dei mercati nazionali. In questa prospettiva l'esclusiva di un rapporto contrattuale viene esaminata come restrizione alla libertà d'azione delle parti sul mercato, ricadente nell'art. 81, con necessità di valutarla ai sensi del paragrafo 3. Così operando si tende a dare eccessiva protezione alle importazioni parallele svalutando la necessità di una protezione del distributore ufficiale, il quale sopporta spese che il distributore indipendente non incontra (si pensi alla informazione e formazione del personale, all'allestimento di efficaci servizi assistenza post vendita, al mantenimento di gamme complete di prodotti).

Nel caso in parola la Corte CE ha affermato che si realizzava una violazione dell'art. 81/1, indipendentemente dal grado di concorrenza presente nel mercato rilevante per cui, ostacolando l'integrazione del mercato unico, essa non era meritevole di una esenzione. La Corte non ha pertanto fatto uso della doppia articolazione della norma ed operato un giudizio valutativo del contesto economico che probabilmente avrebbe potuto portare ad "assolvere" l'intesa, in relazione alla necessità di proteggere prodotti tecnologicamente sofisticati che necessitano di una forte rete di assistenza post-vendita.

Si è notato che nei primi casi esaminati dalla Corte si dubitava della liceità di sistemi esclusivi, come traspare dal caso *Technique Miniere,* Corte CE 1966, C-56/65. Evidentemente l'obiettivo del mercato unico creava un forte condizionamento, in relazione ad accordi che presupponevano la partizione del mercato e, quindi, una "marker foreclosure".

eccessivo[358]. Questa particolare attenzione della Commissione, custode e garante del corretto svolgimento del gioco della concorrenza, è legato alla necessità di assicurare la libera circolazione dei beni sul mercato unico comunitario, evitandone la compartimentazione in separati mercati. Si è tuttavia rilevato[359] che le restrizioni territoriali sono in alcuni casi assolutamente necessarie per proteggere gli investimenti del distributore (dal parassitismo dei concorrenti, cd. *free riding*) e non sempre un eventuale esame ex art. 81/3 riesce a cogliere la realtà e specificità del caso concreto.

7.4 un intesa in senso verticale

Come già detto, nell'ambito della scelta della propria politica commerciale il produttore dovrà decidere, innanzi tutto, se distribuire i propri prodotti direttamente, attraverso la propria struttura di vendita od attuare un decentramento della vendita, attraverso una rete di

---

[358] Vale notare che la fissazione del prezzo minimo di vendita (RPM) era ormai l'unica restrizione verticale considerata illecita negli USA, ove si è passati da un sistema di divieto assoluto di tutte le restrizioni sul prezzo, sul territorio e sui consumatori ad una applicazione combinata della "per se rule" e della "rule of reason" (MAGNANI, Nuovi principi di valutazione delle restrizioni verticali in ambito comunitario, Concorrenza e Mercato, 2/2000, pg. 296). Con un recente decisione (2007) la Suprema Corte USA ha valutato la clausola RPM imposta ai distributori in modo pro competitivo in base alla "rule of reason", riservando una diversa valutazione nel caso in cui il concedente fosse una impresa dominante (caso Leegin Creative Leather).
Si veda l'interessante dibattito tra NERA e la Commissione sulle storture del regolamento 2790/99/CE e delle sue Guidelines, ripreso da PEEPERKORN in EC Vertical restraints Guidelines, novembre 2000, sul sito di NERA. L'autore, funzionario della DG Competition presso la Commissione, rileva che è ingiustificata l'accusa di eccessivo rigore per le restrizioni territoriali in quanto il regolamento assicura protezione all'esclusiva di zona, conscio della necessità di proteggere gli investimenti di un distributore che lancia nel suo territorio un prodotto nuovo, ma già presente in altri territori o che deve allestire per la prima volta la sua struttura. A giudizio dell'autore il sistema previsto dal paragrafo 3 dell'art. 81 TCE assicura già una valutazione degli effetti positivi dell'accordo.

[359] V. § 115 delle Guidelines: "È importante riconoscere che le restrizioni verticali hanno sovente effetti positivi, in particolare promuovendo la concorrenza non basata sui prezzi ed il miglioramento della qualità dei servizi. Quando un'impresa non dispone di alcun potere di mercato può aumentare gli utili solo ottimizzando i propri processi di fabbricazione e di distribuzione. In un certo numero di casi le restrizioni verticali possono essere utili a tal fine in quanto le normali contrattazioni tra produttore e dettagliante nel libero mercato, che portano esclusivamente a determinare il prezzo e la quantità per una data transazione, possono dare origine ad un livello subottimale degli investimenti e delle vendite".

rivenditori indipendenti oppure utilizzare sistemi misti di filiali e rivenditori. Qui giova esaminare la relazione verticale che si crea tra produttore (concedente) e distributore. Una relazione verticale è una relazione tra due imprese indipendenti e che operano, con proprio rischio, su livelli di mercato diversi (produttore / distributore). Questa lata definizione comprende tutti i contratti di distribuzione integrata che abbiamo considerato (concessione di vendita in esclusiva, distribuzione selettiva, franchising, acquisto esclusivo, fornitura esclusiva)[360], caratterizzati dalla presenza di vincoli unidirezionali molto stretti: questi vincoli vanno esaminati sotto il profilo *antitrust.*

L'intesa verticale può ricadere nella normativa *antitrust* se essa (anche sotto la forma della decisione di un associazione di imprese o della pratica concordata): (i) pregiudica il commercio comunitario e (ii) ha per oggetto o per effetto di impedire falsare o restringere il gioco della concorrenza (art. 81, paragrafo 1 del TCE).

Non è questa la sede per affrontare la tematica delle intese verticali in relazione alle norme *antitrust*, tematica cui si sono dedicati studi particolarmente complessi. Vale qui solo rilevare che quando il produttore interviene nella fase distributiva organizzandola, la politica del distributore viene inserita nell'organizzazione (rete) del produttore. Nel momento in cui il produttore sceglie di distribuire il prodotto attraverso un sistema di distribuzione esclusiva, selettiva, franchising, crea già i presupposti di una restrizione sul mercato.

Gli accordi o restrizioni verticali possono, in ipotesi, creare effetti anticoncorrenziali e/o proconcorrenziali. La distribuzione esclusiva crea una partizione dei mercati, li isola, elimina i canali di approvvigionamento per i consumatori, equipara i prezzi di vendita, ecc. Per contro, crea effetti procompetitivi quanto la restrizione è usata per migliorare l'offerta, assicurare una maggior quantità dei prodotti offerti (ed es. gamme complete, anche con prodotti poco richiesti), protegge gli investimenti del distributore.

---

[360] Esclude, come abbiamo visto, rapporti di agenzia con imprese non integrate. In quest'ultimo caso, la relazione verticale si stempera in un rapporto di mera fornitura, con grande libertà del distributore, scarsamente rilevante ai fini della concorrenza. Ma, mentre l'agenzia rimane esclusa per non essere integrata, la subfornitura industriale è esclusa dalla Commissione dall'art. 81 TCE per mancanza di indipendenza tra le imprese coinvolte (v. PARLAMENTO EUROPEO, petizione 0368/2007, del sig. Wendhausen). Non si scorge, comunque, una particolare differenza tra relazioni di subfornitura e relazioni di distribuzione integrata, ove il rapporto con il produttore è fortemente unidirezionale, con trasmissione di *know how* al distributore.

Alcuni di questi accordi possono essere ritenuti anticompetitivi "per se", altri necessari di valutazione complessiva (*rule of reason)*. <<"A practice is "per se" illegal if it suffices to provide evidence that it exists and it is unnecessary to demonstrate that it damages competition. Under a rule of reason approach[361], in contrast, there is no a "priori" presumption and the cost and benefits of a practice must be weighed on a case by case basis>>.
La Commissione, nelle Guidelines, ha scelto un approccio intermedio. Innanzi tutto, esclude da una valutazione di anticompetitività gli accordi posti in essere da imprese con scarso potere di mercato[362]. Poi ha identificato (art.4) una lista di restrizioni gravi, vietate "per se", che difficilmente possono essere esentate (§ 46; il punto risulta tuttavia trattato in modo insufficiente, a nostro giudizio, in quanto anche restrizioni vietate - si pensi al divieto di vendite attive in un sistema esclusivo - possono essere ampiamente compensate da altre clausole che assicurano vantaggi per il mercato). Infine, ha offerto agli operatori strumenti per effettuare un'analisi di recupero dell'accordo. Già la stessa situazione di mercato può essere tale da consentire una valutazione positiva: se più imprese sono in concorrenza[363] in un

---

[361] Per un esame della dottrina della "*rule of reason*" v. Corte Suprema USA Sylvania, 1977. Ivi la Corte valuta che "under some circumstances, vertical restraints can be the most efficient way of promotion. A new or relatively powerless brand owner may find vertical restaints particulary helpful in getting its products to the public. Secondo la prospettiva della Scuola di Chicago occorre valorizzare gli aspetti proconcorrenziali sulle vendite di talune restrizioni verticali sia nella concorrenza *intrabrand* (all'interno della rete) che nella concorrenza *interbrand* (cioè con i concorrenti): l'aumento della concorrenza *interbrand* è vista come elemento che favorisce l'innovazione ed il miglioramento della qualità dei prodotti.

[362] Le PMI (piccole e medie industrie) sono individuate come motore trainante del sistema economico e con scarsi effetti anticompetitivi nelle relazioni sul mercato. Per un esame di questa tendenza, v. European Charter for Small Enterprises Lines for actions, specialmente al punto 6.

[363] La relazione di concorrenza tra imprese è valuta a livello effettivo o potenziale. Una impresa è concorrente effettivo se è presente sul mercato rilevante oppure se, in relazione ad un piccolo aumento dei prezzi sul mercato rilevante, è in grado di passare, in tempi brevi e senza particolari costi di riconversione, a quel mercato. È concorrente potenziale se vi sono elementi per dimostrare che, in presenza di un piccolo aumento dei prezzi sul mercato rilevante, potrebbe passare a quel mercato (v. § 26, Guidelines, "le imprese concorrenti sono imprese che sono fornitori effettivi o potenziali dei beni o dei servizi contrattuali. Un fornitore potenziale è un'impresa che non produce attualmente un prodotto concorrente, ma che potrebbe produrlo e che sarebbe verosimilmente indotta a produrlo in assenza dell'accordo in risposta ad un incremento modesto, ma permanente dei relativi prezzi). Sui modelli di concorrenza potenziale, BAYLEY Contestability and design of regulatory and antitrust policy, Am. Law. Rev. 1981. La giurisprudenza

mercato non concentrato si può supporre che le restrizioni verticali non gravi non provochino conseguenze negative rilevanti (§119). Una clausola di non concorrenza o di fornitura esclusiva può essere accettabile in un ambiente concorrenziale molto competitivo, ma se di lunga durata può ridurre la concorrenza *interbrand*. Analogamente, la distribuzione esclusiva è utile per incentivare il distributore ad effettuare investimenti specifici. A questa visione equilibrata si è giunti dopo un periodo in cui, come si diceva, la Commissione ha fortemente osteggiato le restrizioni verticali, assumendo posizioni molto rigide[364]. Il percorso è stato segnato da un intenso dibattito descritto in una serie di documenti emessi dalla Commissione (Libro verde sulle restrizioni verticali, Seguito del Libro Verde sulle restrizioni verticali, Libro Bianco sulla modernizzazione).

7.5 i regolamenti di esenzione e le parti.

I regolamenti di esenzione riguardano principalmente i rapporti tra le parti considerate dalla relazione verticale (ad esempio costruttore e distributore oppure costruttore, distributore, sottorete). La questione si era posta a proposito dei regolamenti di esenzione *automotive* in relazione all'attività dei rivenditori paralleli. Nella decisione *Garage Albigeois*

---

comunitaria fa ampio uso del concetto di concorrenza potenziale, al fine di accertare la struttura del mercato e se ivi possa inserirsi un nuovo concorrente (tra altre, Corte Ce, caso *European Night Services*). V. § 18/1**,** Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato: "L'accordo determina una restrizione della concorrenza, effettiva o potenziale, che sarebbe esistita in assenza dell'accordo. Se così è, l'accordo può rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1. Nell'effettuare questa valutazione, è necessario prendere in considerazione la concorrenza tra le parti e quella proveniente da terzi. Ad esempio, si ha restrizione della concorrenza (potenziale) esistente prima dell'accordo, se due imprese stabilite in Stati membri diversi si impegnano reciprocamente a non vendere i propri prodotti sul mercato interno della controparte. Analogamente, quando un fornitore impone ai suoi distributori obblighi di non vendere prodotti concorrenti e tali obblighi precludono a terzi l'accesso al mercato, si ha una restrizione della concorrenza effettiva o potenziale esistente prima dell'accordo. Nel valutare se le parti di un accordo sono concorrenti reali o potenziali, occorre tener conto del contesto economico e giuridico. Ad esempio, se a causa dei rischi finanziari e delle capacità tecniche delle parti, è improbabile, sulla base di fattori obiettivi, che ciascuna parte sia in grado di svolgere autonomamente le attività a cui si applica l'accordo, si presume che le parti non siano concorrenti per quanto riguarda detta attività.

[364] Tra i più noti, il caso *Grundig*, ove l'attenzione è rimasta sulla restrizione *intrabrand.* Probabilmente ha inciso la gravità della restrizione esaminata: l'impedimento delle importazioni parallele. Sul tema, HAWK, System failure: vertical restraints, Common market Law review, 1995.

(Corte Ce 226/94) si rileva che “a questo proposito, si deve precisare che il regolamento n. 123/85, conformemente alla funzione che gli è così affidata nell'ambito dell'applicazione dell'art. 85 del Trattato, riguarda solo i rapporti contrattuali tra fornitori e distributori ufficiali della loro rete, allorché fissa le condizioni alle quali taluni accordi tra essi stipulati sono leciti sotto il profilo delle regole di concorrenza del Trattato. Il suo oggetto si riduce perciò al contenuto degli accordi che soggetti vincolati ad una rete di distribuzione di un prodotto possono lecitamente stipulare sotto il profilo delle regole del Trattato che vietano le restrizioni al gioco normale della concorrenza all' interno del mercato comune. Poiché, dunque, si limita a definire quello che i firmatari di detti accordi possono o non possono impegnarsi a fare nei confronti dei terzi, detto regolamento non ha, invece, la funzione di disciplinare l' attività di detti terzi che possono intervenire sul mercato fuori del circuito degli accordi di distribuzione”.

I regolamenti possono tuttavia arrivare a prevedere situazioni nei confronti dei terzi. Nel regolamento 2790/99/CE ed in quello 1400/02/CE le intese verticali non sono limitate a due sole parti, ma considerano anche le relazioni con i terzi. Ad esempio, vengono valutate le relazioni con la cd. sottorete, le limitazioni alle forniture sull’*after-market* di fornitori di pezzi di ricambio, le forniture di informazioni agi operatori indipendenti.

Viene così tenuto sotto controllo l’operare dell’impresa in tutti i mercati che può influenzare: va, infatti, tenuto presente che il mercato di riferimento può essere costituito sia dal mercato a monte (es. tra fornitore ed acquirente) che da quello a valle (ad es. tra acquirente e cliente finale). Questi mercati, come si vedrà in seguito, sono comunicanti, perché un illecito concorrenziale posto in essere sul mercato a monte può presentare effetti anticompetitivi a valle: è evidente che in un mercato oligopolistico un accordo tra i produttori di non farsi concorrenza e tenere elevati i prezzi genera effetti sui consumatori finali[365]. I regolamenti di esenzione, essendo venuta meno l’autorizzazione dell Commissione (che veniva resa ai sensi dell’art. 81/3), a seguito del regolamento 1/2003, servono solo da riferimento. Va ricordato che l’Italia aveva chiesto alla Corte CE l’annullamento dell’art. 1 e seguenti del regolamento 19/65 che autorizzava la Commissione ad emanare regolamenti di esenzione, sul presupposto che le categorie degli accordi soggette a regolamento di esenzione sarebbero state poi considerate ricadenti, ipso iure, nell’art. 81, paragrafo1. La Corte (sentenza 13 luglio 1966, C-32/65) nega che questo

[365] Sulla struttura dei mercati a monte ed a valle, Guidelines, §92.

possa avvenire, ma il suo rigore verso gli accordi esclusivi conferma la preoccupazione del Governo Italiano.

7.6 le imprese indipendenti nell'accordo

Diciamo subito che vengono presi in considerazione solo gli accordi tra *imprese indipendenti*. La nozione di impresa è molto ampia e comprende qualsiasi entità, persona fisica o giuridica, che svolge un'attività economicamente rilevante, compreso lo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale o l'esercizio di una professione liberale. Si ha riguardo al fatto se l'impresa opera sul mercato per soddisfare un bisogno economico[366], pur se vi è poi la necessità pratica di legare un comportamento ad un soggetto ben individuato[367].

Il sistema *antitrust* presuppone che l'impresa operi sul mercato rispettando il gioco della concorrenza e tragga dal mercato ogni valutazione utile per formare la propria politica commerciale. "L'esigenza di autonomia se per certo non esclude il diritto degli operatori economici di adattarsi intelligentemente al comportamento che i loro concorrenti tengono e presumibilmente terranno, vieta però rigorosamente che fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti od

---

[366] Nel caso *Piau*, Trib. Ce 2005 T-193/02 viene esaminata la FIFA (federazione calcistica) come detentrice di una posizione dominante.

[367] V. Commissione, caso *PVC* 1988: "Il termine «impresa» non è definito dal trattato, ma può riferirsi a ogni ente che esercita attività commerciali e, nel caso di un grande gruppo industriale, può riferirsi, secondo le circostanze, ad una società capogruppo o ad una consociata, oppure all'unità formata congiuntamente dalla società capogruppo e dalle consociate". Nel caso *Cartoncino*, il Tribunale Ce (1998, causa T-352/94) ha affermato che l'art. 85, n. 1, del Trattato, vietando alle imprese, in particolare, di stipulare accordi o di partecipare a pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra Stati membri e che abbiano lo scopo o l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, si rivolge ad entità economiche, ognuna delle quali costituita da un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, organizzazione che può concorrere alla realizzazione di un'infrazione prevista dalla stessa disposizione. È pertanto legittimo che, allorché più società di un gruppo hanno preso parte a un'infrazione e il gruppo costituisce un'unica e medesima impresa, la Commissione rivolga la decisione che accerta l'infrazione al gruppo medesimo, rappresentato dalla società controllante. Il fatto che un'impresa abbia acconsentito a dar vita ad un organismo ed a partecipare alle riunioni del medesimo, il cui oggetto anticoncorrenziale, consistente in particolare in discussioni su futuri aumenti di prezzo, era noto e accettato dalle imprese che lo avevano istituito, costituisce un motivo sufficiente per concludere che questa impresa è responsabile di una collusione sui prezzi.

indiretti, aventi lo scopo o l'effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali di mercato[368] ". Su un piano orizzontale l'impresa non deve pertanto coordinarsi con imprese concorrenti, scambiandosi informazioni su dati rilevanti (fatturati, quote di mercato, sconti, ecc) che possono renderla edotta della strategia commerciale del concorrente e determinare risposte sul mercato indotte dalla conoscenza dei dati. Se ciò fosse possibile, le imprese potrebbero coordinare vicendevolmente e cumulativamente le loro politiche, difendendo un mercato dall'ingresso di un *new comer*. La formazione di cartelli è negativa per l'economia; in base al cartello le imprese contano su una quota di mercato raggruppata, non hanno bisogno di spingere sull'innovazione, sulla qualità dei prodotti, fanno convergere i prezzi[369]. L'indipendenza dell'impresa, come si è visto in precedenza, viene meno anche in caso di controllo[370] o collegamento societario: è per questo che il regolamento 2790/99/CE enuncia il concetto di imprese collegate, imprese i cui comportamenti vengono valutati complessivamente.
Già il regolamento 1983/83/CE (successivamente il regolamento 2790/99/CE ed il regolamento1400/02/CE) affermava il concetto di imprese collegate per sottrarle alla sua applicazione, precisando che le imprese collegate devono intendersi un'unica entità economica. Sono imprese collegate quelle imprese che sono strutturate in un rapporto controllante/controllata, dunque entro un gruppo dominato da una holding[371]. Una "*parent company*" ed una "*subsidiary*" costituiscono un'unica entità economica, in quanto la seconda, non essendo economicamente indipendente dalla prima, non ha la possibilità di svolgere un'autonoma politica commerciale e, comunque, di porsi in antagonismo concorrenziale con la propria società madre. Da questa impossibilità per la "*subsidiary*" di porsi in una situazione di gara

---

[368] V. caso *Eurofer*, Corte CE 2 ottobre 2003, C-179/99.

[369] Esiste un programma delle autorità *antitrust* comunitarie per diminuire le sanzioni in caso di collaborazione, cd. Leniency program.

[370] Nel caso in cui anche senza fusione societaria le attività di due imprese prima indipendenti vengono combinate in modo da dare luogo ad unica entità economica e l'accordo abbia dimensione comunitaria si rende applicabile la normativa sulle concentrazioni.

[371] Essendo le relazioni tra imprese infragruppo sottratte alla normativa *antitrust*, esse non devono essere artatamente costituite e la Commissione o le autorità locali possono sempre dimostrare l'autonomia delle condotte delle imprese del gruppo. Ovviamente il caso più frequente sarà quello in cui la Commissione assume la responsabilità della capo gruppo per le azioni sul mercato della propria filiale (v. caso Commissione/Itochu, Trib. CE 30/4/09, T 12/03).

commerciale con la propria "*parent company*" viene fatta derivare la conseguenza che il divieto di cui all'art. 85 del Trattato CEE (ora 81) non può applicarsi agli accordi tra due imprese di un gruppo, anche se sono giuridicamente distinte, in quanto questi accordi mai potrebbero integrare una delle condizioni essenziali per l'applicazione di questo articolo: che essi abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza"[372] . Peraltro, in relazione alla teoria dell'unica entità economica si sono ritenuti rilevanti comportamenti di società con sede al di fuori della comunità, ma operanti con filiali nella comunità[373]. Non rientrano nell'ambito dell'art. 81 TCE accordi tra costruttore e proprie filiali[374] (distribuzioni dirette).

---

[372] RAFFAELLI, Il concetto di unica entità economica nella giurisprudenza comunitaria, Rivista di dir. Ind. 1977, II, 398. VETTORI, Concorrenza e mercato, Padova 2005, 6, rileva che l'indirizzo comunitario della Corte CE o della Commissione si è sviluppato nel senso di considerare le imprese dello stesso gruppo come un unico soggetto, escludendo così la configurabilità di intese restrittive fra esse. In particolare, si è sottolineato come la società figlia, sebbene dotata di distinta capacità giuridica, non sia in grado di decidere i propri comportamenti autonomamente, ma applichi le direttive della società madre, FRIGNANI – WAELBROEK, Disciplina della concorrenza, Torino, 1996, 142.
Il concetto di impresa collegata è stato di recente applicato nel regolamento 443/2009 relativo alla limitazione delle emissioni CO2 delle autovetture. In base a questa normativa può essere considerato piccolo costruttore ed usufruire dei benefici accordati a questa categoria: a) un costruttore indipendente, b) un costruttore collegato, ma indipendente sotto il profilo organizzativo/produttivo.

[373] V. caso *Europembellage,* Corte CE 14.2.78, C-6/72: "il diritto comunitario si applica ad operazioni che influiscono sulle condizioni di mercato nell'ambito della comunità, indipendentemente da se l'operatore economico abbia sede nel territorio di uno Stato membro". V., inoltre, Tribunale CE 25 marzo 1999, caso *Gencor*, T-102/96.

[374] V. casi *Christiani & Nielsen* 1969 e *Bèguelin* 1971. Nel primo si rileva che l'applicabilità dell'art. 81/1 presuppone che fra le imprese in causa sussista una concorrenza che può venire ristretta e che questa condizione non è necessariamente soddisfatta nei rapporti fra due imprese che svolgono la loro attività nel medesimo settore, dalla semplice constatazione della personalità giuridica di ciascuna di dette imprese, ma che è determinante sapere se sia possibile, sul piano economico,

Dunque, il distributore deve essere una impresa indipendente: in assenza del requisito della indipendenza non si potrebbe parlare di contratto tra soggetti autonomi, ma di relazioni infragruppo (ad esempio tra costruttore ed una propria filiale) o di relazione tra impresa controllante ed impresa controllata.
Il concetto di indipendenza è un concetto *antitrust* e civilistico. Nel secondo caso la soluzione si rintraccia nella normativa sul controllo societario (art. 2359, n.3, c.c.) ed in quella dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 legge sulla subfornita). Nel primo caso si ritiene che una intesa verticale, la cui presenza è il presupposto per una situazione rilevante ai sensi dell'art. 81 TCE, si esplichi solo tra due imprese che operano sul mercato con indipendenza strategica.
In un contratto di distribuzione (nella specie un contratto di concessione di vendita in esclusiva) la questione venne esaminata in un *leading case* (caso Grundig[375]) nel 1966 dalla Corte CE. L'Italia aveva sostenuto (a nostro avviso con notevole acume) che la relazione tra concedente e concessionario in un contratto di distribuzione non realizzava una intesa verticale tra imprese indipendenti perché il concessionario era troppo vincolato dal concedente; nella sostanza, egli era ostaggio del concedente e non era in grado di svolgere una propria politica commerciale autonoma[376] ("il Governo italiano

---

un'azione autonoma dell'affiliata rispetto alla società madre. L'art. 43 TCE distingue tra filiali, agenzie e succursali. Per filiale si intende, ai sensi della precitata norma, una persona giuridica controllata dalla Società madre, costituita secondo il diritto del paese ospite.

[375] Corte CE 13 luglio 1966 C-56/64.

