

**Do you perceive that the VBER and the VGL have contributed to promote good market performance in the EU?**

**Yes, but they contributed only to a certain extent or only in certain sectors**

**\*Please explain your reply, distinguishing between sectors where relevant:?**

La limitazione dell'ambito d'applicazione alle sole fattispecie più rilevanti su scala europea, come risultante dal combinato disposto della previsione di soglie di mercato decisamente elevate e dell'esclusione degli accordi c.d. di minor importanza, sottrae alla disciplina in esame la quasi totalità delle restrizioni concorrenziali nell'ambito delle relazioni contrattuali tra gli operatori economici (che in Italia, così come anche nel resto d'Europa, sono costituiti nella stragrande maggioranza da PMI) attivi ai diversi livelli della filiera produttivo-distributiva.

Inoltre, anche rispetto a taluni settori ricompresi nel campo d'applicazione, tanto la disciplina normativa quanto le linee guida non hanno garantito la necessaria certezza: in particolare, rispetto alle vendite on-line, alle complessive indicazioni che, nei fatti, si sono rivelate piuttosto incerte e contraddittorie ha fatto seguito un indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia non univoco, come dimostrato dai casi Pierre Fabre e Coty.

Più in generale, rispetto ai sistemi di distribuzione selettiva, la definizione degli stessi appare insufficiente o comunque inadeguata ai fini di un corretto inquadramento dei rapporti contrattuali di filiera, poiché tali sistemi spesso vengono richiamati impropriamente (in quanto sganciati da reali esigenze di posizionamento di mercato e altro tipo di legami con aspetti qualitativi, ovvero utilizzati per giustificare restrizioni contrattuali altrimenti vietate), in tal modo svilendo la natura stessa e l'importante funzione assolta da simili sistemi, sviluppatasi principalmente per promuovere e garantire soprattutto standard più elevati di qualità dei prodotti distribuiti sul mercato. La necessità di adottare sistemi di distribuzione selettiva, infatti, non ricorre solo nel caso dei beni normalmente considerati di lusso (nozione piuttosto vaga e priva di una definizione normativa) ma anche in tutti quei casi in cui un prodotto si differenzia rispetto agli altri appartenenti allo stesso settore merceologico perché possiede standard di qualità particolarmente elevati, tali da posizionarli in una fascia di mercato autonoma (circostanza questa che ricorre, ad esempio, anche in settori come l'elettronica di consumo).

Nella filiera dei prodotti cosmetici, una delle prassi più diffuse riguarda il ricorso a sistemi di distribuzione selettiva in assenza di accordi scritti che indichino quale sia la categoria di riferimento, le restrizioni presenti e le condizioni in base alle quali sia applicabile l'esenzione per categoria. Nel mercato italiano, ad esempio, soltanto 5 o 6 marchi cosmetici, su un potenziale di almeno 30, che ricorrono a tali sistemi, utilizzano nella prassi contratti in forma scritta. Per consentire verifiche e controlli, fermi restando i criteri di esenzione previsti dall'art. 101, comma 3, sarebbe pertanto opportuno fornire agli operatori commerciali l'indicazione di utilizzare obbligatoriamente la forma scritta, nei rapporti contrattuali di filiera, per formulare le condizioni a cui gli appartenenti alla rete di distribuzione selettiva devono sottostare.

**\*Do you consider that the VBER and the related guidance in the VGL provide a sufficient level of legal certainty for the purpose of assessing whether vertical agreements and/or specific clauses are exempted from the application of Article 101 of the Treaty and thus compliant with this provision (i.e. are the rules clear and comprehensible, and do they allow you to understand and predict the legal consequences)?**

**No**

**\*Please explain your reply:**

Vedi risposta successiva

**If you have rated one or several issues as "very low" or "slightly low", please explain the reasons for your rating. Please also explain whether the lack of legal certainty stems from (i) the definition of the particular area in the VBER or the related description in the VGL, (ii) their application in practice or (iii) the overall structure of the VBER and/or VGL:**

In relazione alle specifiche criticità relative al quadro normativo, una delle principali a cui è stato attribuito un rating “molto basso”, riscontrabile nell’ambito degli Orientamenti, è relativa agli accordi di minor importanza di cui ai punti 8-11. In particolare, al punto 10) si afferma che il divieto previsto dall’art. 101, par. 1 TFUE si può applicare “in taluni casi” anche al di sotto del soglie c.d. “de minimis”. Al punto 11) si afferma inoltre che la Commissione, in genere (fatta salva l’ipotesi che si tratti di imprese in posizione dominante), si astiene comunque dall’avviare un procedimento, per mancanza di un sufficiente interesse dell’UE, in relazione agli accordi di minor importanza, anche in quei casi in cui gli stessi presentino condizioni tali da farli ricadere nel divieto di cui all’art. 101, par. 1 TFUE (ad esempio perché contengono restrizioni fondamentali o perché in presenza di effetti cumulativi).