[376] Purtroppo, la comunità europea ha operato molto nella direzione del rafforzamento della concorrenza ed in questa prospettiva ha imposto il *multibrand* nel regolamento sulle intese verticali e sulla distribuzione delle vetture, ma poco nella direzione dell'indipendenza del distributore. Nel settore *automotive* i costruttori sono pervenuti a condizionare il numero dei dipendenti del distributore, i suoi mezzi patrimoniali, ecc., creando relazioni eccessivamente strette ed, in alcuni casi, probabilmente ricadenti nel controllo societario. Quando il distributore è quasi totalmente dipendente dal costruttore ed impegnato in forti investimenti da ammortizzare, diventa difficile considerare concedente e distributore due imprese indipendenti. Come si vedrà, la questione è stata ampiamente esaminata sotto il profilo dell'applicabilità generalizzata dell'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura, nel caso di recesso; risulta poco trattata sotto il profilo della (in)dipendenza strategica.
Si è correttamente notato che nel caso di intese verticali non vi è una convergenza di interessi; la restrizione alla concorrenza è riconducibile di norma all'iniziativa unilaterale del concedente cui controparte aderisce o perché costretta economicamente o perché attratta dal vantaggio di operare in una situazione

sostiene che i contratti di esclusiva non sono "accordi tra imprese" ai sensi dell'art. 85, non trovandosi le parti in posizione di uguaglianza; nei confronti di detti contratti la libertà della concorrenza può essere tutelata solo in virtù dell'art. 86 del trattato"). Tale impostazione non è stata accolta dalla Corte CE sul presupposto che l'assunto non considera che le parti dell'accordo di distribuzione si relazionano con i terzi sul mercato: sotto questo aspetto è indifferente che si trovino in posizione di uguaglianza o non, sotto il profilo economico. È, tuttavia, mancata un'analisi più approfondita perché anche nel caso di una relazione tra produttore e filiale (che non è una intesa tra imprese indipendenti) si hanno effetti sul mercato per i terzi[377] (quindi sul mercato a valle) e, comunque, il rapporto tra distributore e cliente ben può essere condizionato, nell'agire, dal rapporto concedente e distributore (nella sostanza, ai fini della politica distributiva il distributore può operare come *longa manus* del produttore[378]). Il fatto poi di considerare come unica entità due imprese operanti sul mercato, legate da una relazione di dominio (controllo) societario (imprese

---

"monopolistica". Anche in presenza del concorso della volontà delle parti le restrizioni verticali rappresentano un fenomeno sostanzialmente unilaterale. Nel documento EDL European Distribution Lawyers, commento alla Commission evaluation report of regulation 1400/02, la predetta associazione di legali rileva che, malgrado gli interventi sull' indipendenza dei distributori contenuti nei regolamenti 123/85 e 1495/95, la Commissione nel suo report precisa ora, inaspettatamente, che i distributori non hanno fatto uso di queste norme che non sembra giustificato reiterare. Questa posizione pare del tutto incomprensibile.

[377] Gli accordi tra società del gruppo sono stati ritenuti in un primo tempo suscettibili di essere valutati come intesa verticale in quanto idonei a pregiudicare la situazione concorrenziale dei terzi. Tale posizione *(intra-enterprise conspiracy*) è stata abbandonata negli USA nei primi anni 80. In ambito comunitario la Corte CE non ha avuto dubbi nel considerare una "unica entità economica" l'intesa tra società dello stesso gruppo, escludendole dall'applicazione dell'art. 85 TCE sul presupposto che non vi è per la controllata la possibilità di organizzare una propria condotta sul mercato e che le restrizioni sono in realtà una distribuzione delle funzioni all'interno di un gruppo. Per poter applicare l'art. 81 (ex 85) va pertanto accertata la sussistenza di un'effettiva autonomia decisionale. Per formalizzare il rapporto di dipendenza infragruppo la normativa comunitaria (v. regolamento 2790/99/CE) è ricorsa a dati formali (ad es. detenzione di una partecipazione di maggioranza) del tutto trascurando una sudditanza di fatto o relazionale.

[378] Un comportamento molto indipendente del distributore in un sistema distributivo esclusivo potrebbe portare a disfunzioni, ove il distributore applicasse prezzi superiori a quelli risultanti dalla somma dei costi di acquisto e del costo marginale di distribuzione; in tal modo verrebbe applicato un doppio *mark up* con effetti negativi per i consumatori, CHIRICO, L'emanazione dei regolamenti di esenzione per categoria, CERRADI, sul web.

collegate) - ipotesi considerata in passato dal regolamento sugli accordi esclusivi 1983/83/CEE ed ora dall'art. 1 del regolamento 2790/99/CE sulle intese verticali - ci porta ad ipotizzare che un produttore (ad es. di vetture) controllato da altro produttore deve considerare il suo potere di mercato complessivamente, aggregando le quote sul mercato rilevante[379], ma anche che il produttore che "controlla" strategicamente il distributore non realizza una intesa verticale. Appare difficile vedere differenze (ovviamente ai limitati fini della strategia commerciale) tra il rapporto che si instaura tra una *parent company* ed una *subsidiary* ed il rapporto che si instaura tra un produttore ed un distributore controllato nei fatti[380].

Il regolamento 2790/99/CE all'art. 1 si limita, tuttavia, a considerare un controllo formale (esercitato con il possesso della maggioranze delle azioni o delle quote o con la possibilità di nominare i consiglieri di maggioranza) non considera controlli di fatto realizzati in relazione al contratto lasciando irrisolto il problema. Al paragrafo 99 delle Guidelines si precisa che i distributori integrati sono imprese collegate ai sensi dell'art. 11. Il discorso è riferito al calcolo della quota di mercato del fornitore che unisce le quote vendute direttamente a quelle vendute in rete, ma è fortemente indicativo della relazione tra concedente ed impresa integrata.

Secondo un'autorevole dottrina[381] solo le imprese che operano in posizione dominante possono essere effettivamente autrici di comportamenti dannosi per la concorrenza e, conseguentemente, destinatarie della normativa *antitrust*; anche nelle intese verticali, sia che si attuino integrazioni verticali che reti distributive, alla base si realizzano comportamenti del tutto simili a quelli dell'impresa

---

[379] La Commissione alla nota 200 dell'opuscolo esplicativo al regolamento 1400/02/CE afferma che: "in questo esempio le quote elevate di mercato detenute da una marca diversa sotto il controllo della stessa impresa di vetture sportive sarebbero irrilevanti qualora tali automobili non fossero incluse nello stesso mercato rilevante oggetto degli accordi di distribuzione". L'esempio che viene fatto è quello di un fornitore che ha una rete attraverso la quale vende autovetture classificate all'interno di 3 segmenti, B, C, D. Se le vendite di tutte le marche riferite allo stesso fornitore sono inferiori al 40% in ciascuno dei mercati di prodotti candidati B,C e D gli accordi soddisfano il regolamento. Se in uno Stato si supera la soglia occorrerà analizzare il mercato.

[380] Ipotizza le relazioni nella distribuzione simili a controlli societari la dottrina tedesca, auspicando l'applicazione analogica dell'art. 312 dell'*Aktiengesetz* sull'obbligo della capo gruppo di indennizzare la controllata per i sacrifici imposti nella strategia operativa.

[381] DELLI PRISCOLI, Le restrizioni verticali della concorrenza, Milano, 2002.

dominante. Nel caso di un'integrazione verticale si potrebbe intravedere, secondo la tesi in parola, una posizione dominante collettiva. Nella sostanza "in assenza di una posizione dominante, qualunque comportamento anticoncorrenziale non potrebbe avere alcun risultato in termini di effettiva restrizione alla concorrenza"[382]. Ne deriverebbe l'insufficienza del criterio distintivo tra posizione dominante ed intesa (cosi' come l'insufficienza del requisito della restrizione consistente della concorrenza richiesto per l'intesa). La tesi si mostra in contrasto con l'orientamento della Commissione che, nel regolamento 2790/99, ha creato (all'art. 4) clausole vietate (cd. *hardcore restrictions),* applicabili a tutti gli accordi. La tesi introduce, tuttavia, il problema di un'intesa verticale che si stabilisce tra imprese realmente indipendenti: di certo nell'intesa verticale si attua, di frequente, un comportamento condiviso (lo schema è simile a quello della posizione dominante collettiva). Si può, pertanto, trarre la conclusione che la normativa sulla intese verticali dovrebbe presupporre, per la sua applicazione, anche una valutazione *sull'effettiva possibilità del distributore di agire in modo indipendente sul mercato*[383]: ove tale requisito non fosse presente, la posizione del distributore, rispetto al produttore, non sarebbe dissimile da quella di una società del gruppo o di un subfornitore. Nella sostanza, potrebbero ricadere nelle maglie dell'art. 81 solo quelle relazioni nelle quali la struttura contrattuale consente al distributore integrato di operare con strategia commerciale indipendente: non ci nascondiamo che una simile impostazione urta contro la tendenza della Commissione di asservire ogni restrizione verticale alla precitata norma[384], ma tale

---

[382] La tesi è evidentemente influenzata dalla possibile applicazione congiunta, da parte della giurisprudenza comunitaria, degli art. 81 ed 82 TCE, norme che mantengono tuttavia una distinzione concettuale netta (v. PAPPALARDO, Il diritto comunitario della concorrenza, Torino, 2007, 403), specie in relazione alla unilateralità del comportamento dell'impresa dominante.

[383] Un'impresa che non può relazionarsi sul mercato se non con un produttore od un acquirente non è un'impresa indipendente, ma un ostaggio e non può essere destinataria della normativa *antitrust.* Come gia detto, non si comprende perchè la Commissione consideri fornitore ed acquirente nel rapporto di subfornitura come imprese non indipendenti e fornitore ed acquirente nella distribuzione integrata come imprese indipendenti (v. nota 266).

[384] Si consideri, tuttavia, che la medesima Commissione nei tre regolamenti di esenzione per categoria *automotive*, come notato in precedenza, ha imposto una serie di norme che hanno il dichiarato intento di evitare un'eccessiva dipendenza economica del distributore, chiaramente mostrando di essere al corrente che la relazione in tale settore tra produttore e distributore integrato è fortemente

tendenza non spiega il diverso trattamento riservato ad un distributore che è una filiale del produttore ed uno che è indipendente, ma osserva (di fatto) le stesse regole. È, infatti, frequente che il produttore, nell'ambito della stessa rete, usi sistemi misti, formati da filiali e distributori indipendenti. La parte di sistema che è organizzata con filiali è "ad un solo livello distributivo" e non realizza una intesa verticale. Se il distributore integrato non è indipendente occorre considerarlo nell'agire del gruppo sotto il profilo del comportamento di impresa dominante.

7.7 le intese

La nozione di accordo o di intesa è ampia ed ha valenza economica, nel senso che diventa rilevante una manifestazione posta in essere in qualsiasi forma, anche non vincolante giuridicamente, come *gentelmen's agreement o circolari commerciali,* purché finalizzata ad incidere sul mercato. Deve essere, comunque, una volontà condivisa, non unilaterale[385].

---

sbilanciata in favore del primo. Si consideri, peraltro, che per la giurisprudenza di alcuni paesi comunitari (ad es. la Germania) è pacifico che il distributore integrato si trovi in una posizione di sudditanza relazionale. Ne consegue che se vengono inserite, in detti regolamenti di esenzione, norme per alleggerire la dipendenza del distributore, non si può poi ragionare come se il distributore integrato, in determinate circostanze, operi come impresa indipendente.

[385] Cass. 827 /99, Giur. Comm. 1999, II, 223. Per il diritto *antitrust* non basta un accordo, occorre che sia la prova effettiva della collusione bilaterale o plurilaterale. Nella giurisprudenza comunitaria, tra altri, v. caso *Volkswagen*, Corte CE 13.7.06, C-74-04, ove viene richiesta la prova, non offerta dalla Commissione, che il concessionario aveva effettivamente accettato la politica anticompetitiva della casa madre.

La questione è, comunque, molto complessa e travagliata. Nel caso *Adalat* il Tribunale CE (T-41/96) aveva chiaramente specificato che "allorché una decisione del produttore si sostanzia in un comportamento unilaterale dell'impresa, tale decisione esula dal divieto dell'art. 81". Nella sostanza, pretendeva la prova della condivisione consapevole della intesa al di là della lettera contrattuale.

La Commissione, in diverse decisioni, è stata di diverso avviso ed ha dato per pacifico che la rete si fosse adattata alle politiche anticoncorrenziali indicate dal produttore. Le decisioni hanno lasciato notevoli perplessità in relazione alla prova della collusione offerta dalla Commissione per presunzioni. Nel caso *BMW Belgium* (cause riunite 32, 36-82/78) i concessionari si erano astenuti dall'esportare su segnalazione della casa madre ed erano addirittura stati sanzionati (§ 28 "per tutte le ragioni esposte, si deve quindi constatare che la circolare della Bmw Belgium del 29 settembre 1975 e la circolare del consiglio consultivo dei concessionari belgi, della stessa data, considerati tanto il loro tenore quanto il contesto materiale e giuridico in cui si inseriscono, nonché il comportamento delle parti, costituiscono una

La Commissione ha configurato come accordo anche comportamenti unilaterali tenuti dalla parte forte della intesa[386] a fronte dell'acquiescenza del distributore. È evidente la finalità di colpire atteggiamenti anticoncorrenziali, chiaramente contrari alla integrazione dei mercati. Tale atteggiamento è poi stato in parte corretto a seguito del mutamento della giurisprudenza comunitaria (v.

---

manifestazione di volontà diretta a far cessare le esportazioni di veicoli Bmw nuovi dal Belgio; *inviando le circolari di cui si tratta a tutti i concessionari belgi, la Bmw Belgium si è fatta promotrice della conclusione con i concessionari di un accordo avente per scopo la cessazione totale di quelle esportazioni*. I concessionari belgi, inclusi i membri del consiglio consultivo che hanno dato il proprio consenso alla circolare della Bmw Belgium del 29 settembre 1975, acconsentendo, hanno aderito all' accordo il cui contenuto è precisamente definito dalle circolari. Visti il loro contenuto e la loro portata, i suddetti accordi avevano per oggetto di impedire, di restringere e di falsare sensibilmente il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune per un prodotto di marca determinato"). Questi passaggi sono richiamati al § 46 della sentenza *Volkswagen*, Corte CE 13 luglio 2006 (C-75/04).
La Commissione procede nello stesso modo nei casi *AEG* (deciso poi in ultima istanza da Corte CE 25 ottobre 1983, causa 107/82), *Ford* (deciso in ultima istanza da Corte CE 28 febbraio 1984 causa 228/82) *Volkswage*n del 28 gennaio 1998. In quest'ultimo caso la Commissione valorizza la minaccia di risoluzione del contratto di concessione di vendita se i dealer non si fossero adeguati alle politiche del costruttore volte a compartimentare i mercati.Si è notato che la Commissione, conscia della debolezza delle sue tesi e della difficile prova che era necessario offrire, ha poi cercato di blindare questa posizione, creando un regolamento per il settore *automotive* molto stringente, evidentemente rendendosi conto che il supporto normativo offerto dall'art. 81 non era solido ed occorreva ricercare una base giuridica diversa(MENGOZZI, Il regolamento 1400/02(..), Contratto e Impresa EU, 2003,8). La posizione della giustizia comunitaria che pretende le prove della collusione è un modo semplice per evitare gli eccessi della Commissione. In realtà, ci pare evidente che un distributore integrato si allinei *naturalmente* alla politica commerciale del produttore. L'impresa integrata, come detto in precedenza, manca *tendenzialmente* di indipendenza. È chiaro che la rete dei distributori può reclamare una politica del produttore che esclude nuovi distributori che pure possiedono i requisiti per entrare, ma ci pare evidente che, in tale caso, si perpetua, in primis, la strategia del costruttore (interessante il caso *AEG*, relativo ad una rete selettiva).
Peraltro, attribuire al termine "accordo" confini troppo labili finirebbe per considerare la norma dell'art. 81 come sovrapponibile all'art. 82: in mancanza di una intesa condivisa si verserebbe nell'ipotesi di un mero comportamento posto in essere sul mercato da una impresa in posizione dominante, considerato dall'art. 82 TCE.
V. Sul punto le interessanti note di COLANGELO, in "Volkswagen ed il concetto di intesa nell'era del dopo ADALAT", sul web.

[386] Negli USA invece si tende a valutare anche l'effettivo adeguamento del distributore alla direttiva del produttore, va però rilevato che in quel paese la tutela assicurata al dealer è molto forte.

caso *Adalat*). Rimane però evidente che in un contratto di distribuzione, sotto le vestigie di un accordo negoziato e voluto, si può attuare una diseguaglianza sostanziale che può connotare il suo svolgersi. Al di fuori del potere dominante ex art. 82 la Commissione ha valorizzato aspetti della dipendenza delle parti sotto il profilo del gruppo societario e dell'impresa collegata, ma ha poi trascurato aspetti di diseguaglianza sostanziale[387].

Va, infine, rilevato che il diritto *antitrust* più che dell'aspetto formale del contratto, generalmente ossequioso verso i principi comunitari, si occupa dell'effettiva relazione tra le parti ed in specie, dei comportamenti indotti dal concedente al distributore sui rapporti di vendita. Diventano, pertanto rilevanti "documenti" segreti circa politiche commerciali su sconti, allocazione di prodotti, ecc..

7.8 un' intesa che reca pregiudizio al commercio comunitario.

Il diritto *antitrust* comunitario, in linea tendenziale, non si occupa di relazioni commerciali che si esauriscono in ambito locale o nazionale[388] o che non sono idonee a pregiudicare sensibilmente[389] il

---

[387] Sul punto FAELLA, cit., pg. 107.

[388] Si consideri che secondo le teorie economiche ed in termini molto generali, se l'impresa non possiede un significante potere di mercato difficilmente le restrizioni verticali possono produrre effetti anticompetitivi (v. sul punto Trib. Bologna 11 novembre 2003, Dir. soc. 2004, 13, 64; Cass. 8251/95 che riguardava l'applicazione del regolamento *automotive* 123/85 tra due società operanti in ambito locale).

V. anche il caso *Remia*, Corte CE 42/84: "in order that an agreement between undertakings may affect trade between member States it must be possible to foresee with a sufficient degree of probability on the basis of a set of objective factors of law or fact that it may have an influence, direct or indirect, actual or potential, on the pattern of trade between member states, such as might prejudice the realization of the aim of a single market in all the member states. any such agreement or practice restricting competition and extending over the whole territory of a member state by its very nature has the effect of reinforcing the compartmentalization of markets on a national basis, thereby holding up the economic interpenetration which the treaty is intended to bring about".

In generale, si è affermato che la normativa comunitaria copre gli accordi idonei a costituire una minaccia alla libertà del libero commercio tra gli Stati membri di modo che può impedire gli obiettivi del mercato unico, in particolare separando i mercati nazionali. D'altra parte, le condotte che hanno effetto solo nel territorio di un singolo Stato dovrebbero essere governate dalle leggi nazionali (caso *Hugin*, 1979, causa 22/78, Corte CE, ove: "se la politica di vendita restrittiva di un produttore impedisce ad un cliente potenziale, stabilito nello stesso stato membro, di soddisfare il proprio fabbisogno attraverso i canali commerciali normali, cioè sul mercato nazionale, e lo induce, di conseguenza, a tentare di procurarsi il prodotto di

commercio tra Stati membri (§12, Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato). "Il criterio del pregiudizio limita il campo di applicazione degli artt. 81 e 82 agli accordi ed alle pratiche abusive che possano avere un livello minimo di effetti transfrontalieri all'interno della comunità" (§ 13). "Gli accordi di natura locale non sono di per sé in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri" (§ 91). Dunque, per le intese verticali l'esistenza di un certo potere di mercato dell'impresa è condizione necessaria perché essa abbia un impatto significativo esterno. Si tratta di un criterio che incide autonomamente sul diritto comunitario e definisce il suo campo di applicazione (criterio giurisdizionale[390]). Eventuali restrizioni *intrabrand* non hanno impatto significativo se il mercato ha una forte spinta concorrenziale: l'indicatore del potere di mercato è, quindi, in prima approssimazione, sufficientemente utile per escludere che l'intesa verticale abbia impatto restrittivo. Il concetto di potere di mercato coincide solo formalmente con quello di posizione dominante

---

cui trattasi negli altri Stati membri, questi tentativi non possono essere considerati come un indizio dell'esistenza, attuale o potenziale, di correnti commerciali normali di questo prodotto fra gli Stati membri. Stando cosi le cose, il comportamento del produttore non è atto a pregiudicare il commercio fra stati membri ai sensi dell'art. 86 del trattato.

Se l'accordo è capace di impedire il commercio tra gli Stati si può presumere che attenti agli obiettivi del mercato singolo. La prova del pregiudizio al commercio comunitario è offerta dall'intervenuta modifica del gioco della concorrenza sul mercato. Quando ciò si verifica non è possibile utilizzare il meccanismo del paragrafo 3 dell'art. 81 per autorizzare l'accordo anticompetitivo"). Nella sentenza Steen II, C-132/93 del 16 gennaio 1994, la Corte CE afferma che sono irrilevanti per il diritto comunitario situazioni puramente interne le quali vanno apprezzate in base al diritto nazionale.

Nel caso *Bagnasco* (Corte CE 216/96 del 1999) la Corte offre un'interpretazione molto restrittiva del concetto del pregiudizio agli scambi e valuta clausole contenute in norme bancarie uniformi operanti solo a livello nazionale. Sul punto v. anche, di recente, Tribunale CE 14.12.2006, T-259/02, caso *Raiffeisen*.

[389] V. paragrafo 8 Guidelines: "gli accordi non suscettibili di pregiudicare in modo significativo gli scambi fra Stati membri o che non abbiano per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente il gioco della concorrenza non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 81, paragrafo 1 del trattato. Il regolamento di esenzione per categoria si applica esclusivamente agli accordi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1".

[390] Agli art. 81 ed 82 TCE vengono vietati comportamenti che causano un pregiudizio al commercio intracomunitario: tale criterio funziona da criterio di giurisdizione, le intese che non hanno il requisito del pregiudizio intracomunitario ricadono nella "giurisdizione" dei giudici nazionali.

ed il primo non è il sostituto del secondo nel settore delle intese verticali. Secondo la Commissione il potere di mercato sussiste in capo ad una impresa quando crea sul mercato una situazione di insufficienza concorrenziale fra le marche: la sua estensione non deve raggiungere il livello della posizione dominante che costituisce la soglia per l'applicazione dell'art. 82 (v. §119 Guidelines).
Il principio del pregiudizio al commercio comunitario, introdotto dagli artt. 81 e 82 TCE, è esplicitato dalla giurisprudenza comunitaria[391]. In termini generali, la ricostruzione del pregiudizio al commercio intracomunitario non è sempre verificabile in termini geografici[392], ma è necessario ricostruire l'ambito spaziale *degli effetti* dell'intesa, se essi incidono sui flussi delle importazioni o delle esportazioni oppure nella compartimentazione dei mercati locali.
Viene considerato un comportamento che interviene nella circolazione intracomunitaria dei beni od altera le condizioni della concorrenza all'interno del mercato. Il concetto di pregiudizio al commercio dell'art. 81 TCE si coniuga, rafforzandolo, con il principio della libera circolazione delle merci di cui all'art. 23 TCE. Occorre avere a riferimento gli effetti del comportamento e non la localizzazione delle imprese; in questo senso, anche il comportamento collusivo di imprese

---

[391] V. caso *Volk* in cui la Corte CE ha rilevato che "l'accordo non ricade sotto il divieto dell'art. 85 (ora 81) qualora, tenuto conto della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi, esso pregiudichi il mercato in maniera irrilevante". Dal caso V*olk* nasce la cd. dottrina De minimis, compatibile con l'obiettivo generale del TCE di incentivare lo sviluppo delle PMI (Piccole Medie Imprese). Al § 8 delle Guidelines si precisa appunto che il regolamento di esenzione si applica esclusivamente agli accordi che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 81/1 e che da questa norma fuoriescono gli accordi di importanza minore in quanto non determinano un pregiudizio sensibile al gioco della concorrenza.
In alcune importanti sentenze della Corte CE si evidenzia l'importanza di una valutazione economica dell'intesa: nel caso *Pronuptia de Paris*, a proposito del sistema di franchising, si ribadiva che la protezione territoriale ha valenza restrittiva solo se la rete è relativamente estesa e che crea incentivi agli investimenti promozionali.
Il ragionamento può anche partire da una valutazione ex art. 81/1 e pervenire ad una esenzione ex art. 81/3: la stessa presenza di clausole chiaramente anticompetitive (es. obbligo di effettuare acquisti con elevati minimi di acquisto, obbligo di non aderire a reti commerciali concorrenti, riserva in capo al concedente di negoziare le condizioni di acquisto dei prodotti, anche concorrenti) è stata superata dalla bassa quota di mercato" (caso PIRELLI / DRIVER / CENTER AGCM 12093/03).

[392] V. Trib. CE 11.7.07, causa T-170/06 tra una società lussemburghese ed una società russa. Sugli effetti comunitari dell'intesa, v. caso *Gencor*, Tribunale CE 1999, T-102/96.

operanti solo in uno Stato può incidere, ai fini della predetta norma, se determina una compartimentazione del mercato nazionale impedendo ad altre imprese di entrarvi[393].

Diventa così irrilevante accertare se l'impresa o le imprese sono stabilite nella comunità: "questa decisione si applica a tutte le imprese partecipanti alle pratiche concordate siano esse stabilite all'interno del mercato comune ovvero al di fuori di esso (..), le regole della concorrenza si applicano quindi a tutte le restrizioni della concorrenza produttive all'interno del mercato comune degli effetti di cui all'art. 85/1 (..) non vi è motivo di esaminare se le imprese responsabili di dette restrizioni della concorrenza hanno la sede all'interno ovvero al di fuori della comunità"[394]. Al § 23 si precisa poi che secondo il criterio standard sviluppato dalla Corte di Giustizia la nozione di pregiudizio implica che deve essere possibile prevedere, con un grado di probabilità adeguato in base ad un complesso di fattori obiettivi, che l'accordo possa avere influenza diretta od indiretta attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra stati membri. Deve trattarsi di un'influenza sensibile, la quota di mercato aggregato delle parti su qualsiasi mercato rilevante del 5% non appare generalmente idonea a pregiudicare in modo sensibile gli scambi comunitari. A tale requisito,

---

[393] Cfr. § 45 caso *Manfredi*, Corte CE 13.7.06, "on the other hand the fact that an agreement, decision or concerted practice relates only to the marketing of products in a single Member State in non sufficient to exclude the possibility that trade between Member States might be affected. An agreement (…) over the whole of the territory of a Member State has, by its very nature, the effect of reinforcing the partitioning of markets on a national basis thereby holding up the economic interpretation which the Treaty in designed to bring about".

V. Cass. Francese 21.7.06 NGK Spark Plugs France. In questo caso il distributore francese del costruttore giapponese di candele operava solo in Francia, ma imponeva a questa rete di non evadere ordini provenienti da altri Stati.

Circa gli effetti di operazioni di importazione nel territorio comunitario, si è affermato che : "L'art. 85 n. 1 del trattato osta al divieto posto da un fornitore stabilito in uno Stato membro ad un distributore, stabilito in un altro Stato membro, al quale affidi la distribuzione dei suoi prodotti in un territorio situato al di fuori della Comunità, di procedere a qualsiasi vendita in un territorio diverso da quello previsto dal contratto, ivi compreso il territorio della Comunità, sia mediante commercializzazione diretta sia mediante riesportazione dal territorio contrattuale, se tale divieto ha per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno della Comunità e rischi di influenzare i flussi di scambio tra gli Stati membri, anche nel caso in cui il fornitore distribuisca i propri prodotti all'interno della Comunità tramite una rete di distribuzione selettiva esentata ai sensi dell'art. 85 n. 3 del trattato. Corte giustizia CE, 28 aprile 1998, n. 306, *Soc. Javico* International e altro c. Soc. *Yves Saint Laurent Parfums SA*, Foro it. 1998.

[394] Caso *Materie Coloranti*, Commissione, 1969.

per le intese verticali, viene aggiunto, quello del fatturato del prodotto rilevante. L'indice è fissato in 40 milioni di euro. Questa soglia viene calcolata sulla base delle vendite complessivamente effettuate nella comunità dalle imprese interessate[395] dai prodotti contrattuali. Al § 102 delle Guidelines si afferma che " nella valutazione dei singoli casi la Commissione adotterà un approccio economico per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 81 alle restrizioni verticali. Di conseguenza l'articolo 81 si applicherà *soltanto* alle imprese che detengono un certo potere di mercato, *dove la concorrenza tra marche potrebbe essere insufficiente*. In tali casi la protezione della concorrenza tra marche e all'interno di ogni marca è importante per assicurare vantaggi in termini di efficienza e benefici per i consumatori" (notano KORAH-O'SULLIVAN, Distribution agreements under the EC competition rules, Oxford, 2002,259, "The meaning of Guidelines 102 is opaque. The Commission seems to be saying that it will only find infringements of article 81 on the part of undertakings with market power, because market power is the touchstone for insufficient inter-brand competition).

7.9 il mercato rilevante

La quota di mercato viene accertata sul *mercato rilevante*. Occorre già precisare che ai fini *antitrust* una intesa verticale che non supera la quota di mercato del 30% sul mercato rilevante può usufruire del regolamento di esenzione generale n. 2790/99 ed essere ritenuta lecita, salvo non contenga le clausole vietate. Una quota inferiore al 15% (tra imprese non concorrenti) usufruisce di una normativa semplificata[396].

---

[395] Imprese interessate sono le imprese collegate, cioè legate da una relazione di controllo. È logico pensare che la sommatoria delle imprese collegate implichi che si debba tenere conto dei soli prodotti contrattuali sul *mercato rilevante*.

[396] V. Comunicazione De Minimis del 2001. Comunque, al di là delle soglie di mercato, generalmente non ricadono nel divieto dell'art. 81/1 le intese concluse tra piccole e medie imprese (PMI) come definite dalla raccomandazione 96/280/CE. Sulla finalità comunitaria di dare protezione alle PMI, v. paragrafo 6, della Carta Europea per le piccole imprese ove: "Le piccole imprese sentono i benefici delle riforme attuali dell'economia europea. La Commissione e gli Stati membri devono quindi continuare sulla strada delle riforme mirando al completamento di un vero mercato interno dell'Unione, di facile approccio per le piccole imprese, in settori cruciali per il loro sviluppo tra cui il commercio elettronico, le telecomunicazioni, i pubblici servizi, gli appalti pubblici e i sistemi di pagamento transfrontalieri. Allo stesso tempo le norme europee e nazionali in tema di concorrenza andrebbero applicate in modo rigoroso per garantire che le piccole imprese abbiano tutte le possibilità per entrare in nuovi mercati e competere in condizioni di equità".

La quota limite del 30%, riferita ad un mercato del prodotto inserito in un determinato ambito geografico[397], è sufficientemente elevata. Si pensi che questa quota corrisponde, nel settore *automotive*, alla quota posseduta da FIAT sul mercato domestico della vendita delle autovetture. Nello stesso settore, una quota di mercato pari al 40% la raggiunge Volkswagen in pochi mercati locali.

Per mercato rilevante del prodotto si intende la più piccola "area commerciale" nella quale si devono individuare le condizioni della concorrenza ed i poteri di mercato dell'impresa. Viene effettuato un rapporto tra l'impresa osservata e quelle concorrenti sul prodotto. I prodotti concorrenti sono quelli ritenuti sostituibili sotto il profilo della domanda[398] (criteri integrativi - ai fini di una più coerente valutazione - sono quelli della sostituibilità dal lato dell'offerta[399] -[400] e

---

[397] Comunicazione della Commissione sulla definzione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, GUCE C 372, 9.12.1997, p. 5–13.
Per un esame approfondito, VERBOVEN–LEUVEN, Quantitative Study to Define the Relevant Market in the Passenger Car Sector, sett. 2002, sul sito della Commissione.

[398] In termini molto semplicistici, e senza voler ricorrere ai più sofisticati "price test" (secondo cui due prodotti appartengono allo stesso mercato se un piccolo, ma durevole aumento di prezzo dell'uno determina uno spostamento sufficientemente importante della domanda verso l'altro), la sostituibilità viene valutata a livello di caratteristiche, prezzo, facilità di acquisto, ecc..

[399] V. Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, § 20: " Si può prendere in considerazione anche la sostituibilità sul versante dell'offerta quando si tratta di definire il mercato in situazione nelle quali tale sostituibilità ha effetti equivalenti, in termini di efficacia e di immediatezza, a quelli della sostituibilità sul versante della domanda. Occorre che i fornitori siano in grado di modificare il loro processo produttivo in modo da fabbricare i prodotti in causa e immetterli sul mercato in breve tempo, senza dover sostenere significativi costi aggiuntivi o affrontare rischi eccessivi, in risposta a piccole variazioni permanenti dei prezzi relativi. Se tali condizioni sono soddisfatte, la produzione aggiuntiva immessa sul mercato condizionerà la condotta concorrenziale delle imprese interessate. In termini di efficacia e di immediatezza tale fenomeno è equivalente a quello che si riscontra in caso di sostituibilità della domanda".

[400] "Un'altra questione importante è quella di stabilire se, ai fini dell'individuazione del mercato rilevante, come contesto entro il quale è possibile l'esercizio di un significativo grado di potere di mercato, si debba tenere conto solo della possibilità di sostituzione da parte degli acquirenti (sostituibilità dal lato della domanda) o si debbano considerare anche le possibilità di sostituzione dal lato dell'offerta, cioè la capacità di fornitura del prodotto da parte di altre imprese in risposta ad un aumento del prezzo da parte dell'ipotetico monopolista". GOBBO, Il mercato e la tutela della concorrenza, Bologna, 2001, 126.

la concorrenza potenziale[401]). Volendo fare un esempio pratico, in termini molto semplicistici, nel settore automobilistico[402], per accertare la sostituibilità del prodotto dal lato della domanda, si possono ritenere sostituibili le autovetture appartenenti allo stesso segmento, analogamente si può operare per le motociclette[403].

---

[401] Nel caso *Michelin* (322/81 del 1983) la Corte CE afferma al paragrafo § 37 "come la Corte ha ripetutamente sottolineato, da ultimo nella sentenza 11 dicembre 1980 (causa 31/80, l'Oreal, racc. pag. 3775), ai fini della valutazione della posizione, eventualmente dominante, di una impresa su un mercato determinato, le possibilità di concorrenza vanno valutate nell'ambito del mercato comprendente tutti i prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti. Bisogna tuttavia osservare che la determinazione del mercato di cui trattasi serve a valutare se l'impresa interessata sia in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva e di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori. Pertanto, non ci si può, a tale scopo, limitare all'esame delle sole caratteristiche obiettive dei prodotti di cui trattasi, ma bisogna anche prendere in considerazione le condizioni di concorrenza e la struttura della domanda e dell' offerta sul mercato".
V. § 26, Guidelines: L'articolo 2, paragrafo 4 del regolamento di esenzione per categoria esclude esplicitamente dal suo campo di applicazione "gli accordi verticali conclusi tra imprese concorrenti". Gli accordi verticali tra imprese concorrenti saranno esaminati, per quanto riguarda eventuali effetti collusivi, nell'ambito delle future linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 alla cooperazione orizzontale. Tuttavia, gli aspetti verticali di tali accordi devono essere esaminati nell'ambito delle presenti linee direttrici. L'articolo 1, lettera a) del regolamento di esenzione per categoria definisce le imprese concorrenti come "fornitori attuali o potenziali nello stesso mercato del prodotto", indipendentemente dal fatto che essi siano o meno concorrenti sullo stesso mercato geografico. Le imprese concorrenti sono imprese che sono fornitori effettivi o potenziali dei beni o dei servizi contrattuali, o di beni o servizi che sono sostituti dei beni o dei servizi contrattuali. Un fornitore potenziale è un'impresa che non produce attualmente un prodotto concorrente, ma che potrebbe produrlo e che sarebbe verosimilmente indotta a produrlo, in assenza dell'accordo, in risposta ad un incremento modesto ma permanente dei relativi prezzi. Ciò significa che l'impresa sarebbe in grado di - e verosimilmente incline ad - effettuare gli investimenti supplementari necessari e offrire i suoi prodotti sul mercato nell'arco di un anno. Questa valutazione deve basarsi su fondamenti realistici; non è sufficiente la semplice possibilità teorica di ingresso su un mercato.

[402] Generalmente il settore automobilistico viene individuato come un mercato con scarsità di prodotti sostitutivi, entrata limitata di *competitor*, forte rivalità tra i pochi produttori, similarità del prodotto, capacità produttiva in eccesso, crescente potere contrattuale del clienti.

[403] Occorre ricorrere a valutazioni pratiche perché dal punto di vista emotivo il candidato acquirente di una Ducati, di una Ferrari o di una Lamborghini difficilmente la cambierà con un altro prodotto.

Generalmente il mercato del prodotto è distinto dal mercato dei pezzi di ricambio o da quello del servizio assistenza post vendita[404].
Per mercato rilevante geografico si intende l'area geografica in cui la concorrenza ha luogo e viene misurata (ad esempio si parla di mercato nazionale, comunitario o globale). L'area minore che ha una propria caratterizzazione, esclude quella maggiore. Definire il mercato geografico non è sempre facile, in relazione ai diversi elementi da considerare ed alle frequenti scelte del costruttore di vendere prodotti diversamente allestiti in mercati nazionali: è significativo come nel settore automobilistico non si sia ancora stabilito se il mercato ha caratterizzazione nazionale o comunitaria (v. §150 decisione della Commissione *Mercedes-Benz*, 10 ottobre 2001). Il mercato rilevante risulta dalla combinazione del mercato rilevante del prodotto e di quello geografico. Nel caso di mercati su aree geografiche limitate, la quota di mercato può essere elevata; analogamente ciò può avvenire in relazione a prodotti molto specializzati[405].

7.10 la valutazione dell' intesa

La valutazione dell'intesa è ora demandata alla parte, non essendo più necessario procedere alla notifica alla Commissione. A seguito del Regolamento 1/2003 la parte procede, essa stessa, a verificare se: (i) l'intesa ricade entro le maglie dell'art. 81 n.1, (ii) se ha come oggetto od effetto finalità anticompetitive, (iii) se può, comunque, essere valutata pro competitiva attraverso un bilanciamento degli effetti. In

---

[404] Per un esame del mercato dei pezzi di ricambio, v. caso *Hugin* (Corte CE 22/78). Nel caso OTIS trattato avanti l'AGCM, il mercato dei pezzi di ricambio per ascensori è stato ritenuto secondario rispetto alla vendita del prodotto principale sulla base del fatto che la domanda dei ricambi sorge solo in occasione della domanda di interventi in riparazione.
Si può distinguere dal mercato dei pezzi di ricambio quello dell'assistenza post-vendita e quello delle informazioni tecniche necessarie per la riparazione. Il mercato dell'assistenza post-vendita viene calcolato sulla marca. In tale mercato la rete del costruttore, quantomeno per la fase in cui è ancora operante la garanzia, mantiene quote molto elevate di mercato rispetto ai riparatori indipendenti. Essi, infatti, nel predetto periodo di garanzia, si limitano generalmente ad effettuare i cd. tagliandi. I riparatori indipendenti necessitano, poi, per poter competere con i riparatori della rete di informazioni tecniche, informazioni che spesso (specie se legate al software di bordo) detiene solo il costruttore.

[405] Nel caso *Microsoft* si sono accertate quote di mercato elevatissime, apparendo la situazione di mercato di tipo monopolistico.

tale ultimo caso può giovarsi di un regolamento di esenzione[406] . La norma dell'art. 81, come si è detto, è composta dal paragrafo 1, che prevede il divieto delle intese anticompetitive, dal paragrafo 2 che prevede la sanzione della nullità per le medesime e dal paragrafo 3 che consente una valutazione degli aspetti competitivi al fine di ritenere ammissibile una intesa che pur ricadrebbe nel divieto del paragrafo 1. Riprendendo il discorso prima iniziato, se l'intesa verticale presenta i caratteri dell'art. 81, paragrafo 1, è illecita; tale potrebbe essere, ad esempio, un contratto di distribuzione selettiva basato su criteri qualitativi (standard) non oggettivi oppure un contratto di concessione di vendita in esclusiva che esclude le cd. vendite passive. Per essere ammesso il contratto (o sistema, se è inserito in una ramificazione distributiva) deve poter superare lo scrutinio del paragrafo 3 oppure rispondere ad un regolamento di esenzione (es. *automotive* n. 1400/02/CE o sulle intese verticali n. 2790/99/CE). Potrebbe ritenersi ammissibile ex art. 81/3 un sistema selettivo quantitativo in relazione alla esigenza di assicurare una protezione agli investimenti del distributore in relazione ad un mercato molto concorrenziale. Non potrebbe essere recuperato un sistema distributivo esclusivo che non consente le vendite passive.

Dalle restrizioni principali che caratterizzano l'accordo si distinguono le restrizioni accessorie, restrizioni collegate all'accordo e necessarie alla sua realizzazione[407]: esse sono esentate se l'accordo non rientra nell'art. 81/1. Non si tratta di una esenzione ex art. 81/3, ove vengono valutati effetti procompetitivi ed anticompetitivi, ma dell'applicazione del principio per cui l'accessorio segue il principale.

L'articolo 81/1 richiede, innanzitutto, di valutare l'impatto di una intesa in termini di restrizioni della concorrenza. Vi sono particolari restrizioni che possono avere un impatto restrittivo perché alterano le condizioni di mercato: cioè determinano una collusione fra le imprese, una *market foreclosure*, una riduzione della concorrenza fra fornitori, un peggioramento delle condizioni sul mercato con riduzione delle alternative disponibili. L'esempio più semplice di un'intesa che comporta un effetto di chiusura è quello di una impresa che vincola a sé una parte rilevante dei canali di distribuzione in un mercato con

---

[406] Come visto, in realtà, già con il sistema del Regolamento 1216/99, i contratti di distribuzione erano esentati dalla notifica preventiva alla Commissione. In tal modo, la parte era chiamata ad una autovalutazione dell'oggetto e degli effetti dell'intesa.

[407] Possono essere ritenuti accessori in un contratto di franchising gli obblighi volti a proteggere l'uniformità e la reputazione del sistema (c.d. corporate Identity).

forti barriere all'entrata per i concorrenti marginalmente più efficienti[408] . Altro esempio può essere quello dell'oligopolista che, in presenza di ostacoli all'arbitraggio tra i mercati, massimizza i profitti applicando prezzi diversi in ciascuno Stato. Tali situazioni appaiono incompatibili con il principio del mercato unico comunitario e con quello dell'integrazione economico-politica dei mercati nazionali[409]. Se sono inevitabili fenomeni esogeni di riduzione dei canali di arbitraggio, sono tuttavia rilevanti quei fenomeni che sono frutto di un preciso comportamento degli operatori[410]. La Commissione è stata particolarmente attenta a che l'intesa verticale considerata consenta di mantenere aperti il maggior numero di canali di arbitraggio, lasciando al consumatore la possibilità di beneficiare di queste opportunità: in questa logica vengono ritenute essenziali, in un regime di distribuzione esclusiva, le vendite passive; in un regime di distribuzione selettiva le vendite attive e passive, in entrambi i sistemi le vendite tra distributori e le importazioni parallele. L'arbitraggio tra i rivenditori della rete e quello al di fuori della rete dovrebbe aumentare la *chance* di acquisto del consumatore.

È chiaro che il produttore può trarre vantaggio da differenziali di prezzi che avvengono su mercati locali (cd. dispersione dei prezzi), ma non mantenere artificialmente il differenziale (ad esempio, il produttore potrebbe sfruttare temporanee variazioni del rapporto di cambio tra sterlina ed euro che creano situazioni diverse nel mercato UK ed in quello continentale, ma non potrebbe concentrare le vendite sul mercato più lucroso), impedendo di fatto la libera circolazione delle merci.

La distribuzione esclusiva, attribuendo una protezione territoriale, diminuisce la concorrenza *intrabrand*, conseguentemente i distributori avranno meno incentivi a farsi concorrenza perché i vantaggi monopolistici si concentrano nella zona. Se vengono imposte

---

[408] SIP/DUCATI, AGCM 1996.

[409] Vedremo in seguito che il problema dell'integrazione dei mercati ha determinato politiche della Commissione molto criticate. Essa ha spinto sulla necessità di tenere aperti il maggior numero di canali di arbitraggio (di approvvigionamento), ma tale obiettivo ha, in certi casi, indebolito le strutture dei rivenditori locali.
Per favorire maggiori chance di acquisto nel regolamento *automotive* sono previste regole di favore per gli intermediari che acquistano dalla rete ufficiale in base a mandato del cliente finale, v. Tribunale di Commercio di Mons, 23 dicembre 2004, reperibile sul sito della UE, sez. concorrenza, casi nazionali, Belgio.

[410] Per un regolazione del fenomeno nel settore *automotive*, v. Comunicazione della Commissione al regolamento 123/85.

restrizioni *intrabrand*, ad esempio giustificate dalla necessità di protezione degli investimenti del distributore, devono esistere validi motivi; andrà, in particolare, dimostrato che esse possono aumentare l'efficienza del sistema distributivo e che producono un vantaggio per i consumatori (ad esempio aumentando le quantità complessive vendute, migliorando le caratteristiche dei beni o la qualità dell'assistenza)[411] .

7.11 il regolamento generale 2790/99/CE.

Questo regolamento è riferito (art. 2) alle intese verticali: "conformemente all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, e salvo il disposto del presente regolamento, il paragrafo 1 di detto articolo è dichiarato inapplicabile agli accordi o alle pratiche concordate conclusi tra due o più imprese[412], operanti ciascuna, ai fini dell'accordo, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi ("gli accordi verticali"). Tra i servizi si potrebbero intendere anche i servizi di assistenza post-vendita, ma alla precisa individuazione della necessità di regolare questo settore si è giunti solo col regolamento automotive 1400/02/CE.
L'esenzione si applica nella misura in cui tali accordi contengono restrizioni della concorrenza rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1 ("le restrizioni verticali")". Sono esclusi accordi tra concorrenti che vengono esaminati nel settore degli accordi di collaborazione orizzontale tra le imprese (v. Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale).
All'art. 4 sono previste una serie di clausole "vietate"[413], mentre all'art. 5 sono previsti obblighi che devono essere oggetto di

---

[411] BRUZZONE, Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali, Mercato, concorrenza, regole, 2000.
[412] Viene qui intodotto il principio della rete articolata su vari livelli ed intercomunicante.
[413] Articolo 4 : 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

ponderazione ad hoc[414] (analogo schema è riprodotto nel regolamento *automotive* 1400/02).

---

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 può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, eccettuate le seguenti:
- 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 (*per la comprensione di questa norma occorre precisare che un territorio è esclusivo se il fornitore serve nel medesimo solo un distributore. Se si intende che sono vietate le vendite attive quando intervengono in un territorio esclusivo di altro distributore, si presuppone che sia necessariamente esclusivo anche quello del distributore e, quindi l'intero sistema. Nella sostanza, il divieto sarebbe ammissibile a patto che il sistema adottato sia esclusivo. Singolarmente il concetto di territorio rimane vago e nessuna differenza viene fatta riguardo la sua ampiezza).*
- la restrizione delle vendite agli utenti finali da parte di un acquirente operante al livello del commercio all'ingrosso,
- la restrizione delle vendite a distributori non autorizzati da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva,
- 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, la quale limita la possibilità 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.

[414] Articolo 5: 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; un obbligo di non concorrenza tacitamente rinnovabile oltre i cinque anni si considera concluso per una durata indeterminata; tuttavia, tale 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;
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, salvo che tale obbligo

Le clausole vietate all'art. 4 si riferiscono ad alcune restrizioni ritenute *ex se* anticompetitive: fissare i prezzi di rivendita (ma è corretto fissare prezzi massimi), vietare le vendite attive e passive nel sistema selettivo, vietare le vendite tra distributori della rete, porre limitazioni sul territorio, salvo la limitazione alle vendite attive in territori ove ad altri distributori è concessa l'esclusiva. Tale ultima norma è del tutto singolare, in quanto il divieto di vendite attive sembra essere ammesso (solo) in riferimento ad un sistema basato su zone esclusive (cioè con solo un distributore per zona) . Ora, nella giurisprudenza comunitaria il vero problema dei sistemi esclusivi sono state le importazioni parallele e le vendite passive (tenuto anche presente che queste coprono forme di vendita come quelle internet). La restrizione alle vendite attive certo contribuisce a parcellizzare i territori, tuttavia non sono state viste in precedenza come *conditio si qua non* dei contratti esclusivi (come si desume dal fatto che il regolamento 4087/88 sul franchising, fondato su un sistema che non può definirsi esclusivo, consentiva di limitarle). Peraltro, le vendite attive non sono che uno dei canali di arbitraggio presenti sul mercato (assieme alle vendite in rete tra distributori, alle vendite passive, alle importazioni parallele). Inoltre, il riferimento all'utilizzabilità del divieto nella struttura della distribuzione esclusiva (di cui però manca una definizione sia nel regolamento 2790/99/CE che nel regolamento 1400/02/CE) porta come conseguenza che, oltre che a dette vendite, il divieto escluderebbe la *location clause (che è una forma esasperata di vendita attiva)*, clausola applicata anche nella distribuzione selettiva. Non si comprende, pertanto, il fondamento del *link* tra vendite attive e distribuzione esclusiva, come non si comprende perchè un altro ambiente, oltre a quello della distribuzione esclusiva, non possa soddisfare, comunque, le condizioni per limitare le vendite attive. La risposta porta, a nostro giudizio, alla necessità di maggiori chiarimenti da parte della Commissione, anche con riferimento all'ammissibilità

- si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali,
- sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale, e
- sia indispensabile per proteggere il "know-how" trasferito dal fornitore all'acquirente

e a condizione che la durata di quest'obbligo di non-concorrenza sia limitata ad un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo; tale obbligo 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.

di clausole di divieto di vendite attive nel franchising, ove la prassi ha dimostrato che il trasferimento del *know how* è di frequente insufficiente[415]. Va, inoltre, considerato che le vendite del distributore tramite siti internet sono considerate vendite passive, ma ciò, evidentemente, solo per una finzione, in quanto esse sono viste al pari di un contatto telefonico del cliente, in realtà esse svolgono una funzione attiva nella promozione delle vendite distributore, per cui si potrebbe ritenere che la limitazione alle vendite attive sia ampiamente compensata dalla concessione al distributore dell'utilizzo di strumenti di contatto con il cliente. Si tenga, infine, presente che nelle più recenti trattazioni *ex professo*, nella sezione dedicata alla distribuzione esclusiva non viene evidenziato che questo sistema costituirebbe la base necessaria per giustificare l'imposizione del divieto delle vendite attive[416].

Nelle Guidelines la Commissione precisa che "la concessione di una esenzione individuale ad accordi verticali che contengono tali restrizioni gravi è improbabile" (§ 46). La filosofia della Commissione è quella di tenere aperti almeno tre canali di arbitraggio: quello delle vendite passive ai consumatori (anche a mezzo intermediari), quello delle vendite tra i rivenditori della rete e quello delle importazioni parallele.

Si vuole evitare che il produttore si appropri dell'attività del distributore sino al punto da stabilire i prezzi sul mercato ed usare il prezzo come leva per proprie strategie commerciali. È ammesso il divieto di vendere componenti o semilavorati ai terzi concorrenti che li userebbero per fabbricare prodotti concorrenti.

È vietato l'accordo tra il produttore ed il suo subfornitore di pezzi di ricambio, volto ad impedire che detto subfornitore venda a terzi, ai fini della riparazione, detti componenti[417].

---

[415] Il punto è efficacemente notato da ICC International Chamber of Commerce, nel documento 225/655 del 5.1.2009, sul web, ove ci si chiede: *Should the Block Exemption's requirement to grant exclusive territories to distributors in order to have active sales bans be removed?*. Nello stesso senso, KORAH-O'SULLIVAN, Distribution Agreements under the EC Competition Rules, Oxford, 2002*: "there is a perverse incentive encouraging suppliers to provide more protection by granting an exclusive territory if they want to protect dealer from even active sales".* Nella pubblicazione Concorrenza e Contratti di distrubuzione, CCIAA Torino, n. 1/2001, si afferma: "Il regolamento 2790/99, invece, pare consentire accordi nei quali il concessionario si vede assegnata, non in esclusiva, una zona al di fuori della quale non può organizzarsi stabilmente.

[416] V. PAPPALARDO, Il diritto comunitario della concorrenza, Torino, 2007, 306.

[417] La situazione non è chiara sul punto. Intanto, occorre dire che un contratto di distribuzione rimane tale anche se prevede clausole accessorie di trasferimento di

Da questo breve *excursus* emerge come non sia possibile creare sistemi distributivi, esclusivi o selettivi, nei quali il produttore è l'unico canale di approvvigionamento. All'art. 5 è considerato anticompetitivo un obbligo di non concorrenza di durata superiore a 5 anni[418]. Tra gli obblighi di non concorrenza vi è anche l'obbligo del distributore di acquistare oltre l'80% del proprio fabbisogno annuo dal produttore. Questo limite consente al distributore un canale di approvvigionamento alternativo[419]. Con il rimanente 20% il distributore riesce a gestire, probabilmente, un'altra marca.

L'esenzione si applica automaticamente solo al di sotto della quota del 30% [420] (articolo 3); entro la quota di mercato soglia (che costituisce, con le parole della Commissione, un "safe harbour", cioè un porto sicuro) le intese non risultate lecite ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 81 TCE potranno essere recuperate avvalendosi del paragrafo 3 (tenuto presente che difficilmente potrà esere esentata una restrizione ex art. 4 del regolamento 2790/99, il problema si pone per quelle ex art. 3 e 5). È chiaro che il criterio della quota prefissata è una semplificazione e che potranno poi essere valutati favorevolmente singoli casi in cui, pur in presenza di una quota maggiore, non si verificano situazioni anticompetitive. Infatti, al di sopra della soglia (del 30%) non vi è una presunzione di illiceità, ma le intese verranno valutate caso per caso, in base ai criteri delle Guidelines[421]. Questo

---

DPI perché esse non svolgono una funzione primaria nel contratto. Se il contratto prevede come parte primaria un trasferimento di *know how* ad un subfornitore, non è un contratto di distribuzione.

Per aumentare la concorrenza nell'*after-market* si riconosce al subfornitore di vendere direttamente i prodotti, con proprio logo (v. art. 4/e del regolamento 2790/99/CE). È dubbio se ciò possa avvenire anche quando l'acquirente fornisce stampi, tools, equipments, ecc..

[418] La durata minima è sembrata utile per consentire l'ammissibilità di clausola che avrebbe potuto essere valutata negativamente "per sé". Tale durata può essere ritenuta equa per la eterogeneità dei rapporti che sono regolati.

[419] Si tende ad assicurare il maggior numero di canali di acquisto, come si desume ad esempio dalla essenzialità delle vendite passive od intrabrand.

[420] La quota corrisponde ad una valutazione di tipo economico sul presupposto che una impresa che detiene un rilevante potere di mercato (+30%) riduce la concorrenza interbrand e le restrizioni verticali possono produrre effetti negativi. L'utilizzo delle quote potrebbe apparire eccessivamente rigido, ma poi una valutazione complessiva può avvenire in una visione strutturale del rapporto. Buoni risultati ha dato questo metodo in U.K. ove è stato da tempo utilizzato con pragmatismo.

[421] BRUZZONE, Riforma della politica comunitaria in materia di intese verticali, Mercato, concorrenza, regole, 2000.

potrà avvenire in un mercato ove il fornitore[422] non ha il controllo della maggior parte dei canali distributivi e non impedisce ai concorrenti di entrare nel mercato. Le Guidelines forniscono al fornitore il metodo di analisi per valutare l'intesa nel caso la quota di mercato superi il 30%[423], oltre che una valutazione della struttura delle principale restrizioni verticali. Esse sono così individuate: Monomarchismo, Distribuzione esclusiva (o Attribuzione dei clienti in esclusiva), Distribuzione selettiva, Fornitura esclusiva, Vendita abbinata, Prezzi raccomandati e/o prezzi massimi di rivendita[424]. Ai fini *antitrust* distribuzione esclusiva, selettiva e fornitura esclusiva possono essere accomunate sotto la definizione di distribuzione limitata, in quanto in tutte si ha una restrizione sul mercato attraverso una zona o l'esclusione di tipi di clientela. Le restrizioni presentano specifiche caratteristiche.

7.12 Monomarchismo (single branding)

---

[422] La terminologia usata per le intese è quella di Fornitore ed Acquirente.

[423] Metodo di analisi di una restrizione verticale. La valutazione di una restrizione verticale di solito comprende le quattro tappe seguenti:
le imprese interessate devono definire il mercato rilevante al fine di determinare la quota di mercato del fornitore o dell'acquirente, in funzione dell'accordo. La quota di mercato si calcola considerando il mercato del prodotto rilevante (che comprende tutti i prodotti o servizi considerati come equivalenti) ed il mercato geografico rilevante (che comprende il territorio su cui le imprese interessate operano nell'offerta o nella domanda dei beni e servizi rilevanti);
se la quota di mercato rilevante non supera la soglia del 30%, l'accordo verticale beneficia dell'esenzione per categoria, purché soddisfi le condizioni fissate dal regolamento n 2790/1999/CE;
se la quota di mercato rilevante supera la soglia del 30%, si deve verificare se l'accordo verticale non falsi la concorrenza. In questo caso, i fattori da prendere in considerazione sono: posizione del fornitore, dei concorrenti, dell'acquirente sul mercato, barriere all'entrata, natura del prodotto, ecc.;
se l'accordo verticale rientra in tale disposizione, si deve esaminare se esso soddisfi le condizioni per l'esenzione. In questo caso, l'accordo deve contribuire a migliorare la produzione e/o la distribuzione dei prodotti, a promuovere il progresso tecnico o economico e riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva. In ogni caso, l'accordo verticale non deve imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e non deve eliminare la concorrenza.

[424] Queste restrizioni finiscono per costituire veri e propri tipi contrattuali, esaminabili separatamente, JONCZEK Competitive Market – Antitrust dimension of Competition policy un the EU.

In questa configurazione il distributore non vende prodotti (marchi) concorrenti.
Dal punto di vista della concorrenza, le clausole di questo tipo rischiano di precludere l'accesso al mercato dei fornitori concorrenti o potenziali, di facilitare la collusione tra fornitori in caso di uso cumulativo della clausola stessa e, quando l'acquirente è un dettagliante che vende ai consumatori finali, di indebolire la concorrenza tra marchi all'interno del punto vendita. Il regolamento (generale) 2790/99/CE sulle intese verticali e quello (particolare) 1400/02/CE *automotive* si sono indirizzati al *multibrand* per aumentare la concorrenza, utilizzando la clausola di non concorrenza.
L'ammissibilità della fattispecie è, infatti, legata al problema delle clausole di non concorrenza. Nel regolamento 2790/99/CE [(art. 1, lettera b)] per obbligo di non concorrenza si intende qualsiasi obbligo, diretto od 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 od indiretto che impone all'acquirente di acquistare dal fornitore o da altra impresa da questo indicata più dell'80% degli acquisti annui complessivi. Gli obblighi di non concorrenza non sono ammessi se previsti per una durata superiore a cinque anni. Non sono ammesse clausole di rinnovo tacito, ma deve essere prevista la facoltà del distributore di rinegoziare la clausola alla scadenza e non devono esistere ostacoli tali da rendere problematico porre termine al contratto che contiene questi obblighi (è chiara l'allusione a situazioni di dipendenza economica). La Commissione (v. Guidelines, § 143) non ritiene che gli investimenti richiesti debbano essere protetti per periodi superiori. Se l'impresa è dominante, deve fornire una giustificazione oggettiva circa l'efficienza di tale clausola.
In questa fattispecie si possono anche far rientrare quei contratti che regolano forme di acquisto esclusivo, originariamente ricadenti sotto il regolamento 1984/83/CEE. Questa casistica era, come detto, limitata ad ipotesi di contratti di fornitura di articoli alimentati (birra[425] o di

[425] Il mercato della birra si è sempre rivelato particolarmente interessante sotto il profilo *antitrust* in relazione alla utilizzazione dei cd. *contracts de brasserie*. I produttori di birra distribuiscono i loro prodotti attraverso contratti standard contenenti clausole di acquisto esclusivo. La durata minima e l'obbligo di acquisto di quantitativi minimi fanno in modo che il rivenditore risulti vincolato, creando una barriera all'entrata per i nuovi concorrenti. La Commissione, diversamente da quanto accaduto in altri settori, ha ritenuto in alcuni casi la prevalenza degli effetti

gelati) o di carburanti che prevedevano un approvvigionamento esclusivo, anche per la totalità del fabbisogno, senza esclusiva di zona. Avanti la giustizia comunitaria si sono discussi importanti casi[426] in relazione: agli obblighi di acquistare (oltre che i prodotti) anche attrezzatura, alle relazioni finanziarie che si instaurano tra le parti, alla possibilità del somministrato di acquistare i prodotti presso fornitori esteri. Questi accordi sono spesso incappati in divieti ex art. 81/1, a volte recuperati ai sensi dell'art. 81/3. Attualmente il regolamento 2790/99/CE ha sostituito il regolamento 1984/83/CEE e per detti contratti vale la clausola di non concorrenza sopra esaminata.

7.13 distribuzione esclusiva (exclusive distribution)

In questo sistema il distributore deve vendere i prodotti contrattuali solo nel territorio assegnato e gli sono impedite vendite attive a clienti ricercati fuori zona. Nelle Guidelines (§ 161) si ipotizza una situazione di esclusiva bilaterale: un concessionario per un territorio che vende i prodotti della marca e non vende i prodotti in stretta concorrenza. Il concessionario può vendere prodotti di altre marche (in tale configurazione sono escluse forme di esclusiva solo in favore del concessionario il quale può vendere anche prodotti di concorrente).Il sistema rischia di indebolire la concorrenza all'interno del marchio e di precludere l'accesso al mercato, in modo tale che ne potrebbe risultare una differenziazione dei prezzi. Quando la maggioranza o la totalità dei fornitori (produttori) applica la distribuzione esclusiva possono aumentare i problemi di chiusura del mercato e le collusioni, anche a livello dei distributori. È, infatti, evidente che se il mercato vede presenti solo pochi distributori specializzati e questi sono vincolati ad un solo fornitore, è praticamente impedito l'accesso al mercato ai concorrenti, bloccati da questa barriera all'entrata[427]. L'esclusiva di

---

proconcorrenziali, concedendo esenzioni ai sensi del terzo paragrafo dell'art.81, pur in presenza di un consistente effetto di *foreclosure* caratterizzante il mercato inglese.

[426] Ad esempio *Delimitis*, Corte Ce 1999, C- 2341/89, *Langnese*, Corte Ce 1998, C-279/95 e *Masterfoods*, Corte Ce C-552/03.

[427] Nel caso SIP/Ducati Sip, AGCM 1996, si era esaminato il caso in cui un fornitore nella distribuzione dei terminali radiofonici si avvaleva di una rete di distributori in franchising che avevano vincoli di esclusiva di prodotto. Esso operava in posizione dominate. L'apposizione di una clausola di esclusiva in tale situazione aveva creato una estensione del potere di mercato, tenuto conto che aveva informazioni privilegiate sulla telefonia. Il sistema in franchising non risultava peraltro finalizzato a trasferire ai distributori *know how* ed assistenza alla vendita, elementi che

zona protegge i distributori dalle importazioni parallele e favorisce la compartimentazione dei mercati: questi aspetti negativi possono essere controbilanciati da aspetti procompetitivi (protezione degli investimenti del distributore in caso di lancio di nuovi prodotti o di forti spese di start-up) . L'analisi di un accordo che contiene una clausola di esclusiva di zona non è semplice: per valutare il mercato del prodotto occorre esaminare il potere di mercato del fornitore, gli effetti prodotti dalle reti cumulative, le marginalizzazioni dei rivenditori[428]. Ma il problema più importante sotto il profilo *antitrust* è la parcellizzazione del territorio comunitario in zone. La protezione delle zone e dei distributori ivi inseriti possono impedire le importazioni parallele[429], creare barriere alla produzione ed al commercio dei beni, privando i consumatori del vantaggio di poter sfruttare le differenze dei prezzi che si creano nei mercati locali, acquistando ove il prodotto costa meno. Ammesso il sistema di distribuzione esclusiva sono poche le concessioni che la Commissione sembra stata disposta a fare.

Sono numerosi i casi di intervento della Commissione contro i costruttori automobilistici che, al fine di proteggere i mercati locali, imponevano ai concessionari (esclusivi) di non evadere domande provenienti da altri paesi comunitari[430], attraverso l'imposizione ai

---

mancavano nel rapporto; se ne concludeva che il sistema di franchising in esclusiva non appariva giustificato sotto il profilo della concorrenza.

[428] Appare così chiaro che le valutazioni sulle intese verticali hanno alla base valutazioni di tipo economico e non giuridico per cui l'analisi porta, in alcuni casi, a differenti risultati in relazione alle scuole di pensiero cui si aderisce.

[429] Le importazioni parallele sono favorite da una situazione di diversi prezzi in mercati locali diversi; in tale situazione il rivenditore indipendente trova conveniente acquistare su un mercato presso i rivenditori ufficiali e rivendere in un altro, operando in concorrenza con eventuali distributori ufficiali.

[430] Per un esame delle problematiche legate alla compartimentazione dei mercati in forza di esclusive di zona, ci sono casi relativi alle industrie automobilistiche molto esplicativi, caso C-551/03 P *General Motors Nederland and Opel Nederland v Commission*, Corte CE 4 aprile 2006; Caso C-338/00 P *Volkswagen AG I v Commission*, Corte CE 18 settembre 2003; Tribunale CE T-325/01 *DaimlerChrysler v Commission*; Tribunale CE 15 settembre 2005; Case T-208/01 *Volkswagen AG II v Commission*, Tribunale CE 3 Dicembre 2003; Case T-368/00 *GM Nederland and Opel Nederland v Commission*, Tribunale CE 21 Ottobre 2003; Case T-62/98 *Volkswagen AG I v Commission*, Tribunale CE 6 luglio 2000.

Queste problematiche appaiono molto complesse in quanto la protezione dei distributori in determinati mercati nazionali è spesso strettamente funzionale a preservare la rete anche in quei mercati ove i costi di allestimento delle dealership sono maggiori, rispetto ad altri mercati. Si scontra, in tali casi, da una parte

concessionari delle aree limitrofe di forme di disincentivazione delle esportazioni.
Va, infine, considerato che l'impresa si muove sul mercato, quindi la relazione tra concedente e distributore è sempre considerata in questo contesto attivo. La clausola di esclusiva potrebbe apparire anticompetitiva in una situazione di mercato monopolistico senza canali di approvvigionamento ulteriori rispetto a quelli del monopolista. Tale situazione potrebbe portare: (i) ad una artificiale partizione del mercato unico comunitario, (ii) alla eliminazione di tutti i canali di arbitraggio. Simili considerazioni non sono utilizzabili negli U.S.A.[431], ove non vi è l'obiettivo di integrazione del mercato unico, ma vi è solo quello della promozione del benessere del consumatore. In tale sistema le restrizioni verticali poste in essere da una impresa non in posizione dominante tendenti alla creazione di zone di esclusiva sono generalmente considerate lecite. I rischi commerciali di tali restrizioni sono ritenuti bassi in quanto è interesse del produttore sviluppare un'efficiente distribuzione al fine di ottimizzare le vendite ai consumatori, incoraggiare la concorrenza fra i distributori della propria marca (intrabrand) e di mantenere i prezzi controllati[432].

7.14 attribuzione dei clienti in esclusiva (exclusive customer allocation)

Si tratta di forma distributiva analoga alla precedente. In un accordo di attribuzione dei clienti in esclusiva, il fornitore accetta di limitare le vendite dei propri prodotti ad un unico distributore ai fini della rivendita ad una determinata categoria di clienti. Allo stesso tempo, il distributore è spesso limitato nelle sue vendite attive ad altri clienti attribuiti ad altri in via esclusiva. Dal punto di vista della concorrenza, questo sistema rischia soprattutto di indebolire la concorrenza all'interno del marchio e di precludere l'accesso al mercato, in modo tale che potrebbe derivarne una differenziazione dei prezzi. Quando la maggioranza o la totalità dei fornitori applicano l'attribuzione dei

---

l'interesse del consumatore a comperare dove vuole, nell'ambito del mercato comunitario, e dall'altra l'interesse del costruttore a mantenere in vita una rete anche ove allestirla costa di più.

[431] Esistono accordi tra U.S.A. e Canada che prevedono la libera circolazione delle merci tra i due Stati, accordi che hanno dato origine a numerose contoversie in quanto i differenziali dei prezzi tra i due paesi sono elevati.

[432] Sulle teorie della Scuola di Chicago e di Harvard, v. GOBBO, Il Mercato e la tutela della Concorrenza, Bologna, 1997.

clienti in esclusiva, ciò può facilitare le collusioni, sia a livello dei fornitori stessi che al livello dei distributori.

7.15 distribuzione selettiva (selective distribution)

Dal punto di vista della concorrenza, questo sistema di distribuzione rischia di indebolire la concorrenza all'interno del marchio e, soprattutto, determina un effetto cumulativo che tende ad escludere altri tipi di distributori. Nella Guidelines si precisa che se il sistema è basato su criteri qualitativi non si applica l'art. 81/1, l'assunto è conforme alla giurisprudenza comunitaria (la quale recupera l'ammissibilità dell'accordo attraverso il bilanciamento degli effetti proconcorrenziali ed anticompetivi: essendo immediatamente percepibile la restrizione che opera a livello di possibili acquirenti). Il sistema deve, comunque, essere utilizzato per vendere prodotti che necessitano di una forma qualificata (cd. certificazione) di distribuzione[433], i criteri che fissano gli standard di entrata devono essere prequalificati, non discriminatori e necessari. È, infine, possibile (§ 186) usare un sistema selettivo qualitativo e quantitativo[434] (*link* ora in uso nel settore autovetture, ove è ritenuto ammissibile se il produttore detiene una quota di mercato inferiore al 40% ed il mercato è molto concorrenziale; tale concessione è un evidente *favor* per i costruttori di autovetture perchè questo mercato è un oligopolio ristretto, caratterizzato dall'uso di reti distributive cumulative). Nelle Guidelines non si esclude che si possa unire il sistema selettivo a quello esclusivo. L'affermazione risente dell'influenza del regolamento sulla distribuzione delle vetture allora vigente[435], ma non regge poi alla verifica del successivo regolamento *automotive* 1400/02/CE, ove non si è ritenuta ammissibile l'utilizzazione congiunta di un sistema misto selettivo ed esclusivo[436].

---

[433] Prodotti tecnologici, di lusso o di qualità. Ciò determina l'esigenza di commercializzare il prodotto attraverso una rete qualificata. Si crea così un legame molto forte tra marchio, prodotto, comunicazione al pubblico e sistema distributivo. La qualificazione del punto vendita presenta per il produttore un'interesse superiore alla presenza negli stessi locali di prodotti concorrenti.

[434] Il sistema quantitativo crea il cd. *numerus clausus* dei distributori.

[435] Al momento delle redazione delle Guidelines (2000) era vigente il regolamento 1495/95/CE.

[436] Nel regolamento *automotive* 1400/02 esiste una vera singolarità: sono state fissate quote diverse per la distribuzione selettiva e per quella esclusiva; rispettivamente del 40% e del 30%; ciò è senza (apparente) giustificazione e non

Nelle Guidelines (come peraltro nella Comunicazione De Minimis del 2001) viene rilevato che poiché è la tipologia del prodotto che caratterizza il sistema, spesso i produttori si inducono a far ricorso a questo sistema in massa [437]. In tale ipotesi si dovrebbe verificare l'impossibilità di distribuire i prodotti in altro modo ed il mancato verificarsi di effetti cumulativi. Infatti, se l'insieme dei produttori opera in questo modo è probabile che si verifichi una sovrapposizione delle reti con effetti escludenti sul mercato (cd. fatt. R 5)[438].

---

pare che la differenziazione sia fondata su elementi di valutazione noti, tali per cui si possa ritenere che il sistema esclusivo sia più pericoloso di quello selettivo.

[437] Ciò può portare anche alla creazione di cartelli. La Commissione sulla concorrenza francese nel marzo 2006 ha sanzionato i maggiori produttori di profumi per pratiche collusive di fissazione del prezzo dei prodotti.

[438] Nel settore *automotive* tutti i costruttori, tranne uno, hanno scelto il sistema selettivo, ma la Commissione sembra trascurare questa caratteristica del mercato. Sugli effetti cumulativi, v. TAJANA, L'effetto di cumulo derivante da reti parallele di accordi verticali contenti restrizioni simili alla luce del reg. 2790/99 e della imminente modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario, sul web. L'A. rileva che proprio in considerazione di queste possibili implicazioni anticoncorrenziali, il fenomeno dell'effetto cumulativo derivante da reti parallele è stato sollevato dinanzi alla Corte di Giustizia nel 1967, in occasione del caso *Brasserie De Haecht*. La Corte di Giustizia ha successivamente sviluppato la dottrina dell'effetto cumulativo in varie occasioni, predisponendo, con la sentenza *Delimitis*, un vero e proprio test per verificare, innanzitutto, la sussistenza di un effetto di cumulo nel mercato considerato e, successivamente, la significatività del contributo apportato dagli accordi conclusi dalla singola impresa, al fine di stabilire la contrarietà all'art.81 degli accordi suddetti. Nella sentenza *Delimitis* la Corte CE afferma : "Un contratto di fornitura di birra è vietato dall'art. 85, n. 1, del Trattato CEE, qualora ricorrano due condizioni cumulative. Occorre in primo luogo che, tenuto conto del contesto economico e giuridico del contratto oggetto della controversia, il mercato (…) sia difficilmente accessibile ai concorrenti che potrebbero insediarsi in tale mercato o espandere ivi la loro quota di mercato. Il fatto che il contratto di cui trattasi faccia parte, in tale mercato, di un complesso di contratti analoghi, che producono un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza, costituisce solo un fattore, fra i tanti, per valutare se un tale mercato sia effettivamente di difficile accesso. È necessario in secondo luogo che il contratto di cui trattasi contribuisca in modo significativo all'effetto di blocco prodotto dal complesso di questi contratti nel loro contesto economico e giuridico. L'importanza del contributo del contratto individuale dipende dalla posizione delle parti contraenti sul mercato considerato e dalla durata del contratto".
Diventa fondamentale la durata dell'accordo e la possibilità di uscirvi; afferma la Corte CE nella sentenza *Neste* del 2000: "Il divieto di cui all'art. 85, n. 1 del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1 CE) non si applica all'accordo di acquisto esclusivo concluso da un fornitore di carburanti, accordo che il rivenditore può disdire in

7.16 il franchising

Dal punto di vista della concorrenza, la concessione della formula commerciale e gli accordi di franchising contengono generalmente una combinazione di restrizioni verticali riguardanti i prodotti distribuiti, in particolare la distribuzione selettiva e/o obblighi di non concorrenza e/o la distribuzione esclusiva o forme più deboli di tali restrizioni. Ha suscitato notevoli perplessità l'esenzione concessa dal regolamento 4087/88/CEE circa il monomarca ed il divieto di aprire nuove sedi. Vengono, nella sostanza, in cambio della cessione di *know how*, dell'assistenza certificata alla vendita, al mantenimento di standard uniformi, barattati due divieti molto restrittivi, quali quello di trasferire l'esercizio e di vendere prodotti concorrenti. Nel momento in cui si ammette la *location clause* si escludono, di fatto, le vendite attive perchè il distributore dovrebbe utilizzare, per varcare la sua zona di influenza, solo la reclame pubblicitaria.
Attualmente, venuto a scadere detto regolamento, si applica alla fattispecie quello sulle intese verticali (2790/99/CE) . Poichè questo regolamento non esenta, all'art. 5, clausole di non concorrenza di durata superiore a 5 anni e per quote di approvvigionamento esclusivo a carico del distributore superiori all'80%, nel caso in cui il franchisor detenga una quota di mercato superiore al 30% nel mercato rilevante si determina la necessità di mantenere la fornitura esclusiva sotto il tetto dell'80% del fabbisogno del distributore (v. § 200 Guidelines) e quindi il rapporto non può essere monomarca.
Altre problematiche sono relative alla diversa valutazione di un rapporto, in relazione alla notorietà della marca ed al frazionamento dei territori: se la marca è molto famosa, tende ad opacizzare il ruolo del distributore ed a creare punti vendita altamente sostitutivi dal lato della domanda, cosicchè il mercato geografico si allarga.

7.17 fornitura esclusiva (exclusive supply)

Si tratta di una forma estrema di restrizione della distribuzione per quanto riguarda la limitazione del numero degli acquirenti: in un

---

qualsiasi momento con un preavviso di un anno, qualora tutti gli accordi di acquisto esclusivo conclusi da detto fornitore, considerati singolarmente, o congiuntamente all'insieme degli accordi analoghi conclusi da detti fornitori, abbiano un effetto sensibile sulla chiusura del mercato, ma laddove gli accordi di durata simile a quella dell'accordo di cui alla causa principale rappresentino solo una minima parte di tutti gli accordi di acquisto esclusivo del medesimo fornitore, stipulati per la maggior parte a tempo determinato per un periodo di oltre un anno".

accordo di questo tipo esiste un unico acquirente all'interno della Comunità Europea, al quale il fornitore può vendere un determinato prodotto. Nel caso di beni intermedi, questa forma è designata come subfornitura industriale. Essa determina, di fatto, l'esclusione di tutti gli altri acquirenti.
La valutazione della struttura del mercato viene fatta in capo all'acquirente e riguarda sia il mercato a monte (del prodotto intermedio) sia quello a valle (del prodotto finito). Quest'ultimo mercato, è quello più importante per la valutazione di anticompetitività dell'accordo in relazione alla quota di mercato e la durata degli obblighi. Accordi di durata superiore a 5 anni possono essere difficilmente ritenuti ammissibili. La Commissione valuta la relazione solo in riferimento alla posizione dell'acquirente sul mercato, non si preoccupa del problema dell'indipendenza del fornitore.

7.18 vendita abbinata (Tying)

Si ha vendita abbinata quando il fornitore subordina la vendita di un determinato prodotto all'acquisto, presso il fornitore stesso o da un terzo da questi designato, di un altro prodotto distinto. Il primo prodotto è chiamato il bene (o servizio) principale, il secondo il prodotto abbinato. Quando le vendite abbinate non sono obiettivamente giustificate dalla natura dei prodotti o dagli usi commerciali, esse possono costituire o violazione dell'art. 81 lett. e) oppure un abuso di posizione dominante ex art. 82. Appartiene a questa casistica l'obbligo imposto ai distributori/riparatori di vendere solo pezzi originali al contempo creando meccanismi di sconti-bonus che tengono conto delle vendite del prodotto principale e dei ricambi[439], meccanismi ritenuti particolarmente perniciosi dalla Commissione.

7.19 prezzi imposti di rivendita

Il produttore tende ad esercitare il controllo dei prezzi sulla rete per evitare che si generino, sui diversi mercati, differenze dei prezzi; tali

[439] Uno dei casi più noti, è il caso Mozart Co Vs Mercedes Benz, discusso in U.S.A. a proposito dell'obbligo imposto ai distributori della rete di usare solo pezzi originali Mercedes. In Europa questi obblighi sono vietati dai regolamenti *automotive*. Un recentissimo caso di tying è quello su prodotti informatici che necessitano di essere abbinati per poter operare in simbiosi, v. Antitrust, Commission confirms sending a statement of objections to Microsoft on the tying of interner Explorer to Windows, Brussels, 17.1.09, EMO/09/15.

differenze possono pregiudicare sia i distributori che operano sui mercati meno protetti a prezzi più bassi che quelli che operano sui mercati con prezzi più alti[440].

La fissazione del prezzo di rivendita è ritenuta una restrizione particolarmente grave e difficilmente esentabile. Solo di recente negli USA si è ritenuto che tale clausola debba essere oggetto di valutazione ad hoc (regola della *rule of reason*) nel contesto di mercato in cui opera. Sono ammesse clausole di fissazione dei prezzi massimi[441], le

---

[440] V. Comunicazione della Commissione sul regolamento 123/85/CEE. Sul monitoriaggio dei prezzi e sulla loro dispersione nel territorio comunitario, sul sito della comunità, Motor vehicles sector, si legge: <<Car price reports: The Commission has published a six-monthly car price report since 1992. From May 2007 the report is published once a year. This initiative was launched following numerous complaints from consumers about differences in car prices between Member States and obstacles placed in the way of those consumers that wished to buy in another EU country. The car price report, which is based on standardised data provided by vehicle manufacturers, provides manufacturers' recommended prices for about 100 car models of 25 different brands. Prices are given both excluding and including taxes, together with prices for the major options and right-hand-drive supplements>>.

[441] V. § 224 Guidelines: 2.8. Prezzi raccomandati e prezzi massimi di rivendita: La prassi di raccomandare un prezzo di rivendita a un rivenditore o di richiedere al rivenditore di rispettare un prezzo massimo, tenuto conto di quanto osservato ai punti 46-56 relativamente all'imposizione dei prezzi di rivendita, può beneficiare di un'esenzione ai sensi del regolamento di esenzione per categoria quando la quota di mercato del fornitore non supera la soglia del 30 %. Per i casi in cui la quota di mercato viene superata e per i casi di revoca del beneficio del regolamento vengono fornite le seguenti indicazioni. I prezzi massimi e raccomandati possono costituire un rischio per la concorrenza in primo luogo perché il prezzo massimo o raccomandato può fungere da punto di convergenza per il rivenditore e può essere adottato dalla maggior parte dei rivenditori o da tutti. Il secondo rischio in termini di concorrenza è che i prezzi massimi o raccomandati facilitino la collusione tra fornitori. Il fattore più importante per la valutazione dei possibili effetti contrari alla concorrenza causati dai prezzi massimi o raccomandati è "la posizione di mercato del fornitore". Quanto più è forte la posizione di mercato del fornitore, tanto è maggiore il rischio che un prezzo massimo o un prezzo di rivendita raccomandato porti ad un'applicazione più o meno uniforme di tale livello di prezzo da parte dei rivenditori, perché essi possono servirsene come punto di convergenza. Può risultare difficile per i rivenditori imporre un prezzo che si discosti da quello che essi percepiscono come il prezzo di rivendita preferito da un fornitore molto importante nel mercato. In simili circostanze, la prassi di imporre un prezzo massimo o di raccomandare un prezzo di rivendita può costituire una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1 se si crea un livello uniforme dei prezzi. Il secondo importante fattore, al fine della valutazione dei possibili effetti anticoncorrenziali imputabili a pratiche di prezzi massimi o raccomandati, è la "posizione di mercato dei concorrenti". Soprattutto nel caso di un oligopolio ristretto, la prassi di utilizzare o pubblicare

quali, tuttavia, vanno considerate per gli effetti cumulativi che generano: dal punto di vista della concorrenza, i prezzi massimi o raccomandati rischiano soprattutto di fungere da punto di convergenza per i rivenditori e di essere adottati anche dalla maggior parte dei rivenditori concorrenti. Inoltre, tendono a facilitare la collusione tra fornitori. Il controllo dei prezzi[442] non deve poi spingersi a livellare le differenze di prezzo che si generano naturalmente sui mercati locali. Queste differenze sono alla base del fenomeno procompetitivo delle importazioni parallele, le quali consentono al cittadino comunitario di approvvigionarsi di prodotti ove le condizioni del mercato unico sono migliori. Nel settore *automotive* esistono disposizioni specifiche rese dalla Commissione sul livelli di oscillazione dei prezzi volte ad evitare che i costruttori appiattiscano artificialmente tali differenze (v. Comunicazione della Commissione relativa al regolamento n. 123/85 del 18/01/85, nota 440).

I costruttori possono pervenire alla fissazione dei prezzi anche attraverso mezzi indiretti (ad esempio, riducendo il margine del distributore - il cd. margin dealer- o determinando l'importo delle somme richieste come acconto sul prezzo del prodotto), se viene annullata la possibilità del distributore di effettuare sconti al cliente.

7.20 lo scambio di informazioni commerciali

---

prezzi massimi o raccomandati può facilitare la collusione tra fornitori grazie allo scambio di informazioni sul livello di prezzi preferito e alla diminuzione della probabilità di un abbassamento dei prezzi di rivendita. Pratiche di prezzi massimi o raccomandati che producono tali effetti possono costituire una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1.

[442] Rileva GOBBO, Il mercato e la tutela della concorrenza, Bologna, 1997, che il produttore può voler imporre livelli massimi di prezzo nelle vendite al dettaglio per evitare il fenomeno della cd. doppia marginalizzazione. In sintesi, quando entrambi gli operatori ai due livelli del processo produttivo/distributivo godono di elevato potere di mercato, l'esercizio dello stesso da parte di entrambi provoca una restrizione della quantità venduta eccessiva rispetto alla quantità che massimizzerebbe i profitti totali della catena verticale. Un prezzo massimo di rivendita limiterebbe lo sfruttamento del potere di mercato del distributore, con benefici sia per il produttore che a parità di prezzo praticato al distributore vende quantità maggiori a quest'ultimo, sia per i consumatori che vedono diminuito il prezzo al dettaglio e possono acquistare quantità superiori.

Le motivazioni della fissazione dei prezzi minimi sono spiegate in termini di efficienze al fine di assicurare una remunerazione minima per servizi qualificati. Gli effetti sono costituiti, tuttavia, da un appiattimento del prezzo di mercato.

Va precisato che tra le pratiche concordate vanno ricomprese anche i cd. scambi di informazione tra concorrenti. Secondo la giurisprudenza della Corte CE[443] le pratiche concordate sono vietate, ai sensi dell'art. 81/1 TCE, indipendentemente dai loro effetti, qualora abbiano un oggetto anticoncorrenziale. Hanno oggetto anticoncorrenziale gli scambi di informazioni tra imprese concorrenti sullo stesso mercato se tali informazioni riguardano dati attraverso i quali è possibile ricostruire la politica commerciale del concorrente (ad esempio quantità prodotte, quantità vendute, prezzi praticati ai distributori, sistema degli scambi e bonus, condizioni generali vendita). Sono irrilevanti scambi di informazioni a mero livello statistico, specie se si tratta di dati "non freschi", cioè risalenti a 12 mesi prima. La conoscenza di dati sulla politica commerciale del concorrente consente all'impresa che ne entra in possesso di "coordinarsi rapidamente" con questo, ad esempio posizionandosi artificialmente su livelli di prezzi superiori a quelli praticati, ma raggiunti dal concorrente oppure posizionandosi su livelli più bassi per contrastare l'iniziative del concorrente. Si tratta, ovviamente, di giochi concorrenziali dovuti a manovre non dettate dal mercato, ma da politiche profittevoli. Il funzionamento del mercato concorrenziale viene, pertanto, alterato, in quanto l'operatore economico non determina autonomamente la politica che intende seguire sul mercato[444]. Il possesso di informazioni rilevanti del concorrente ha, nella sostanza, l'effetto di allineare le politiche commerciali delle imprese a danno dei consumatori. *Leading case* in materia fu la decisione della Commissione "*Trattori Agricoli*"[445]. In tale caso i

---

443 V. caso *Anic*, Corte CE 8 luglio 1999, C- 49/92.

444 V. caso *Thyssen*, Corte CE 2 ottobre 2003, C- 194/99.

445 *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, Tribunale CE, causa T-35/92; nonchè *John Deere c Commissione*, Racc 1994, II- 957, Corte CE, causa C-7/95 *John Deere c Commissione*, Racc. 1998, p. 1-3111. Sull'argomento, GIANNINO, Recenti orientamenti sugli accordi per gli scambi di informazione nel diritto italiano della concorrenza e nel diritto francese della concorrenza, sul web, il quale rileva che "dopo aver descritto l'orientamento prevalente nel nostro diritto della concorrenza relativamente all'esame degli accordi per lo scambio di informazioni, a questo punto ci pare opportuno precisare meglio come l'approccio seguito dall'AGCM si differenzia da quello seguito dalle istituzione comunitarie. Dove la differenza tra i due ordinamenti è più marcata è la rilevanza che si attribuisce all'esame della struttura concorrenziale del mercato rilevante, in particolare la presenza o meno di un oligopolio con un rilevante grado di concentrazione di potere economico. Tale elemento assume un'importanza centrale nell'analisi delle

maggiori costruttori operanti sul mercato inglese, attraverso una associazione di categoria, si scambiavano dati recenti sulle vendite, sulle quote di mercato e sulla scontistica. Ciò determinava un continuo coordinamento delle imprese che impedivano congiuntamente l'entrata sul mercato di concorrenti (formando una barriera all'entrata). La gravità del comportamento ha reso la fattispecie in esame come valutabile autonomamente[446]. Essa viene ricostruita attraverso un'indagine sul tipo della informazione, le modalità dello scambio, l'attualità dell'informazione, la sua segretezza[447].

7.21 gli effetti diretti del diritto comunitario

---

istituzioni comunitarie, mentre nel nostro ordinamento la tendenza prevalente è di attribuire maggior peso alla natura delle informazioni scambiate. Le conseguenze di maggior rilievo pratico che derivano da tali differenze attengono alla ripartizione dell'onere della prova. La tendenza prevalente nel nostro ordinamento a considerare come indice presuntivo di un'intesa anticoncorrenziale uno scambio di informazioni confidenziali avvenuto in un mercato non concentrato ha un duplice effetto. Da un lato dovrebbe attenuare l'onere probatorio dell'AGCM riguardante l'esistenza dell'illecito concorrenziale. Come sopra accennato, sembra sufficiente dimostrare che lo scambio di informazioni ha riguardato dati sensibili in un mercato non concentrato per inferire l'esistenza di un illecito concorrenziale. Dall'altro, si avrebbe un aggravio dell'onere probatorio a carico delle imprese partecipanti allo scambio di informazioni, le quali per discolparsi dovranno produrre degli elementi idonei a vincere tale presunzione. Ma nell'ordinamento comunitario la ripartizione dell'onere probatorio è più favorevole per le imprese. Il fatto che lo scambio di informazioni è stato posto in essere in un mercato non oligopolistico è considerato come un elemento idoneo ad escludere che lo scambio abbia effetti restrittivi per la concorrenza. Spetta, quindi, alla Commissione fornire prova contraria".

[446] Caso *Cartoncino*, esaminato dalla Commissione nel 1994 e dal Tribunale Ce nel 1998. Sulla tematica si è pronunciata varie volte anche la nostra AGCM. Tra i casi più noti: Associazione Vendomusica (9/10/97, 5385), Tecnoasfalti (1/7/99, 7339) e Rifornimenti Aeroportuali (7/6/2006, 1564).

[447] V. FALCE, Lo scambio di informazioni nell'esperienza comunitaria e nazionale, Giur. comm. 1999, 239/I, "è necessario che lo scambio avvenga fra i soggetti che assicurano la maggior parte dell'offerta; che le informazioni oggetto di diffusione generalizzata siano strategiche, precise e comunicate a scadenza ravvicinata; che il mercato su cui la pratica insiste sia una struttura spiccatamente oligopolistica; che, infine, su detto mercato la concorrenza sia già fortemente attenuata e lo scambio di informazioni facilitato. Al ricorrere di queste condizioni la messa a disposizione regolare e frequente di informazioni relative al funzionamento del mercato rivela periodicamente a tutti i concorrenti la posizione di mercato degli stessi e le intenzioni degli stessi. Ciò costituisce un'infrazione *antitrust*".

Si suole affermare che vi è la *preminenza* del diritto comunitario [448] sul diritto degli Stati. Non è qui il caso di esaminare il sofferto rapporto che lega tale relazione (molto ben spiegata da Cass. 17564/02). Va al proposito rilevato che, in termini generali, le norme comunitarie che hanno requisiti di chiarezza e precisione, non sono condizionate e non sono soggette al potere discrezionale degli Stati, godono del cd. *effetto diretto*[449], in quanto idonee a creare in capo ai

---

[448] Sul primato del diritto comunitario, v. CALAMIA – VIGIAK, Milano, 2007, Manuale breve di diritto comunitario, 100. Il riconoscimento del sistema comunitario come specie sovraordinata a sé stante è affermato in varie sentenze, tra le quali: Corte CE 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62; Corte CE 14 luglio 1964, *Costa*, C-6/64; Corte CE 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77; Corte CE 19 giugno 1990, *Factortame* C-213/89. Il trattato istitutivo diviene così costitutivo di un ordinamento giuridico originale che riconononosce, come propri soggetti, non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini.
Il principio si completa con l'obbligo, in caso di contrasto tra diritto comunitario *antitrust* e diritto nazionale, dei giudici di disapplicare il diritto interno incompatibile con il diritto comunitario, assicurando a quest'ultimo la prevalenza e ciò è strettamente collegato all'obbligo di leale collaborazione fra organi comunitari e Stati membri, v. ROMANO, Rapporti tra giudici azionali, Commissione e AGCM, sul web.

[449] Il principio della prevalenza del diritto comunitario è legato all'efficacia diretta di alcune disposizioni del TCE. L'efficacia diretta è l'attitudine della norma ad incidere immediatamente sulla sfera giuridica dei singoli, senza necessitare dell'intervento dello Stato. In tal modo, il singolo fa immediatamente valere la norma con effetto diretto avanti il giudice.
"(..) non tutte le norme del trattato appaiono suscettibili di produrre effetti direttamente in capo a persone fisiche o giuridiche, dato che l'origine internazionalistica del trattato implica che quelle norme siano per lo più strutturate avendo a modello destinatari di natura statuale. La possibilità di ricavarne diritti direttamente in capo ai privati dipenderà quindi, nel caso concreto, dalla rispondenza della norma considerata a determinate caratteristiche che ne evidenziano la capacità di esplicare in concreto quegli effetti, nel senso di creare per i singoli situazioni giuridiche soggettive che possano essere invocate avanti un giudice nazionale. (..). La Corte di giustizia ha indicato quelle caratteristiche nella chiarezza, precisione, completezza e nel carattere incondizionato del norma" (ADAM-TIZZANO, Lineamenti di diritto dell'unione europea, Torino, 2009, 128).
Le norme del Trattato che hanno effetto diretto si dirigono tanto ai rapporti verticali (soggetto privato/Stato) che a quelli orizzonali (soggetto privato/soggetto privato).
Il principio dell'effetto diretto risale alla sentenza *Van Gend en Loos* (Corte CE 26/62) ed è poi stato ripetutamente applicato in quanto ove le norme comunitarie fossero prive di questa efficacia, rimarrebbero prive di efficacia pratica. Ivi la Corte di Giustizia afferma che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale (...), ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. (...) il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui

cittadini situazioni di diritto soggettivo. Sono norme ad effetto diretto, tra altre, gli art. li 81[450], 82, 23, 25, 39, 43, 49 del TCE. Non rileva il fatto che destinatario delle norme possa essere uno Stato. Il principio in parola si integra con quello dell'*interpretazione conforme* del diritto nazionale a quello comunitario[451]. La Corte CE ha più volte affermato

---

impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi". Nel caso in parola si discuteva dell'illegittimità di una normativa nazionale applicativa di un dazio doganale in contrasto con l'allora art. 12 (ora 25) TCE. Si trattava di una norma diretta allo Stato, ma esplicativa di diritti verso il singolo.
Sul principio comunitario dell'effetto diretto, v. TESAURO, Diritto Comunitario, 2008, 173, "l'effetto diretto risiede nell'idoneità della norma comunitaria a creare diritti ed obblighi direttamente in capo ai singoli, non importa se persone giuridiche o fisiche, senza cioè che lo Stato eserciti quella funzione di diaframma che consiste nel porre in essere una qualche procedura formale per riversare sui singoli obblighi o diritti prefigurati da norme esterne al sistema giuridico nazionale. A determinate condizioni ed in presenza di un nesso di causalità lo Stato è tenuto al risarcimento dei danni nel caso in cui abbia impedito l'affermazione del diritto comunitario".
Attualmente con il regolamento n. 1/2003 l'autorità *antitrust* ed i giudici nazionali applicano direttamente gli art. li 81 ed 82 TCE. La giurisprudenza sull'effetto diretto è stata, pertanto, il presupposto logico giuridico di questo regolamento.
Diverso è il problema dell'effetto diretto degli atti comunitari (in particolare, direttive e regolamenti). Dall'effetto diretto si è da alcuni distinta la "applicabilità diretta", requisito tipico dei regolamenti i quali sono direttamente applicabili, senza norme di adattamento. V. sul punto, PACE, I fondamenti del diritto antitrust europeo, 2005, 454. Sulla inutilità della distinzione, TESAURO, Diritto Comunitario, 2008, 173, il quale rileva che la distinzione non trova alcun riscontro nella giurisprudenza che utilizza, indifferentemente, le due espressioni per designare le norme comunitarie che creano a vantaggio dei singoli posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili in giudizio.
Effetto diretto verticale (rapporto individuo/Stato) è riconosciuto, a determinate condizioni, anche alle direttive non recepite. Occorre tuttavia che le norme siano sufficientemente chiare, precise e non richiedano provvedimenti attuativi, v. sul punto Cass. 17564/02.

[450] Per l'effetto diretto dell'art. 81 TCE Corte CE, caso *Guerin automobiles*, Corte CE, causa C- 282-95, nonchè, v. caso *BRT*, Corte CE 30 gennaio 1974, C-127/73, Corte CE 13 luglio 2006, caso *Manfredi*, C-295/04 e caso *Courage*, Corte CE 20/09/008, C- 453/99. Si noti che nel caso *Courage* era una parte dell'accordo a far valere l'effetto diretto dell'art. 81, mentre nel caso *Manfredi* era un terzo soggetto, che si poneva a valle dell'accordo, a farlo valere, utilizzando l'art. 82.
In dottrina TIZZANO, L'applicazione decentrata degli articoli 85 e 86 CE in Italia, Foro It. 1997, 1, IV, 33.

[451] ACOCELLA, Interpretazione conforme al diritto comunitario ed efficienza economica: il principio di concorrenza, sul web.
Prima di pervenire alla disapplicazione della norma nazionale il giudice nazionale deve accertare se sia possibile interpretarla in modo conforme al dettato comunitario (Corte CE 18 settembre 2003, C-125/01, caso *Pflucke*; Corte CE 13 novembre 1990, C-106/89, caso *Marleasing*). L'obbligo di interpretazione conforme opera anche

che "i giudici nazionali devono interpretare il diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi all'art. 249 del Trattato". Il principio dell'effetto diretto si integra, inoltre, con quello dell'*effetto utile* che impone un'interpretazione ed un'applicazione delle regole strettamente funzionale al raggiungimento della loro finalità[452] e con quelli di *equivalenza ed effettività*[453]. I sistemi adottati dagli Stati devono, infatti, garantire la tutela dei diritti attribuiti dal diritto comunitario in modo che detta tutela possa poi rivelarsi effettivamente ristoratrice del pregiudizio[454].

Si realizza così, in forza del primato del diritto comunitario, sia primario (trattati) che derivato (direttive, regolamenti o decisioni), un adeguamento ed allineamento del diritto nazionale al primo[455]. L'art. 3/1 del Regolamento 1/2003 prevede che il giudice nazionale[456]

---

rispetto al diritto comunitario non direttamente applicabile, nei rapporti orizzontali ed in pendenza del termine per il recepimento delle direttive.

[452] TESAURO, Diritto Comunitario, Padova, 2008, 113. Oltre che il principio dell'efficacia diretta per l'affermazione dell'effetto utile: "il trattato Cee ha istituito un ordinamento giuridico a sé stante, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Sarebbe contrario alla natura del sistema ammettere che gli Stati membri possano adottare o mantenere in vigore misure atte a menomare gravemente *l'effetto utile* del trattato". V. caso *Walt Wilhem*, Corte CE 13 febbraio 1969, C-14/68. Il principio dell'effetto utile è quello che consente alla Corte CE di affermare che la violazione di una norma antitrust deve consentire al danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni avanti le corti nazionali (caso Courage).

[453] V. *Courage*, Corte CE 20/09/008, C- 453/99. Nel caso *Citroen Benelux*, Corte CE 18/01/07, C- 421/05, si richiamano i principi di equivalenza e di effettività; attraverso questi principi si vuole fare in modo che le norme comunitarie derivanti dall'ordinamento primario di applicazione diretta, come l'art. 81, pur non essendo inserite in regolamenti, ricevano poi un'adeguata tutela avanti le autorità nazionali. Le modalità definite dal diritto nazionale per l'esercizio di posizioni di derivazione comunitaria non possono essere meno favorevoli di quelle applicate per la protezione giudiziale di posizioni analoghe di origine puramente interna (principio di equivalenza); le modalità non possono essere tali da rendere praticamente impossibile od eccessivamente difficile l'esercizio di diritti di derivazione comunitaria (DANIELE, Il diritto dell'unione europea, Milano, 2008,243).

[454] V. caso *Palmisani*, Corte CE C-261/95.

[455] TESAURO, Diritto comunitario, Padova, 2008, 197.

[456] La normativa *antitrust* italiana (L. 287/90) è strutturata in modo che diviene applicabile solo per quelle intese che non ricadono sotto l'applicazione degli art. 81 ed 82 TCE, assume pertanto un ruolo "residuale" rispetto a quello comunitario. Essa è stata tuttavia applicata dall'Autorità italiana della Concorrenza, dal TAR del Lazio e dal Consiglio di Stato secondo il principio dell'applicazione concreta, cioè non solo a casi di esclusiva rilevanza nazionale, ma anche a casi di rilevanza

applichi direttamente l'art. 81 quando ne ricorrono i presupposti, sia per quanto riguarda il paragrafo 1 che per quanto riguarda il paragrafo 3[457] (valutazione degli effetti procompetitivi).

7.22 le parti del contratto e le violazioni antitrust.

Va precisato preliminarmente che il paragrafo 2 dell'art. 81 TCE prevede la nullità degli accordi che violano il paragrafo 1 (e non sono ricuperati dal successivo paragrafo 3). Detti accordi sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso (art. 1, regolamento 1/2003). Il diritto del singolo al risarcimento del danno si considera come rafforzativo dell'operatività delle norme *antitrust*, essendo il risarcimento una forma di deterrente. Le modalità per accordare il risarcimento spettano ai sistemi giridici nazionali, i quali devono assicurare effettività al sistema *antitrust.* Si è discusso se una parte di un accordo anticompetitivo possa poi essere parte attiva in un procedimento in cui si chiedono i danni alla controparte[458]: è facile, in prima approssimazione, dire che tale meccanismo potrebbe portare ad evidenti vessazioni ed ad approfittamenti. Il diritto comunitario, in relazione al fatto che un'intesa anticompetitiva è sanzionata con la nullità (art. 81/2 TCE), non osta a che una parte del contratto sia parte attiva in un giudizio di risarcimento dei danni e tale giudizio non sia riservato solo a terzi che hanno ricevuto un danno dalle conseguenze dell'accordo. Occorre però valutare le condizioni ed il contesto economico nel quale l'accordo è intervenuto, il potere di negoziazione

---

comunitaria, se la Commissione non aveva iniziato un procedimento, v. PACE, op. cit., nota 687. Allorché l'autorità *antitrust* o l'autorità giudiziaria valutano l'intesa ai sensi dell'art. 81 od 82, procedono applicando la stessa metodologia d'esame della Commissione, conseguentemente, nel caso in cui la quota di mercato dell'impresa sia bassa l'intesa non viene considerata rilevante.

[457] Rileva PACE, cit., 117, che l'art. 81/3 TCE non è norma avente effetto diretto in quanto essa è carente sotto il requisito della determinatezza. I giudici nazionali dovrebbero procedere ad una valutazione della procompetitività della intesa, riservata ad una autorità della concorrenza. Sotto questo profilo l'A. ritiene l'illegittimità dell'art. 6 del regolamento 1/2003, attività che può essere più convenientemente svolta dalla autorità della concorrenza che dispone della discrezionalità necessaria per applicare una norma non avente efficacia diretta in quanto non determinata.

[458] Diverso problema è stabilire chi possa agire per attivare le autorità *antitrust*: ogni persona fisica o giuridica è legittimata ad effettuare una segnalazione. Nel caso in cui occorra richiedere l'annullamento di un atto comunitario l'art. 230 TCE consente l'azione alla persona quando agisce contro una decisione presa suoi confronti oppure contro una decisione che, pur apparendo come un regolamento od una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguarda direttamente ed individualmente.

delle due parti, se chi subisce il danno si trova in una posizione di inferiorità grave nei confronti della controparte, tale da compromettere seriamente od annullare la sua libertà ad negoziare clausole ed infine se la parte danneggiata ha potuto negoziare liberamente l'accordo[459].
Il percorso segnalato conclude un lungo iter portato avanti dalla giustizia comunitaria in materia *antitrust* teso a rafforzare la politica comunitaria, creando un sistema di "*enforcement*" a doppio binario: l'azione della Commissione (*public enforcement*) deve essere supportata dall'attività delle corti nazionali a tutela dei diritti infranti dalla violazione delle norme sulla concorrenza (*private enforcement*[460]). Solo in tal modo la tutela per la violazione delle normativa *antitrust* diviene effettiva ed il soggetto danneggiato potrà richiedere il risarcimento dei danni. Il risarcimento dei danni si pone come l'aspetto principale dell'*enforcement* delle corti nazionali, oltre alla dichiarazione di nullità ex art. 81/2 TCE dell'accordo. La possibilità di ottenere il risarcimento dei danni funziona sia come

---

[459] Corte CE 20 settembre 2001 *Courage* C-453/99. Qui il giudice inglese, trovatosi a decidere su una causa in cui il produttore di birra Courage, chiedeva il pagamento del prezzo di somministrazioni e il somministrato adduceva di essere stato trattato in modo economicamente deteriore rispetto agli altri somministrati e ciò in violazione della normativa antitrust (art. 81 e 82 TCE). Si poneva il problema se il diritto inglese che non consente alla parte del contratto illecito di esperire una azione di risarcimento dei danni nei confronti della controparte, fosse aderente alle norme comunitarie. Il giudice comunitario non ha potuto che rilevare che i principi sulla concorrenza sono norme che necessitano di essere applicate dagli Stati comunitari e che non accettano che attraverso i contratti si attuino comportamenti contrari alla concorrenza.
In senso analogo, negli USA, Perma Life Muppers Vs. Intl [392 U.S. 134 (1968)].
Si è osservato che nel caso delle intese verticali è possibile che una delle imprese si trovi in posizione di debolezza ed inferiorità ed in tal caso si pone la necessità di assicurare tutela a quest'ultima per essere stata di fatto costretta a contrattare, annullando la propria capacità di scelta. Ovviamente, la parte debole potrà richiedere un risarcimento non in relazione al contratto, ma fondare la richiesta sulle norme comunitarie (art. 81e 82 TCE) che dichiarano nulle le intese anticoncorrenziali che contengono intese vietate oppure sono basate sul potere dominante. Il contratto stipulato in tale condizione è nullo in quanto strumento per pervenire all'illecito concorrenziale; va, pertanto, valutato non come fatto negoziale, ma come strumento lecito per raggiungere una finalità illecita. Sul punto, *amplius*, VITTORI, Concorrenza e mercato, 2005, 285

[460] "Private enforcement is enforcement by means of legal action brought by a victim of anti-competitive behaviour before a court" (Commission Staff Working paper, Annex to the Green Paper, 19.12.05). Per un esame nel settore automobilistico di casi di "public and private enforcement", v. Commissione Staff Working, doc. n. 3.

deterrente per le imprese che pongono in essere comportamenti anticompetitivi che come strumento per raggiungere gli obiettivi comunitari di rafforzare il mercato unico, incoraggiando l'innovazione, l'efficienza del mercato, la corretta allocazione delle risorse. Si è detto che già nel 1963 con la sentenza *Van Gend & Loos* la Corte Ce si era posto il problema di proteggere i diritti dei cittadini attraverso forme parallele al sistema comunitario. La via non poteva che essere la tutela avanti le corti nazionali con l'azione per danni[461].

ROMANO, Rapporti tra giudici nazionali, Commisisone e AGCM, sul web, "corollario di questa premessa è che la Commissione e le ANC tutelano la concorrenza e non i singoli concorrenti, anche se questi possono beneficiare di siffatto intervento. La Commissione e le ANC nel perseguire queste finalità rappresentano il *public enforcement* del *diritto antitrust* e costituiscono la rete di pubbliche autorità il cui funzionamento è soggetto alle regole introdotte con la modernizzazione (regolamento 1/2003). Diversamente dalla Commissione (e dalle ANC) i giudici possono soddisfare le pretese dei singoli dichiarando la nullità di un contratto e, soprattutto, concedendo agli interessati il risarcimento dei danni subiti a causa di una violazione dgli art.li 81 e 82TCE. I giudici ordinari rappresentano il cd. *private enforcement* della normativa *antitrust.* V. FASULO, La disciplina antitrust ed il problema delle intese. Profili comparatistici e prospettive di riforma, sul web: "Nel nuovo sistema la Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali sono chiamati a svolgere un ruolo chiave nell'applicazione decentrata delle norme comunitarie sulla concorrenza. Parallelamente il regolamento prevede maggiori strumenti e possibilità di cooperazione sia verticale, fra Commissione e autorità nazionali di concorrenza, sia orizzontale, fra singole autorità nazionali, al fine di assicurare un'applicazione efficace e coerente degli articoli 81 e 82 del Trattato, da parte di tutte le autorità di concorrenza europee. Così operando, con una pratica di decentramento, ma non di competenza concorrente, si ottiene di consentire alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi e di focalizzarsi, in particolare, sulle questioni di sua naturale competenza come il trattamento dei grandi cartelli transfrontalieri oltrechè le funzioni di coordinamento all'interno della rete. Il decentramento appare l'unico strumento capace di realizzare un'effettiva integrazione tra l'attività della Commissione e l'attività degli organi amministrativi e giudiziari nazionali. Da qui l'esigenza di modificare strutturalmente il modello di applicazione diretta dell'articolo 81 CE, passando da un sistema di notifica ex ante delle singole intese ad un controllo ex post basato sull'applicazione diretta dell'articolo 81 CÈ'. Già dal Libro Bianco del 1999 , la Commissione ha legato la necessaria richiesta di modernizzazione della materia al decentramento applicativo della normativa antitrust. In tal modo, la Commissione avrebbe potuto liberarsi dalle richieste di controllo preventivo determinato dalla procedura di notificazione delle intese e delle richieste di esenzione individuale".
DE VITA, Il problema del private Vs public enforcement, sul web: "di certo uno degli ostacoli più rilevanti, per quanto riguarda ovviamente l'implementazione delle norme comunitarie a livello nazionale (sia da parte delle autorità di concorrenza che per quanto riguarda soprattutto i giudici nazionali), è stata l'attribuzione della competenza esclusiva dell'applicazione dell'art. 81(3) del Trattato in capo alla

Commissione, ossia della possibilità di concedere esenzioni individuali in relazione ad accordi comunque rientranti nel art. 81(1). Tale monopolio è destinato a venir meno; ma la semplice devoluzione del potere di applicare direttamente, da parte delle corti nazionali, l'art. 81(3), non comporterà di certo la soluzione di quelle che sono ritenute essere le maggiori difficoltà nell'implementazione delle regole comunitarie di concorrenza da parte dei giudici nazionali.
In ogni caso il saldo del *private enforcement* risulta fallimentare anche nel caso di violazione delle regole nazionali di concorrenza.
Le ragioni dell'insuccesso delle *private actions* nel contesto europeo sono molteplici: mancanza di una sensibilità diffusa (giuridica ed economica) sui valori propri della concorrenza; un onere probatorio gravante interamente sulla parte che agisce in giudizio e l'assenza di mezzi di acquisizione del materiale probatorio direttamente in capo al giudice (salvo alcune eccezioni); la possibilità (più potenziale che attuale) di ottenere solo il risarcimento dei danni compensativi (la mancanza quindi sia di *multiple damages* che di *exemplary damages*); l'assenza di un istituto quale quello delle *class actions.* Risulta quindi abbastanza comprensibile come, a fronte della pur non esclusa possibilità di agire in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalla violazione delle regole comunitarie e di quelle nazionali di concorrenza, il *private enforcement* sia privo degli strumenti necessari per il suo funzionamento. Le azioni intraprese dai privati si confrontano infatti da un lato, con le enormi difficoltà probatorie tipiche di una *antitrust dispute* (circa la sussistenza dell'illecito, l'esistenza ed ammontare del danno e, soprattutto, circa il nesso di causalità), dall'altro con gli associati costi di un siffatto giudizio ed a fronte di un vantaggio economico sperabile assai limitato.

[461] V. caso *BRT/SABAM* del 1974, Corte CE C- 127/73. V. inoltre, in modo esemplare, caso *Factortame* del 1990, Corte CE C-213/89, ove: "È compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall' art. 5 del Trattato CEE, garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta. È incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell' ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all' atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme comunitarie. La piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull' esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori. Questa interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall' art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte".

L'affermazione completa del principio si è avuta nella relativamente recente (2001) sentenza *Courage*, ove si è superato il problema che fosse la stessa parte contrattuale a richiedere i danni. In tal modo, alle norme comunitarie sulla concorrenza (art. 81 ed 82 TCE) viene assicurata "*the effectiviness*" (principio dell'effetto utile)[462] . Il regolamento 1/2003 disciplina l'attività delle corti nazionali nel rispetto dei principi comunitari, creando una convergenza dei sistemi[463]. In assenza di principi comunitari, le regole dei risarcimenti sono poi desunte dalle leggi nazionali. Tuttavia, la prova del danno non è sempre agevole, dovendosi tradurre l'illecito *antitrust* in un dato misurabile in termini economici, causalmente ricollegabile.

Ma non solo la parte, cioè l'impresa contraente, è legittimata a far valere la nullità dell'accordo ed a richiedere il risarcimento dei danni, ma anche un eventuale consumatore (a valle) leso dall'accordo anticoncorrenziale[464]. La legittimazione del consumatore consegue

---

[462] V.§ 26 sentenza *Courage*: "The full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition". Nei casi citati alle note 461 la Corte aveva fatto applicazione dei principi di effetto diretto a di effetto utile degli articoli 81 e 82 TCE, ma solo con la sentenza Courage afferma chiaramente che non vi può essere effetto utile se non vi è il risarcimento del danno. [463] In calce al comunicato della Commissione IP/08/1509 Brussels, 15th October 2008, Antitrust: Commission fines banana suppliers € 60.3 million for running price cartel, viene indicato: "Any person or firm affected by anti-competitive behaviour as described in this case may bring the matter before the courts of the Member States and seek damages. The case law of the Court and Council Regulation 1/2003 both confirm that in cases before national courts, a Commission decision is binding proof that the behaviour took place and was illegal. Even though the Commission has fined the companies concerned, damages may be awarded without these being reduced on account of the Commission fine. A White Paper on antitrust damages actions has been published (see IP/08/515 and MEMO/08/216). More information, including a citizens' summary of the White Paper, is available.

[464] Cass. 4 febbraio 2005, 2207. Sul ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione del diritto della concorrenza volto a dare attuazione ai precetti del medesimo attraverso la tutela dei diritti soggettivi accordando il risarcimento del danno, v. PACE, I fondamenti del diritto antitrust europeo, Milano, 2005, 463. La giurisprudenza comunitaria accorda il risarcimento dei danni in presenza: a) della violazione della norma che attribuisce il diritto, b) di una violazione grave e manifesta, c) la presenza del nesso di causalità tra la violazione ed il danno. All'inizio la violazione del diritto soggettivo è stata considerata se posta in essere da uno Stato comunitario, poi si è considerata la lesione del privato cittadino. La situazione di diritto soggettivo è la contropartita della soggezione ad un obbligo chiaro e determinato verso un soggetto. Nel caso degli art. li 81 ed 82 la violazione dei precetti posti da queste norme fa

conseguire al privato una situazione di diritto soggettivo. Il fondamento di questa teoria risale al caso *Francovich*.
La tematica ha avuto vasta eco in relazione all'applicabilità dell'art. 33 della legge antitrust (287/90) anche ai privati e non solo alle imprese. La S.C. con sentenza 17475 del 2002, resa in un caso di azione risarcitoria per un contratto a valle rispetto ad un'intesa anticompetitiva, riteneva la norma destinata ai rapporti tra imprese ed inutilizzabile dal consumatore. Tale decisione riprendeva la precedente Cass. 1811 del 1999 che aveva affermato che: "le norme degli art. 85 e 86 del Trattato CEE sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese e vietano la formazione di intese suscettibili di pregiudicare il commercio, impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l'utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta". La soluzione del problema veniva successivamente rivista dalle SS. UU. (sent. 2207/05) che rileva che in relazione alla mancanza di una apposita disciplina dell'azione risarcitoria non era possibile diversificare le tutela per imprese, loro fornitori, consumatori finali costretti a pagare un prezzo sovraconcorrenziale e che la tematica deve essere affrontata in termini più generali secondo le norme generali in tema di illecito e nesso di causalità. La Cass. con la sentenza del 2305 del 2007 chiarisce il rapporto tra consumatore ed intesa illecita (la legge non ignora, nella materia dell'intesa, l'interesse del consumatore al punto da prevedere un'ipotesi in cui esso, alla cui difesa l'ideologia antitrust è funzionale, può essere tutelato per un "periodo limitato" addirittura da un allentamento del divieto del più classico comportamento anticoncorrenziale; che il consumatore, quale acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicché la funzione illecita di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente, quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito; che a detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello dell'intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà anticompetitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile). Essa completa poi il ragionamento che le consente di accogliere la legittimazione delle consumatore all'azione risarcitoria ex art. 33, ritenendo la fattispecie plurioffensiva, aderendo ad un concetto di atto illecito ex art. 2043 come clausola generale idonea a ricomprendere fattispecie in cui l'ingiustizia è vista nel danno e non nella violazione di un diritto soggettivo. L'art. 2043 diviene così non più una norma secondaria volta a sanzionare una norma primario fondante l'illecito, ma una norma autosufficiente che descrive il danno ingiusto. Orientamento confermato con sentenza 6297/08: "il contratto c.d. «a valle» costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione «a monte», ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 l. 10 ottobre 1990 n. 287, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della Corte d'appello". Di recente trib. Modena 17 dic.

alla configurazione dell'art. 81 e dell'art. 82 del TCE come norme di ordine pubblico che devono essere applicate d'ufficio dai giudici nazionali in quanto, diversamente, non si raggiungere l'effetto utile del divieto posto dalle due norme. La tutela piena del consumatore e, tramite essa, del mercato, esigono che il terzo estraneo alla pratica concordata possa agire per la tutela dei danni subiti verso l'autore della medesima[465]. Viene così configurato un illecito concorrenziale che si sostanzia in una fattispecie complessa, composta da una concertazione (cd. cospirazione) a monte tra imprese concorrenti che si attua a valle in una negoziazione formalmente valida, ma sottesa da un'intento illecito sotto il profilo concorrenziale. La fase della concertazione sarebbe, infatti, fine a sé stessa se poi non potesse permettere ai concertatori di ottenere il risultato illecito, attraverso la conclusione dei contratti a valle. Vi è, pertanto, un rapporto di strumentalità tra la concertazione e la contrattazione a valle[466]. Nella

---

2008, che afferma: "Il consumatore è legittimato ad agire *ex* art. 33 comma 2 l. n. 287 del 1990 al fine di ottenere l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli derivategli da un'intesa restrittiva della concorrenza *ex* art. 2 comma 2 l. n. 287 *cit*. Per tali giudizi sussiste tuttavia la competenza, funzionale e per materia, della Corte d'Appello competente per territorio in unico grado *(Nella specie, una Compagnia d'Assicurazione veniva citata in giudizio da un consumatore per asserita violazione della normativa antitrust)*.

Nel sistema italiano, la sede della tutela risarcitoria non era parsa essere il giudice speciale ex art. 33 legge antitrust. Il giudice di Pace di Bitonto (sentenza 21.5.2007, in NGCC 2008, I, 166, nel procedimento noto come caso Manfredi per essere stato rimesso alla Corte CE per un giudizio incidentale di interpretazione, deciso con provvedimento 13.7.2006) aveva sagacemente escluso la competenza della Corte d'Appello in favore del giudice ordinario per la rilevanza comunitaria dell'intesa e l'immediata applicabilità degli art. 81 ed 82 TCE. Nel caso esaminato dal giudice di Bitonto si versava in ipotesi di contratti a valle di intese anticompetitive operanti su mercati nazionali e quindi l'affermazione della legittimazione del consumatore si coonestava su una intesa a monte sicuramente restrittiva del mercato nazionale, ma con effetti di compartimentazione su quello comunitario, tuttavia le ragioni per deviare dalla competenza del giudice speciale sono state molto deboli.

[465] Oltre al caso *Courage*, v. il caso *Manfredi* (Corte CE 13.7.2006, C- 295/04), ove si è affermato che gli articoli 81 ed 82 producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono a questi direttamente ultimi diritti che i giudici devono tutelare che il principio del primato del diritto comunitario esige la disapplicazione di qualsiasi legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria. Al cittadino danneggiato è, pertanto, concessa l'azione di risarcimento del danno.

[466] Sotto diverso profilo si può ricordare che allorché il consumatore è l'ultimo destinatario di un bene, la relazione che deve essere esaminata inizia dalla stessa attività d'impresa: è indubitabile che il produttore esercita un controllo sulle fasi della distribuzione dalla messa in circolazione del prodotto sino all'uso del prodotto da parte del consumatore.

sostanza, la contrattazione a valle *attua*[467] la concertazione a monte (in precedenza si è esaminato come la valutazione di una intesa verticale che si verifica in un mercato a monte debba, in alcuni casi, tenere conto degli effetti che si riverberano sul mercato a valle, la catena distributiva può funzionare, infatti, come elemento di collegamento). Per dirla con le parole del paragrafo 1 dell'art. 81 TCE, l'intesa concertativa realizza effetti anticompetitivi attraverso lo strumento dei contratti a valle. (v. di recente, trib. Lecce 12 febbraio 2009, sito Altalex).

L'intesa concertativa esprime un illecito rilevante nel diritto positivo: la categoria rilevante diventa quella del danno aquiliano, in quanto comportamento antigiuridico non tutelabile dell'ordinamento e idoneo a provocare danni[468].

Si apre qui una problematica di estremo interesse. Si può ipotizzare il caso di un produttore che allestisce una rete distributiva selettiva, utilizzando il regolamento di esenzione sulle intese verticali. Il produttore potrebbe poi operare precludendo l'accesso ai candidati (distributori) che pure hanno i requisiti qualitativi per entrarvi. Il candidato potrebbe rivolgersi al giudice nazionale. L'esame potrebbe

---

Osserva la Commissione nel LIBRO BIANCO in materia di azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust del 2.4.08 che è ormai un *acquis* comunitario che chiunque abbia subito un danno causato dalla violazione di nome *antitrust* deve poter richiedere il risarcimento del danno avanti ai tribunali nazionali. Questo principio si applica anche agli acquirenti indiretti, ossia agli acquirenti che non hanno avuto alcun rapporto commerciale diretto con l'autore dell'infrazione, ma che possono tuttavia aver subito un considerevole danno perchè su di loro è stato trasferito, lungo la catena di distribuzione, un sovrapprezzo illegale. La Commissione propone che venga attuato uno schema di responsabilità per cui "una volta che la vittima abbia dimostrato la violazione degli articoli 81 ed 82, l'autore dell'infrazione deve essere ritenuto responsabile per i danni causati, a meno che non dimostri che la violazione è il risultato di un errore scusabile".

[467] V. Cass. 2207/05.

[468] V. sul punto, LIBRO VERDE, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie ove si afferma che le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa *antitrust* rispondono ad un duplice obiettivo: in primis risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione di condotte anticoncorrenziali la piena efficacia della normativa antitrust.

V. di recente Newsletter, 2, 2008, pubblicate dalla Commissione alla nota (11) "since the ECJ confirmed that any individual can claim compensation for the harm suffered where there is a casual relationship between that harm and an agreement or practice prohibited under EC competition law (see Courage and Manfredi) standing could be refused under national law due to the absence of sufficient casuality, e.g. in cases of remoteness".

iniziare con la valutazione dell'accordo nel mercato per vedere se il fornitore detiene un quota rilevante sul mercato comunitario o locale. Se il fornitore ha una piccola quota di mercato, l'accordo potrebbe essere irrilevante sotto il profilo dell'art. 81 TCE che prevede per la sua applicazione un pregiudizio del commercio tra Stati comunitari, ma anche sotto il profilo dell'*antitrust* nazionale. In caso diverso il giudice dovrebbe prima operare un esame dell'accordo attraverso l'art. 81, paragrafo 1 ed, ove l'accordo ricada in tale paragrafo, secondo il regolamento sulle intese verticali. Nel caso in cui l'accordo non fosse compatibile con detto regolamento, occorrerebbe un esame finale ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 81 TCE, ai fini di accertare la presenza di effetti procompetitivi, tutelabili anche in assenza di un regolamento generale per categoria. Nel caso in cui l'accordo non fosse recuperabile ai sensi del paragrafo 3, si aprirebbe la strada alla dichiarazione di nullità della clausola ai sensi dell'art. 81/2 ed all'azione di risarcimento dei danni da parte del distributore danneggiato. Ciò perché verrebbe in tal modo violata la norma dell'art. 81/1 la quale ha effetto diretto ed è idonea a creare diritti in relazione alla parte che assume la violazione[469]. La presenza di un regolamento di esenzione non sarebbe sufficiente per allineare il contratto alle disposizioni del medesimo: il regolamento di esenzione per categoria è solo uno strumento messo a disposizione di una categoria di soggetti per facilitare l'esame di compatibilità *antitrust*, non incide direttamente sul contratto[470]. Esso si limita a fornire agli operatori economici del settore la possibilità di sottrarre i loro accordi di distribuzione alla norma del paragrafo 1 dell'art. 81[471]. Nel caso ipotizzato, siccome la mancanza di requisiti oggettivi è difficilmente esentabile, si potrebbe pensare ad un'azione risarcitoria dell'aderente alla rete rifiutato, volta al pagamento delle spese inutilmente sostenute per adeguarsi agli standard.

---

[469] Caso *Guerin Automobiles*, Corte CE 282/95, in relazione ad un contratto di concessione di vendita.

[470] Caso *Magne*, Corte CE 18.12.1986, causa C-10/86.

[471] Caso *Magne*, Corte CE 18.12.1986, causa C-10/86. Si considerava il caso di un contratto di concessione di un noto costruttore di vetture tedesco utilizzato in Francia con i propri concessionari esclusivi, contratto con durata annuale. Il regolamento 123/85/CE, entrato successivamente in vigore, fissava la durata minima in 5 anni. Era sorta la controversia se il costruttore tedesco fosse obbligato a modificare la clausola di durata portandola a 5 anni. La Corte Ce, consultata in via pregiudiziale, rilevava che il contenuto del contratto non poteva essere direttamente influenzato da un regolamento di esenzione per categoria.

8. LE VENDITE A CATENA

8.1 il regresso

La fattispecie presenta alcuni aspetti interessanti. Intanto, secondo la giurisprudenza domestica, la catena distributiva che va dal produttore al cliente finale, attraverso il distributore, mantiene una sua unità concettuale, in quanto, attraverso le azioni di regresso (in garanzia), si può risalire a ritroso nella catena. La questione è, sotto il profilo processuale, abbastanza complicata nel nostro ordinamento perché le azioni di regresso sono viste come garanzie improprie nei vari rapporti, che mantengono una loro autonomia, per cui si tende a ritenere viziate da incompetenza per territorio le azioni spiegate a ritroso, stante la diversità dei rapporti. Accanto all'azione contrattuale di regresso, che deve seguire i vari contratti di compravendita a ritroso[472], vi è quella extracontrattuale, nel caso di vizi che rendono la cosa pericolosa, anche quando tale danno si è verificato dopo il passaggio della cosa nell'altrui sfera giuridica[473]. L'azione extracontrattuale può essere promossa direttamente dal cliente finale contro il produttore. La materia del risarcimento del danno extracontrattuale è uniformata, in ambito comunitario, dalla direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità da prodotto.

Situazione particolare è quella del regresso del rivenditore nel caso in cui questi subisca dal cliente finale una azione in garanzia per i vizi: l'azione è disciplinata attualmente dall'art. 131 del Codice del Consumo. In questa fattispecie è la soluzione del problema con il cliente finale che fa scattare i termini di prescrizione e decadenza dell'azione, così salvaguardando il distributore.

Si pongono ulteriori questioni. La prima consiste nella prestazione del fornitore: nel momento in cui il distributore si integra nella catena distributiva e fa importanti investimenti, deve ricevere un prodotto adeguato agli standard di qualità prefigurati. In alcuni casi il produttore è stato ritenuto responsabile dei danni causati al rivenditore in conseguenza della reiterata fornitura di prodotti di qualità scadente. La seconda riguarda l'accertamento del livello di controllo sul prodotto fornito che deve osservare il distributore nella catena. In termini generali, secondo la giurisprudenza penale[474] il distributore

---

[472] Diversamente avviene in Francia ove il consumatore ha a disposizione una "action directe" verso il produttore.

[473] Cass. 11612/05.

[474] Cass. pen. 4 ottobre 2006, 37307.

deve esercitare un'attività di ispezione ordinaria. Più rigorosa sembra la giurisprudenza civile che richiede un comportamento positivo volto a verificare lo stato e la qualità della merce ed a controllare, in modo adeguato, l'assenza di vizi, anche alla stregua della destinazione della merce stessa, tenendo conto, in tale ipotesi, che i doveri professionali del rivenditore, se non possono escludere l'effettuazione di indagini e riscontri assidui su ogni singolo prodotto, impongono l'uso normale della diligenza e di controlli a campione[475]. Il distributore deve, comunque, avere una conoscenza di base del prodotto, della normativa tecnica applicabile, delle qualità del medesimo (anche al fine di valutarne la conformità), deve possedere le istruzioni per l'uso e tutti i documenti accompagnatori. La normativa sulla sicurezza dei prodotti "non prevede che il distributore assuma la responsabilità del fabbricante (…), il distributore è, tuttavia, tenuto a dimostrare all'autorità nazionale di controllo di aver agito con la debita attenzione e di essersi accertato che il fabbricante abbia adottato le misure necessarie stabilite dalle direttive applicabili. Il distributore deve, inoltre, poter esattamente individuare il fabbricante o la persona che gli ha fornito il prodotto"[476].

Pone ordine nella materia la direttiva 2001/95/CE la quale richiede al distributore di controllare il prodotto posto in circolazione, monitorarlo durante il suo utilizzo presso i clienti finali, attivarsi nel caso in cui venga a sapere che il medesimo presenta aspetti di pericolosità[477]. Il medesimo potrebbe anche iniziare una campagna di richiamo, avvisando l'autorità competente[478].

---

[475] Cass. 5 marzo 2008, 6007.

[476] V. Guida all'attuazione delle direttive del nuovo approccio, pubblicata sul web dalla Commissione, pg. 41.

[477] Questa direttiva considera il prodotto come bene che può potenzialmente causare danni, quindi presenta una situazione di rischio; la direttiva sopra ricordata 85/374/CEE considera, invece, l'aspetto del risarcimento del danno.

[478] La comunità europea ha istituito un sistema di allarme chiamato Rapex al quale pervengono tutte le segnalazioni sulle campagne di richiamo. Esso è consultabile tramite il sito web della comunità. Dal sito si può esaminare l'ente che ha richiesto la campagna; in molti casi esse sono state attivate da distributori locali.

9. LE LICENZE DI DPI

9.1 licenze ed antitrust

Il diritto positivo dice poco sull'uso dei marchi e delle insegne sulla carta intestata, "sui totem", sulla sede del distributore. Questi, entrando nella rete, si appropria dell'avviamento prodotto dal nome del costruttore (*brand*) e lo sfrutta al massimo. L'uso del marchio è concesso in licenza, attraverso una serie di limitazioni ed è accessorio e strumentale alla vendita del prodotto. Nelle licenze vengono regolate le modalità d'uso del marchio o del *know how*.
Il distributore usa il marchio per creare un ambiente evocativo di quel *brand*. Quest'ultimo viene così speso nella pubblicità, nella trattativa e nell'assistenza post-vendita. Concedendo il nome al distributore, il concedente fa affidamento su un comportamento del primo conforme alla sua politica commerciale. Per assicurarsi di ciò il concedente esegue costanti controlli sul distributore. Tuttavia, anche configurando attenti e penetranti controlli, non si può aderire a quelle tesi che addossano al fornitore la responsabilità per scorretti comportamenti del distributore, responsabilità adombrata molto sbrigativamente da una certa giurisprudenza pretoria, volta a tutelare il consumatore. Nel settore dell'assistenza post-vendita il legame del marchio ha indotto la giurisprudenza a configurare una responsabilità per affidamento nel caso di errate riparazioni dell'officina autorizzata. Pure in tal caso l'assunto sembra eccessivo, salvo che la procedura seguita per la riparazione non sia stata indicata dal fornitore.
Il marchio è poi la base per creare la rete.
Come è stato correttamente notato, i contratti di distribuzione sono basati sugli standard (Corporate Identity, Standard Tecnici, ecc.), senza i quali una rete avrebbe scarso valore organizzativo. Con l'applicazione uniforme di standard si ha, invece, una forte valorizzazione del *brand*, un vincolo unificatore per un aggregato reticolare uniforme. Questo fa sì che il contratto di distribuzione è anche lo strumento tecnico necessario per formare la rete distributiva.

10. UN ESEMPIO DI CONTRATTO DI CONCESSIONE DI VENDITA.

10.1 un contratto

È possibile, a questo punto, fare un esempio pratico di un contratto di distribuzione. Si ipotizza che un piccolo costruttore di motociclette di nicchia debba allestire una rete di distributori per la vendita e l'assitenza post -vendita dei propri prodotti, in ambito comunitario. Diciamo subito che gli aggettivi piccolo o grande dicono poco perché è rilevante, ai fini *antitrust*, il potere di mercato del costruttore (sul mercato geografico e su quello del prodotto). Si è detto che un'intesa verticale posta in essere da un produttore (o fornitore) che detiene una piccola quota sul mercato del prodotto considerato è irrilevante ai fini della concorrenza. Per un consumatore una motocicletta di nicchia può forse costituire un sogno, per cui, per il medesimo, possono non esservi sul mercato prodotti concorrenti (sostituibili dal lato della domanda), nel qual caso il potere di mercato può essere elevato[479]. Tale valutazione appare però, allo stato, troppo soggettiva ed inutilizzabile nella pratica; infatti, se una Harley Davidson od una Ducati possono essere ritenute un bene sostanzialmente non sostituibile, tuttavia, le caratteristiche tecniche dei due prodotti possono essere valutate in un paniere, seppur qualificato, di prodotti concorrenti (nella sostanza, in un mercato composto dal prodotto considerato e da quelli concorrenti).
La distribuzione delle motociclette ai fini *antitrust* non è sottoposta ad un regolamento di esenzione specifico (per categoria), ma ricade in quello generale sulle intese verticali (2790/99/CE[480]) che considera tutti i contratti di distribuzione. Il rispetto delle prescrizioni di tale regolamento da parte del costruttore (nel regolamento si usano i termini Fornitore ed Acquirente, considerandosi la fase della distribuzione) consente un'esenzione automatica per accordi che, in tesi, sarebbero anticompetitivi ex art. 81 TCE, ma che possono essere

[479] V. DELLI PRISCOLI, Le restrizioni verticali della concorrenza, Milano, 2002, 14, fa l'esempio delle vetture Ferrari.
[480] Questo regolamento è in scadenza nel maggio 2010, si può tuttavia ritenere che verrà prorogato, essendosi dimostrato uno strumento efficace, malgrado non consideri rilevanti aspetti della distribuzione come il servizio assistenza post-vendita.

esentati in ragione della prevalenza di aspetti pro competitivi (art. 81/3 TCE)[481].

Poiché la quota di mercato del costruttore di motociclette considerato è inferiore al 15%, calcolata posizionando i prodotti della gamma su ogni segmento di riferimento, a livello di mercati nazionali (si sceglie una valutazione del mercato del prodotto su base nazionale in relazione alle diverse caratterizzazioni e gusti dei mercati nazionali ancora presenti [482]), si ritengono anche applicabili le regole della "*Commission Notice on agreements of minor importance* [483] (comunicazione *De Minimis*). Ove sul mercato venga usato dai maggiori costruttori lo stesso sistema distributivo (come avviene per le vetture), la soglia cala al 5%: nel caso delle motociclette, i sistemi distributivi sono diversi, per cui può ritenersi applicabile la soglia del 15%. Il calcolo delle quote di mercato può, probabilmente, anche essere fatto a livello dell'intera gamma del prodotto[484].

---

[481] Come detto, i sistemi di distribuzione selettiva od esclusiva non si presentano immediatamente anticompetitivi ex art. 81 TCE, lo diventano se agli schemi che li individuano sono applicate restrizioni verticali, in tal caso devono essere valutati ai sensi del paragrafo 3.

[482] V. Conseil de la Concurrence, Decision 03-D-42, 18 agosto 2003.

[483] Official Journal C 368, 22.12.2001, p.13-15. Ivi si afferma che: "The new notice reflects an economic approach and has the following key features: The "de minimis" thresholds are raised to 10% market share for agreements between competitors and *to 15% for agreements between non competitors* . The previous Notice had fixed the " de minimis" thresholds at respectively 5% and 10% market share. The new notice raises thresholds to respectively 10% and 15%. Competition concerns can in general not be expected when companies do not have a minimum degree of market power. The new thresholds take account of this while at the same time staying low enough to be applicable whatever the overall market structure looks like. Si consideri che al paragrafo 52/a delle linee direttrici sul pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 82 e 82 TCE, si ritiene che un accordo posto in essere da un fornitore che possiede una quota di mercato inferiore al 5% con fatturato aggregato non superiore a 40.000.000 di euro, non sia idoneo a recare alcun pregiudizio.

[484] Su questa base sembra sia stato realizzato il contratto di distribuzione Porsche che su uno specifico segmento ha alto *market share*, ma una quota minima sulla complessiva produzione di vetture nella EU. Porsche ha ottenuto dalla Commissione una *confort letter di esenzione* (v. Commission clears new Porsche distribution and after sales service arrangements, Brussels 3 maggio 2004, IP/04/585).

L'applicabilità della De Minimis consente, nella sostanza, di non osservare le limtazioni dell'art. 3 e 5 del regolamento 2790/99. L'art. 5 prevede che la clausola di esclusiva di approvvigionamento deve avere durata massima di 5 anni e deve essere rinegoziabile.

Sulle *confort letter* o lettere di orientamento, v. Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), in GUUE C

La *De Minimis* consente al costruttore, nella redazione del contratto di concessione, una maggior libertà di manovra, in quanto deve solo osservare alcuni divieti fondamentali[485]: fissare i prezzi della rivendita; limitare i volumi della rivendita; limitare le politiche di vendita sui mercati; ripartire la clientela e specificamente operare restrizioni del territorio ove il rivenditore può vendere, salva la possibilità di prevedere : a) il divieto di vendite attive in territori riservati ad altri concessionari in un sistema di distribuzione esclusivo; b) il divieto di rivendita a rivenditori indipendenti in un sistema selettivo; c) la restrizione delle vendite attive o passive in un sistema selettivo; d) la limitazione delle forniture incrociate in un sistema selettivo; e) la limitazione del diritto di un componentista di rivendere sull'*after-market* le componenti realizzate con le specifiche del concedente.

Poter applicare la *De Minimis* consentirebbe anche di aggregare il sistema selettivo a quello esclusivo (ipotesi non consentita nel settore *automotive* dal regolamento 1400/02), purché vengano mantenute le vendite incrociate tra dealer e le vendite passive. Tuttavia, per un costruttore con piccoli volumi di vendita e prodotto di nicchia, il sistema ideale potrebbe essere (con scelta in controtendenza) quello esclusivo, multimarca (multibrand)[486]. Il numero chiuso dei

---

101/78 del 27 aprile 2004. Ivi si individuano e illustrano le circostanze nelle quali la Commissione, in conformità a quanto previsto dal considerando 38 del regolamento n. 1/2003, sarà in linea di principio disponibile a fornire alle imprese, in casi specifici, pareri scritti in ordine all'interpretazione e all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato. Tali pareri informali si aggiungono all'insieme degli strumenti già esistenti (regolamenti di esenzione per categoria, giurisprudenza comunitaria, decisioni, comunicazioni e linee guida della Commissione), diretti ad assicurare alle imprese un livello adeguato di certezza giuridica e opportuni orientamenti interpretativi ai fini della valutazione della legittimità dei rispettivi accordi e pratiche commerciali nel quadro del nuovo regime di applicazione del diritto antitrust comunitario.

[485] Sono le cd. clausole nere di cui all'art. 4, le clausole rosse sono quelle dell'art. 5 non vietate di per sé, ma che necessitano di una autovalutazione caso per caso.

[486] Come detto, l'esclusiva è a favore del concessionario se viene accordata al medesimo una zona ed il produttore rinuncia a vendere in detta zona, è a favore del produttore se il concessionario rinuncia a vendere prodotti concorrenti (cd. obbligo di non concorrenza).

In generale viene scelto dai costruttori di motociclette il sistema selettivo: "La distribuzione dei motocicli è di norma selettiva. I concessionari non hanno un territorio esclusivo e possono vendere motocicli di marche concorrenti. Anche questi sono prodotti tecnologici che richiedono lo stesso livello di consulenza al momento della vendita e di servizi di assistenza da parte di specialisti della marca richiesto

distributori assicura una protezione degli investimenti dei medesimi ed un maggior controllo della rete da parte del costruttore. Consente anche di creare, in determinate zone, strutture maggiormente qualificate.
Se il prodotto è fortemente caratterizzato non risente della concorrenza di altri prodotti generici, anche posizionati nello stesso segmento[487], venduti dal distributore. Il contratto viene, pertanto, previsto come multimarca, con esclusione generica (ovviamente, non nominativa) delle marche strettamente concorrenti[488] . La possibilità del distributore di vendere più marche consente anche al medesimo di essere meno dipendente dal costruttore principale[489], mentre ciascun *brand* è salvaguardato da una politica razionale di suddivisione degli spazi e del personale: corretti standard tecnici provvedono poi ad assicurare che quando l'operatore tratta un cliente della marca opera con una divisa della medesima. Tenuto conto che il cliente di una motocicletta di nicchia è un cliente che potrebbe definirsi "professionale", generalmente molto competente ed edotto delle caratteristiche tecniche del mezzo, difficilmente il distributore potrà indirizzarlo ad altro prodotto. In relazione alla ubicazione, la *corporate identity* del distributore viene stabilita a diversi livelli (suddivisa per aree urbane e per aree rurali), anche con

---

dalle automobili. I motocicli circolano sulla via pubblica e presentano quindi problemi di sicurezza. Il prezzo medio è in generale inferiore a quello delle automobili, anche se l'acquisto di un motociclo rappresenta comunque un investimento importante. L'immagine della marca è importante come per le autovetture" (§ 25 della Relazione sulla valutazione del regolamento (CE) n. 1475/95 relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi per la distribuzione di autoveicoli e il relativo servizio di assistenza alla clientela).

[487] Sui segmenti delle motociclette di grossa cilindrata. V. Provvedimento n. 6350 (C3202) TPG MOTORCYCLE ACQUISTINO / DUCATI MOTOR HOLDING, Autorità Garante Concorrenza Mercato. Secondo la stampa si distinguono in naked, supersportive, enduro, custom, turismo, supermotard.
Secondo altre impostazioni (v. Conseil de la Concurrence, Decision 03-D-42, 18 agosto 2003), le motociclette possono essere suddivise tra prodotti non soggetti ad immatricolazione e prodotti immatricolati.

[488] In questa direzione l'esenzione del sistema Porsche, citata alla nota 467. Nociva potrebbe essere la presenza tra quelli venduti dal concessionario di marchi relativi a prodotti con apparenti medesime caratteristiche tecniche, ma poco innovativi.

[489] Evita inoltre problemi in caso di risoluzione del rapporto. La possibilità di operare con altre marche consente al concessionario di mantenere chance lavorative adeguate e non vedere cali repentini dei suoi fatturati di vendita.

caratterizzazioni volontarie incentivate in aree di particolar prestigio (si ipotizzano "concessionarie" con forme strutturali e colori che richiamano la marca, in luoghi particolari, ad esempio a Milano, Parigi, Tokio), creando contratti con una durata minima.
È consentito uno spostamento dei distributori entro la zona assegnata, mantenendo la sede originaria, alla ricerca del miglior presidio del territorio[490]. Devono invece essere autorizzati gli spostamenti fuori dalle aree assegnate. Vengono sottoposte ad autorizzazione anche la cessione dell'azienda del distributore o di parte di essa.
Vengono poi previsti obblighi di formazione del personale ed enfatizzata la specializzazione tecnica del medesimo.
La struttura del sistema non prevede la possibilità di vendite attive, ricercate in qualsiasi zona del mercato comunitario; prevede invece la possibilità di vendite passive, non sollecitate provenienti da clienti comunitari, con utilizzazione dei sistemi internet per raggiungere il cliente in modo indifferenziato. Vengono consentite le vendite tra distributori (*cross trading*) così da offrire a ciascuno dei medesimi un'altra fonte di approvvigionamento (doppio canale di arbitraggio). Ogni distributore è dotato dell'intera gamma dei prodotti, in modo da poter evadere anche domande provenienti da Stati diversi da quello della sua sede (*availability clause*[491]). Il produttore si riserva di effettuare vendite dirette a particolari clienti (clienti direzionali) della zona.
Per ogni Stato o per raggruppamenti di aree più vaste, si procede alla nomina di un "importatore"[492] che allestisce una sotto rete nel medesimo regime esclusivo multibrand, in quanto la sottorete presuppone le stesse caratteristiche (modello distributivo) della rete primaria. Le funzioni di "importatore" sono assolte del dealer nominato. L"importatore" nomina la sottorete per coprire il territorio

---

[490] Non si tratta di una applicazione della cd. *location clause*, tale clausola è generalmente applicata ai contratti di distribuzione selettiva per bloccare iniziative dei distributori di stabilirsi nei luoghi più profittevoli; la clausola è vietata dal regolamento 1400/02/CE ed è ritenuta dalla giurisprudenza comunitaria anticompetitiva in determinate situazioni di mercato.
[491] La clausola di disponibilità completa della gamma è molto importante nel settore automobilistico ove sono presenti allestimenti diversi per alcuni Stati comunitari in relazione ai sistemi di guida (guida a destra per UK), ma può avere anche importanza ove un determinato mercato esprima determinate preferenze su un prodotto, poco richiesto in altri mercati.
[492] In regime di mercato unico e di omologazioni comunitarie il ruolo di importatore è relegato al disbrigo di pratiche amministrative e di gestore della sotto rete.

secondo una strategia commerciale che pone i punti vendita (ed assistenza) non eccessivamente lontani dalla domanda del consumatore[493] . L'importatore svolge il disbrigo delle pratiche amministrative per omologare le motociclette nello Stato. Il regime esclude poi che nella stessa zona[494] possa essere nominato altro distributore. Nel caso un nuovo candidato aspiri a diventare membro della sottorete, dovrà attendere che si liberi il posto.
Per evitare che una eventuale diatriba con il distributore di zona blocchi le vendite sulla zona per un lungo periodo, viene previsto nel contratto che durante il periodo del preavviso, il distributore perde l'esclusiva di zona e il costruttore può iniziare le pratiche per nominare un nuovo distributore ed anche nominarlo.
Vengono poi adottati Standard tecnici in linea con la rinomanza del *brand*, basati su due livelli, uno per le aree con forte domanda ed uno per le aree con minore domanda e minor costo complessivo[495]. Gli Standard sono orientati al principio di proporzionalità e di necessarietà, così da consentire al distributore, in relazione al *multibrand*, di utilizzare spazi generici per i servizi (reception, parcheggi, servizi), oltre a equipaggiamenti tecnici generici, quando non sono strettamente necessari quelli dedicati.
Il sistema di assistenza post- vendita viene invece impostato su basi selettive qualitative: tutte le officine che possiedono gli standard emessi dal produttore possono farvi parte. Questo perchè il calcolo della quota di mercato sul mercato della riparazione avviene sulla marca, ciò genera ovviamente alte quote di mercato in favore del produttore che ha a disposizione vari elementi di fidelizzazione (ad es. la garanzia gratuita) ed ha il monopolio delle informazioni tecniche. In relazione alla difficoltà di accedere alle informazioni tecniche necessarie per la riparazione da parte dei riparatori indipendenti,

---

[493] Secondo studi recenti il cliente sceglie preferibilmente punti vendita od assistenziali abbastanza ravvicinati alla sua residenza, non distanti oltre 20 minuti, periodi di tempo maggiori per raggiungere il punto vendita potrebbero indurre ad una diversa scelta. Il discorsa vale per un prodotto generico, non per un prodotto specialistico.

[494] Appare sconsigliabile in ambito comunitario adottare in alcuni paesi un sistema esclusivo (basato sulla protezione del territorio) ed in altri un sistema selettivo, per evitare gli effetti di limitazione della concorrenza evidenziati al 13° considerando del regolamento 1400/02/CE.

[495] Il costo di allineamento allo standard è già un elemento di forte selettività.

vengono date istruzioni alla rete per rilasciarle a pagamento ai riparatori indipendenti[496].

Attraverso il distributore e la sua sottorete avviene anche la distribuzione dei ricambi originali. Non sono previste forme incentivanti la vendita dei ricambi attraverso vantaggi sulle allocazioni delle motociclette, per evitare problemi di *tying*. Il prezzo dei ricambi viene tarato in modo che il riparatore indipendente sia, comunque, non discriminato[497].

---

[496] Si pongono qui due problemi: a) la fornitura dei pezzi di ricambio e delle informazioni tecniche "segrete" e b) la necessaria adozione di un sistema selettivo qualitativo per l'assistenza post-vendita. Il primo problema deriva dalla posizione dominante del costruttore sul mercato il quale, se non vendesse ai riparatori i pezzi di ricambio o le informazioni, attuerebbe una condotta rilevante ex art. 82 TCE, in quanto abusiva. La posizione dominante obbliga il produttore a tenere sul mercato determinati comportamenti, uno di questi è la fornitura di beni non altrimenti disponibili. La necessità di adottare un sistema selettivo qualitativo per l'assistenza, se del caso separandola dalla vendita, potrebbe derivare dall'inutilizzabilità, per quote di mercato superiori al 30%, del regolamento 2790/99. In tale caso, si potrebbe ipotizzare, nell'autovalutazione cui è tenuta la parte ai sensi dell'art. 81/3, che non siano autorizzabili altri sistemi se non quello qualitativo. Pur essendo considerabile che a fronte di una piccola quota di mercato per il prodotto primario (motocicletta) sussista un'altra quota di mercato nell'assistenza, è indubbio che si debba tenere in considerazione anche il primo elemento (è infatti chiaro che su piccoli numeri è molto dispendioso creare delle reti e che, in certi casi, si può invogliare un'impresa a diventare concessionario di vendita solo assicurando anche l'assistenza post-vendita). Tant'è che per il prodotto principale potrebbe essere applicabile la Comunicazione De Minimis, la quale ha consentito ad un costruttore automobilistico di piccoli numeri di avere, anche per l'assistenza, deroghe al regolamento *automotive*. Se la decisione di separare o tenere uniti vendita ed assitenza si deve prendere con riferimento alla De Minimis, si potrebbe ritenere che l'esigenza di separare le due funzioni sia recessiva rispetto alle esigenze organizzative di un costruttore di piccole dimensioni. Infine, ci si può chiedere se l'utilità di diventare membro della rete nell'assistenza post-vendita sia, comunque, soddisfatta dalla messa a disposizione dell'officina indipendente di tutti quegli elementi che le permettono di fare concorrenza all'officina della rete. Anche tale elemento potrebbe essere considerato nella predetta autovalutazione. Peraltro, con la giurisprudenza *Deenick* (Corte CE 23.2.99) il riparatore ha diritto di definirsi "riparatore specializzato di una determinata marca".

[497] Per la determinazione del prezzo di vendita ai riparatori indipendenti può farsi riferimento al caso *Hugin*, 8 dicembre 1977, Commissione 78/68/CE. La decisione è stata riformata, ma il principio enunciato mantiene un valore generale.

Viene creato un collaterale contratto di *corner franchising* a livello facoltativo[498], per la fornitura di accessori personalizzati ed articoli in *merchandising*.
È, infine, previsto un ulteriore contratto di sostegno alla attività sportiva dei clienti che prevede la fornitura di motociclette speciali e contributi per l'assistenza tecnica ai clienti, non soggetto al regolamento 2790/99/CE.

[498] In relazione al fatto che non è possibile obbligare il distributore ad acquistare prodotti diversi da quelli contrattuali.

11. LA RETE COMMERCIALE.

11.1 attuazione della politica commerciale del produttore

La rete è un aggregato di imprese indipendenti, che si legano al fornitore per la distribuzione di beni o per la gestione dei servizi di assistenza post vendita, basata sulla condivisione di standard predisposti unilateralmente dal fornitore. Questa struttura si fonda sia sul potere gerarchico che sulla forza di una comune strategia commerciale.
Standard condivisi sono alla base di una rete articolata in un sistema esclusivo o selettivo o in franchising; in tutti, il concedente tende a "visualizzare" il marchio ed il rivenditore a "valorizzarlo".
La struttura della rete è unitaria e comunicante: tutti i membri possono interagire commercialmente fra di loro e con il concedente[499].
Sono frequentemente previste dal fornitore sanzioni a carico del membro della rete che artatamente collabora con i rivenditori indipendenti. In questo senso le rete si definisce chiusa. Il requisito della rete chiusa è tuttavia unicamente rilevante ai fini di eventuali azioni di concorrenza sleale, ma non ha alcuna rilevanza per la normativa sulla concorrenza[500].
Nessuna protezione viene offerta da alcuni ordinamenti, come la Svizzera e l'Italia, salvo che il terzo non operi con dolo per indurre il membro della rete all'inadempimento, in quanto non si riconosce alcun valore, come ente unitario, alla rete. Ne consegue che in questi paesi sussistono le condizioni migliori per praticare il commercio parallelo (è famoso il caso *Metro/Cartier* [501], ove Metro, catena indipendente di supermarket, si approvvigionava dalla rete svizzera del costruttore di orologi).
Negli U.S.A. si è arrivati a forme di protezione della rete molto forti come quella offerta dal "*California Vehicle Code*" che, addirittura,

---

[499] V. art. 4 Regolamento 2790/99 sulle intese verticali, ove si vietano restrizioni a forniture incrociate tra membri della rete operanti anche a diversi livelli.
[500] La questione si è riproposta abbastanza recentemente in Germania, ove un rivenditore indipendente era riuscito ad approvvigionarsi di vetture presso concessionari di un noto costruttore; la Corte di Giustizia ha ribadito che il requisito delle chiusura ermetica della rete è elemento estraneo al diritto comunitario (Corte CE C41-96VAG-SYD).
[501] Corte CE 13 gennaio 1994, C- 376/92.

consente ai dealer esistenti di opporsi all'entrata nella rete nuovi dealer[502].

La rete diviene anche l'ambiente ove si devono realizzare condizioni tendenzialmente uniformi, apparendo difficilmente giustificabili trattamenti diseguali [v. art. 81, Tratt. CE, lettera d): "applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti"]. Nella rete si esprime, inoltre, la politica distributiva del fornitore per cui ivi si attuano eventuali comportamenti anticompetitivi (frequentemente provocati dalle differenze di prezzo che si verificano nei vari paesi). La struttura della rete si compone, generalmente, di una rete primaria (es. distributori) e di una secondaria o sottorete (subconcessionari). La rete di un sistema selettivo si identifica per gli standard tecnici[503] adottati dal produttore

[502] BERETTA, I contratti di distribuzione commerciale, EGEA, Milano, 1993; Tutela della concorrenza e franchising, esperienza statunitense.

[503] Gli standard tecnici possono essere, come detto, qualitativi o quantitativi (prestazionali). Standard qualitativi attengono: ai criteri di formazione del personale di vendita, alla qualifica del personale post-vendita, ai criteri per l'esposizione dei prodotti, allo spazio riservato per ciascuna marca nell'autosalone; quelli quantitativi: all'obbligo di acquisti annui minimi, al numero massimo di rivenditori per zona, ai criteri minimi di fatturato, ai criteri di magazzino quantificati, al numero di rivenditori autorizzati.

Lo standard tecnico qualitativo puro corrisponde ad un fascio di norme tecniche industriali cui gli aderenti alla rete devono adeguarsi per migliorare la qualità della vendita e del servizio. Nella sostanza, nella rete avviene lo stesso fenomeno che avviene negli accordi volontari di normazione, ove tutti i partner di un pool si adeguano ad una o più norme tecniche per migliorare il prodotto. Per evitare che le norme tecniche imposte alla rete siano non proporzionali ed eccessive, creandosi così una selezione quantitativa, esse devono essere giustificate dalla natura del prodotto o dal servizio. Secondo un orientamento, gli standard sono obbligatori nel "risultato" che si prefiggono (es. in determinata qualità del servizio), ma non nelle modalità per raggiungerlo, per cui, ove detto risultato sia, comunque, raggiungibile con modalità (es. attrezzature) meno gravose, possono essere utilizzate queste diverse modalità. Occorrerà, inoltre, che si tenga conto della realtà specifica del riparatore, in relazione ad i requisiti che si presentano come (assolutamente) necessari ed a quelli che si presentano come preferibili (ciò si ricava dalla definizione del sistema selettivo qualitativo ove si fa riferimento a criteri richiesti dalla natura del servizio o dei beni, v. art. 1, h, Regolamento) . Il costruttore deve consentire che nella sede del riparatore esistano zone utilizzabili in comune con altre marche (ingressi, sale d'aspetto, uffici, ecc.); non pare possibile poi creare strutture inutilmente vocate solo per certe operazioni, imponendo gravosi investimenti, difficilmente recuperabili in sede di risoluzione del rapporto: il costruttore deve operare attraverso standard differenziati che possano meglio aderire alle realtà locali (v. ad es. quesito 80 delle Guidelines ove si precisa che non può essere imposto al riparatore l'obbligo di tenere i ricambi di diverse marche in diverse aree). Analogo

che fungono da misura per accertare l'idoneità del distributore ad entrare od a rimanere nella rete (gli standard tecnici sono utilizzati anche nel sistema esclusivo, ma non hanno questa funzione, essendo meri obblighi contrattuali sulla qualità della prestazione). Essi per loro natura sono oggettivi: la selezione degli aderenti avviene, pertanto, in base a criteri predefiniti. Sono escluse valutazioni soggettive sui candidati. Tra gli standard tecnici rientrano anche quelli che potrebbero definirsi architettonici e cioè l'ambiente che identifica il punto vendita (o assistenza) e lo ricollega al produttore (es. uso dei colori sociali, dei marchi, di forme ed arredamenti particolari, ecc.). Si tratta della cd. Corporate Identity.

Il concetto di standard qualitativo presenta alcune difficoltà a livello di definizione. Standard è un insieme di requisiti tecnici o prestazionali o professionali che identificano l'immagine ed il servizio del predisponente. Vi rientrano requisiti sulla immagine (quindi, sulla vetrina), sulla prestazione tecnica e sulla preparazione professionale del prestatore (*technicall skill*). Tutti i requisiti devono essere necessari, non meramente voluttuari, cioè devono essere giustificati da obiettive esigenze (diversamente sarebbero solo un modo per selezionare il numero degli aderenti). Ciò vuol dire, ad esempio, che gli *equipment* che compaiono negli standard non devono essere di una determinata "marca" se esiste uno strumento generico e meno costoso che ha le stesse prestazioni oppure che il numero degli strumenti deve essere dedotto da criteri di corretta gestione dell'azienda. Disegnare corretti standard diventa, pertanto, esercizio complicato perchè è facile cadere nell'arbitrario e nel non necessario. È possibile configurare gli standard su vari livelli di efficienza, ad esempio in relazione alle zone ove sono inseriti i distributori (rurali o industriali/residenziali)[504].

È però evidente che se la caratterizzazione è molto forte (si pensi alle torri di vetro cemento SMART), lo standard coincide con la stessa immagine della casa e finisce per escludere qualsiasi altra marca. In questo caso ci si allontana dal concetto "puro" di standard tecnico e si concepisce il sistema distributivo come prolungamento della immagine stessa del costruttore.

Nella scelta degli standard deve essere osservato il principio cardine di proporzionalità (o non eccessività: "*must not be in excess of what is*

---

discorso può farsi per l'eventuale imposizione alla rete di *tool* specifici, allorché possono essere sostituiti da strumenti generici.

[504] Nel considerando 29 del regolamento 2790/99/CE si parla di standard qualitativi per aree geografiche. Nello stesso senso il quesito 10 delle Guidelines.

required by the nature of the repair and maintenance services"). Il principio è rapportato al tipo di prodotto ed alle esigenze di vendita. Sotto il primo profilo appare corretto che l'assistenza di una *super car* o di una *dream bike* sia effettuata da personale altamente qualificato, sotto il secondo appare necessario proteggere l'immagine del costruttore, bilanciando questa esigenza con l'interesse del distributore a non dover riservare nella sua sede eccessivo spazio ad una marca a danno di altre (a questa esigenza di bilanciamento fa cenno la Commissione al quesito 5 della FAQ, documento pubblicato sul suo sito, ove si precisa che "sarà necessario rinunciare ad entrate separate per i clienti di ciascuna marca; è possibile che debbano essere applicate in maniera meno rigorosa anche le condizioni relative alla posizione della segnaletica"). Proporzionati devono anche essere, entro determinati limiti, alcuni obblighi quantitativi (contribuzione a spese promozionali, clausole di minimo acquisto[505]). La potenziale natura restrittiva dei vincoli qualitativi (quando sono corretti), è destinata ad essere superata dal beneficio ritratto dai consumatori nell'aver a disposizione una vasta scelta di prodotti[506], personale qualificato, servizi efficienti. Ovviamente, gli standard devono essere strettamente attinenti al servizio, diversamente potrebbero essere ritenuti *tying*, cioè obblighi leganti, la cui ammissibilità deve essere valutata caso per caso.

A questo proposito, occorre rilevare che la tendenza dei costruttori di autovetture a creare nuovi obblighi deve essere controbilanciata da meccanismi compensativi, in quanto non pare possibile, almeno negli ordinamenti di *civil law*, l'imposizione di obblighi rilevanti senza corrispettivo perché finirebbero per essere privi di causa[507] (si pensi al caso dell'obbligo del riparatore di mantenere a disposizione "autovetture sostitutive", senza una previsione di una contropartita economica).

Il costruttore può innalzare, nei nuovi contratti, gli standard qualitativi. Per evitare che il membro della rete non possa ammortizzare gli investimenti, il cambiamento degli standard dovrà avvenire con un congruo preavviso. Il costruttore può combinare

---

[505] Circa le clausole sui minimi d'acquisto si ritiene che debbano essere concordate da entrambe le parti e che debbano tendere fondamentalmente ad una obbligazione di mezzi, salvo diversa pattuizione contrattuale (v. Corte CE, causa C230/96).

[506] Nel caso *Parfums Givenchy*, la Commissione aveva imposto la limitazione del target al 40% della media annuale delle vendite dei retailer.

[507] Analogamente agli sconti, obblighi senza corrispettivo possono presentarsi come anticompetitivi, v. nota 493, caso *Michelin.*

standard qualitativi con standard quantitativi, ma non può limitare il numero dei riparatori autorizzati artificialmente[508]. Infatti, l'elevazione di uno standard può condurre ad una selezione quantitativa se porta, di fatto, ad eccessivamente limitare il numero dei riparatori desiderosi (e capaci) di partecipare alla rete, creando una barriera all'accesso, rendendo però poco appetibile al riparatore autorizzato rimanere nella rete. La correttezza e validità del sistema proposto *ex novo* è misurabile in base al numero di aspiranti che vengono esclusi: se il numero è elevato, significa che il livello è troppo alto.

In linea ipotetica, si potrebbe regolare la distribuzione delle vetture, quella dei ricambi ed il servizio assistenza con un sistema distributivo qualitativo. In pratica, la distribuzione dei ricambi, se resa autonoma, non si presta a particolari standard ed è destinata a tradursi in semplice vendita all'ingrosso.

Gli standard della marca devono peraltro tenere conto delle realtà nazionali, accertando le reali potenzialità dei distributori e la possibilità pratica di allinearsi a questi standard. Ad esempio, in alcuni Stati (es. Germania) il titolare dell'officina deve avere determinati titoli professionali, non sarebbe possibile chiedere titoli superiori.

È ovvio, che più gli standard sono visibili e chiari, più è corretta la procedura adottata[509]. Appare opportuno che i criteri di selezione vengano preformati e resi palesi attraverso pubblicazioni o siti INTERNET: in questo modo è possibile assicurare un trattamento uniforme ed uguali condizioni.

11.2 la formazione del contratto e la rete

L'utilizzo di una struttura aperta, alla quale possono aderire tutti i soggetti che soddisfano i requisiti proposti, è "voluta" dal diritto della

---

[508] V. casi *BMW, Audi,* relativi a standard quantitativi giudicati eccessivi, quali stock ricambi, utilizzo di sistemi di gestione dedicati, possibilità di gruppi di acquisto, in "Multibrand distribution and access to repairer" (…..) Competition Policy newsletter, 2, 06; The first case of the application of the new motor vehicle black exemption regulation: AUDI'S authorised repairers competition policy newsletter 2, 03.

Su queste tematiche, v. anche gli interventi della Commissione "Commission welcomes changes to General Motors' distribution and servicing agreements, Brussels, 13 marzo 2006, IP/06/303"; Commission welcomes changes to BMW' distribution and servicing agreements, Brussels, 13 marzo 2006, IP/06/302".

[509] Sulla valutazione degli standard, v. Cass. francese 28/6/05 ove si è demandato ad un ausiliare della giustizia, un ufficiale giudiziario il controllo degli standard.

concorrenza, ma nel momento in cui essi sono recepiti nel contratto, fanno parte dell'accordo voluto dalle parti.
Il meccanismo di adesione ad un sistema basato su standard tecnici è poco esplorato nel diritto del contratto; si crea un sistema "a porta aperta" nel quale la rete aumenta o diminuisce in relazione ai soggetti che vi accedono o che escono. Intanto, va precisato che il meccanismo previsto per provocare l'adesione del candidato acquirente può essere quello dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) o dell'invito ai terzi a presentare offerte o dell'obbligo a contrarre del monopolista (se si assume che il costruttore viene ad operare in una situazione di posizione dominante di mercato). Il contratto di distribuzione, pur calato nella rete, rimane autonomo da questa: la configurazione giuridica della rete è molto vicina, esternamente, ad un consorzio tra imprese (di cui una è "dominante"), ma se ne distacca perché non vi è la creazione di un ente, con autonomia propria. Essa rimane un fascio di contratti che si sovrappongono e che consentono relazioni orizzontali tra gli aderenti e verticali con il produttore.
La tematica va meglio precisata: la rete è, in primo luogo, un fatto organizzativo, un ambiente coordinato dal produttore nel quale si attua la sua politica commerciale, attraverso disposizioni comuni e non discriminatorie. L'organizzazione del produttore non è più verticistica, ma disaggregata verso il basso. Ma qual'è il ruolo del contratto in questa struttura? In primo luogo, il contratto è uno strumento, un mezzo per formare una ragnatela di relazioni ad alta risonanza ove si scambiano informazioni, *know how*, politiche commerciali rilevanti (si consideri che la risposta concorrenziale della rete rispetto ai distributori indipendenti si basa, soprattutto, sulla formazione ed informazione del distributore della rete). In quest'ottica, ricercare un ruolo del contratto come fattispecie giuridica diversa e portatrice di regole specifiche (si è parlato, al proposito, di *terzo contratto*[510]) ci sembra non porti a particolari risultati. Il primo contratto con il distributore si moltiplica in una serie di altri contratti identici, ma la relazione costruttore/distributore è singola e, generalmente, insensibile alle altre, dalle quali non mutua elementi comuni. Vedere elementi comuni generati dalla contrattualistica della rete appare, allo stato, prematuro, in quanto non sono identificabili nella rete tratti autonomi rispetto a quelli tipici della relazione contrattuale (produttore/distributore). Peraltro, il membro della rete (salvo che non

[510] v. GITTI-VILLA, Il terzo contratto, Bologna 2008; CAMARDI, I contratti di distribuzione come contratti in rete, Obbligazioni e contratti, 2009, 200.

si ragioni in termini di reti chiuse autonomamente tutelate in certi paesi) difficilmente potrebbe avanzare pretese “contrattuali” verso altro membro della rete che, ad esempio, attui comportamenti scorretti. L’art. 4, comma 3, della L. 192/98 sulla subfornitura richiama, per la stipula dei contratti di subfonitura derivati da un contratto principale, condizioni economiche non peggiorative. Rimane però la considerazione che il contratto di distribuzione non è un contratto di subfornitura, anche se ne riproduce l’assetto, sotto il profilo della relazione stabile tra imprese con diverso potere. Allo stato, una applicazione analogica dell’art. 4/3 sembra prematura, ma non del tutto infondata.

12. SCONTISTICA ED ANTITRUST

12.1 pratiche illecite

Il problema degli sconti è, come facilmente intuibile, simile a quello dei *tying*, tanto che si parla di effetti leganti o fidelizzanti. Questo effetto si può raggiungere utilizzando, come base per calcolare lo sconto, due prodotti diversi venduti dal distributore (ad esempio il prodotto principale ed i suoi ricambi): in questo caso lo sconto diviene un mezzo per spingere i due prodotti, sottraendo dalla percentuale disponile per l'acquisto del distributore quote per i concorrenti ed obbligando il distributore a vendere sempre i due prodotti. Si possono altresì creare meccanismi in base ai quali il distributore è forzato a raggiungere l'obiettivo, calcolando lo sconto su un periodo molto ampio: maggiore è l'ampiezza del periodo di riferimento, più alta è la probabilità che il distributore sia indotto a continuare negli acquisti ed a non abbandonare il fornitore. Altresì si presentano anticompetitivi sconti che tendono ad impedire, mediante l'ottenimento di vantaggi finanziari, che i clienti si riforniscano presso i produttori concorrenti[511]. Lo sconto, in tali casi, funziona da elemento che genera un'anomalia del funzionamento del mercato [512].

Non presentano questi pericoli concorrenziali gli sconti quantitativi, rapportati unicamente ai quantitativi acquisitati presso il produttore interessato. La correttezza degli sconti si misura, sostanzialmente, sulla corrispettività della prestazione[513]; sono corretti se sono tarati

---

[511] A tal proposito, cfr. Corte CE, 16.12.1975, cause riunite 40/73 – 48/73, 50/73, 54/74-56/73, 111/73, 113/73, 114/73, *SuikerUnie i*n Racc. 1663; Corte CE, 9.11.1983, causa 322/81, *Michelin / Commissione*, in Racc. 3461, punto 71; Corte CE., 3.7.1991, *Akzo / Commissione*, in Racc. I-3359, punto 71 e Corte CE, 14.11.1996, causa C-33/94, *Tetra Pack / Commissione*, in Racc. I-5951, punto 41.

[512] Sugli sconti fidelizzanti, v. TAR Lazio 24 ottobre 2000 a proposito del sistema Coca Cola, ed in particolare su sconti che non si riferivano a prestazioni ricevute. V. anche Corte Ce 15.3.2007, causa C-95/94, *British Airways / Commissione*, in Racc. I-2331, punto 69. Nel caso di specie oggetto di valutazione erano sconti connessi al perseguimento di obiettivi di vendita nel settore del trasporto aereo passeggeri, concessi da un'impresa in posizione dominante sul mercato aereo anglosassone alle agenzie di viaggio volti a disincentivare operazioni con altri operatori, in quanto tendenti ad incidere sulle quote di fatturato del distributore su altri concorrenti.

[513] Trib. CE 30 settembre 2003, n. 203, *Michelin*: "Gli sconti concessi da un'impresa in posizione dominate si devono fondare su una contropartita economicamente giustificata. Un sistema di sconti quantitativi è quindi compatibile con l'art. 82 del trattato se il beneficio accordato ai rivenditori è giustificato dal volume d'affari da essi apportato e dalle eventuali economie di scala che essi consentono di realizzare

sulla prestazione contrattuale e non prendono a riferimento la concorrenza per indebolirla.
Nel contratti di distribuzione gli sconti sono anche utilizzati per dirigere politiche distributive, evitare che i distributori esportino i prodotti, ecc.. In tali casi, frequentemente sanzionati dalle autorità *antitrust* gli sconti ed i bonus[514] vengono unicamente legati a prestazioni effettuate sul territorio[515]. La tematica fiscale degli sconti in tama di distribuzione automobilistica, con notevoli spunti di diritto contrattuale, è trattata dal Ministero delle Finanze nella Risoluzione n. 120 del 17/09/04.

---

al fornitore. La concessione di uno sconto ad un rivenditore da parte di un'impresa in posizione dominante si deve fondare su una giustificazione economica obiettiva e non può dipendere da una valutazione soggettiva da parte di detta impresa del fatto che il rivenditore rispetti i suoi impegni atti a garantirgli lo sconto, in quanto una tale valutazione circa l'osservanza degli impegni consentirebbe all'impresa in posizione dominante di esercitare una forte pressione sul rivenditore e di utilizzare, se necessario, il meccanismo in modo discriminatorio. Pertanto, un sistema di riduzioni applicato da un'impresa in posizione dominante, che riserva a quest'ultima un margine di valutazione non trascurabile e discrezionale per quanto riguarda la possibilità per il rivenditore di beneficiare dello sconto, deve essere considerato non equo e costituisce uno sfruttamento abusivo da parte di un'impresa della sua posizione dominante sul mercato ai sensi dell'art. 82 del trattato. L'esistenza di una posizione dominante non priva un'impresa che si trovi in questa posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, qualora questi siano insidiati, ma non rende ammissibile un comportamento che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso. Un sistema di sconti diretti a vincolare i rivenditori all'impresa in posizione dominante possono restringere la concorrenza perché mirano a rendere più difficoltoso l'accesso al mercato interessato dei concorrenti della suddetta impresa e costituiscono pertanto un abuso da parte di detta impresa.

[514] Per bonus si intendono somme incentivanti, elargite su criteri analoghi e quelli degli sconti. Essi possono essere basati sulle quantità, sulle qualità delle prestazioni o su risultati specifici.

[515] Commissione / *Peugeot* 2005.

13. IL CONTRATTO DI RIPARATORE AUTORIZZATO

13.1 un contratto accessorio

Il contratto di riparazione è qualificato come contratto atipico a struttura onerosa e complessa cui partecipa sia la natura del contratto d'opera (o appalto)[516] che del deposito[517].
Esso è generalmente un contratto accessorio al contratto di distribuzione in quanto la vendita di un bene di consumo necessita dell'allestimento di un sistema di assistenza post-vendita organizzato, come si desume dalla direttiva 44/99/CE sulla garanzia dei beni di consumo. Secondo un insegnamento risalente il contratto di "concessione di vendita", non è utilizzabile per la fornitura di servizi, ma solo per i beni; in realtà, nella pratica, la vendita di un bene non può avvenire se non si assicura l'assistenza post-vendita, quindi se non viene utilizzato un contratto di servizi.
Nel contratto di riparatore autorizzato il concedente affida all'officina l'incarico di svolgere servizi verso la clientela secondo proprie procedure ed i propri standard qualitativi o quantitativi, trasferendo *know how* e informazioni tecniche. L'officina autorizzata si impegna, nell'interesse del costruttore, ad offrire alla clientela una serie di servizi, tra i quali, il più importante è quello della garanzia. Vanno, comunque, considerati obblighi informativi, propagandistici, relazionali, pubblicitari, di marketing, servizi di riparazione in esecuzione di campagne di richiamo.

13.2 i servizi di garanzia

L'attività dell'officina è orientata in generale alla "*repair and maintenance*" del prodotto. Particolare importanza ha l'attività riguardante le riparazioni durante il periodo di garanzia. In questa fase, infatti, il costruttore assume su di sé i costi del servizio e richiede al riparatore autorizzato di effettuare la riparazione e la sostituzione delle parti avariate con parti originali, senza oneri per il cliente.
Alcuni autori hanno visto le operazioni di garanzia[518] offerte dal riparatore ed eseguite in favore del cliente sotto due diversi profili: (i)

---

[516] In relazione alla struttura dell'officina.
[517] Cass. 7226/01.
[518] Possono essere considerate alla stregua delle operazioni di garanzia anche le riparazioni eseguite nelle campagne di richiamo e le riparazioni dei dispositivi antinquinamento, tutte operazioni per le quali sono previsti obblighi legali di intervento di ripristino gratuiti.

come obbligo risarcitorio del concedente verso il riparatore che ha dovuto effettuare la riparazione in conseguenza del prodotto difettoso, (ii) come esecuzione da parte del riparatore del mandato assunto dal medesimo nell'interesse del concedente.
In conseguenza di questa configurazione alternativa, appare opportuno che il concedente proceda preliminarmente all'esatta configurazione della prestazione che il riparatore offre: se il riaddebbito dei costi di lavorazione da parte dell'officina al costruttore avviene a titolo risarcitorio, occorre che nel contratto sia previsto tale meccanismo e, soprattutto, che il produttore ivi assuma l'obbligo verso il riparatore di farsi carico, a titolo gratuito, di eventuali guasti e rotture che si verifichino nel periodo di garanzia. Deve, pertanto, risultare nel contratto che i riaddebiti si configurano come risarcimenti dei danni subiti dal concessionario[519]. Va, tuttavia, rilevato che nell'ipotesi in cui il riparatore sia anche distributore, in conseguenza dell'obbligo del riparatore di riparare il prodotto venduto affetto da vizi in esecuzione della garanzia legale[520], potrebbe non essere chiaro se la riparazione è avvenuta a titolo di garanzia legale (obbligo diretto del distributore che ribalta il costo della riparazione al costruttore con una azione di regresso) o come obbligo del costruttore in forza della garanzia commerciale che rilascia sul prodotto. In quest'ultimo caso si aprono le due opzioni di cui sopra.
Diversa è l'ipotesi in cui l'officina operi la garanzia in esecuzione del mandato conferito dal produttore e ribalti il costo della prestazione su produttore. In questo caso, essendo offerto al cliente un servizio, la prestazione è trattata come tale anche ai fini fiscali[521].
Nel caso in cui la riparazione consista in una sostituzione di pezzi, secondo alcuni, occorre verificare la prevalenza della finalità
riparativa sulla sostituzione e quindi, risalire alla tipologia sopra indicata[522].

---

[519] V. Risoluzione ministeriale 500655 del 18/04/75 e 334423 dell' 11/1/82. Tali operazioni, fiscalmente risultano fuori campo I.V.A. in relazione al fatto che tali operazioni rientrerebbero nell'originario contratto di compravendita. Per rafforzare tale legame appare opportuno enfatizzare nella vendita questo aspetto, probabilmente sostituito dalla garanzia di fabbrica.
[520] Obbligo previsto dall'art. 1490 c.c. per le vendite tra commercianti e derogabile; inderogabile invece se la vendita è avvenuta verso un consumatore.
[521] Per la detraibilità dell'IVA, Commissione Provinciale Roma, 25 ott. 2007, 421. [522] Risoluzione ministero Finanze 29/03/91 n. 490292.

13.3 le informazioni tecniche sulla riparazione.

Le problematiche del settore automobilistico ci hanno insegnato che non è possibile riparare prodotti tecnologici senza le informazioni tecniche del produttore. Se i riparatori indipendenti non disponessero di informazioni tecniche sarebbero messi fuori gioco. Ciò ha portato a considerare il costruttore (fornitore) come impresa che opera in posizione dominante detenendo un bene (informazioni tecniche) non altrimenti reperibile sul mercato ed essenziale per lo svolgimento della specifica attività sul mercato[523]. Ne consegue un obbligo del costruttore di vetture di diffondere le informazioni tecniche a tutti gli operatori indipendenti[524].

13.4 standard del servizio assistenza

Occorre, infine, considerare che mentre il regolamento 1400/02/CE impone al costruttore di garantire attraverso la rete il servizio assistenza, nulla dice sulla qualità di questo servizio. A questa lacuna stanno sopperendo alcune legislazioni nazionali in sede di recepimento della normativa sulla garanzia dei beni consumabili, imponendo una sufficiente ed adeguata qualità del servizio assistenza[525]. Questo vuoto normativo è destinato ad essere in parte colmato con il recepimento della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette.

---

[523] Si potrebbe configurare come una "essential facility".

[524] V. regolamento 715/2006/CE, Euro 5-6.

[525] V. normativa spagnola; v. Sale of good and supply of service act, inglese, ove si precisa che è condizione implicita nella vendita di un bene che esista un efficiente servizio di assistenza, siano disponibili i pezzi di ricambio, la garanzia debba indicare chiaramente i diritti del beneficiario, compresa la procedura per presentare il claim. Esistono in UK anche accordi tra associazioni di dealer e di consumatori per moralizzare la vendita delle vetture e veri e propri codici comportamentali. In Italia può farsi riferimento al recente Codice del consumo.