In questi casi, per superare le criticità relative al public enforcement da parte delle autorità nazionali, che esercitano il proprio potere discrezionale d’intervento limitatamente ai soli casi di maggior rilevanza, con la conseguenza che il dettato normativo resta (nei fatti) lettera morta, sarebbe auspicabile una revisione delle disposizioni nell’ambito della quale prevedere un riferimento esplicito all’opportunità che gli Stati membri, nell’ambito dei rispettivi ordinamenti nazionali, prevedano specifici di strumenti di private enforcement (ad esempio rimedi contrattuale e/o extracontrattuali) per contrastare l’utilizzo, negli accordi verticali, di restrizioni vietate dall’art. 101 TFUE ma prive di efficaci strumenti sanzionatori.

Anche le disposizioni relative alle soglie di rilevanza (del 30% per acquirente e fornitore) previste dagli articoli 3 e 7 del regolamento e dai punti 56-58 degli Orientamenti sono risultate, oltre che eccessivamente elevate, inadeguate nella prassi in quanto la necessaria elasticità dei criteri ivi previsti è suscettibile di produrre risultati non univoci, con conseguente incertezza relativamente alle fattispecie effettivamente rilevanti.

Un’altra importante criticità è riscontrabile, nella prassi commerciale, relativamente alle vendite on-line (punti 52-54 degli Orientamenti), come dimostrato dai richiamati indirizzi giurisprudenziali sfociati nei casi Pierre Fabre e Coty. Gli Orientamenti della Commissione, infatti, nel tentativo di accordare una particolare attenzione alle restrizioni relative alle vendite on-line, contemperando l’esigenza di tener conto delle criticità connaturate a tale canale di vendita (in continua crescita e diffusione nonché in grado di diffondere i prodotti su vasta scala, coprendo l’intero mercato UE) con quella, contrapposta, di non penalizzare eccessivamente un format distributivo particolarmente innovativo, finiscono per fornire indicazioni non sempre univoche e di facile comprensione, anche a causa di una criticabile tecnica di drafting in negativo, sostanzialmente imperniata su un sistema di deroghe ed eccezioni rispetto ad altre deroghe ed eccezioni che, certamente, contribuisce in maniera rilevante alla poca chiarezza delle regole da osservare.

Infine, anche le indicazioni relative alla politica di applicazione della normativa nei casi individuali contenute nella sezione VI degli Orientamenti (punti 96-229), pur contribuendo a chiarire alcuni aspetti e profili applicativi tanto di carattere generale, relativamente al quadro d’analisi (96-127), quanto in relazione alle

fattispecie più diffuse di specifiche restrizioni verticali (128-229), faticano a conciliare la necessaria flessibilità, che la natura stessa degli orientamenti comporta, con l'esigenza di un indirizzo quanto più possibile univoco per gli operatori del mercato.

*\*Leaving aside the appropriateness of the scope of the current list of hardcore restrictions (Article 4 VBER) and excluded restrictions (Article 5 VBER) (see the last three questions in this section), do you consider that the additional conditions defined in the VBER (i.e. Article 2 and 3 VBER) lead to the exemption of types of vertical agreements that do not generate efficiencies in line with Article 101(3) of the Treaty?*

**Yes**

*Please mark the conditions responsible for the exemption of those vertical agreements by ticking "Yes". Otherwise, tick "No":*

**\*Market share threshold for the supplier (Article 3 and Article 7 VBER, and recitals 86-95 VGL)                      Yes**

**\*Market share threshold for the buyer (Article 3 and Article 7 VBER, and recitals 86-95 VGL)                      Yes**

*\*Please explain your selection by providing examples and explain how prevalent they are in the industry:*

Come già anticipato nelle precedenti risposte, le disposizioni del Regolamento relative alle soglie delle quote di mercato di fornitore ed acquirente contenute negli articoli 3 e 7, ivi compresi i rispettivi margini di tolleranza, risultano eccessivamente elevate, tanto da escludere l'applicazione del divieto posto dall'art. 101, par 1, TFUE anche rispetto a fattispecie di restrizioni che, pur rimanendo al di sotto di tali soglie, risultano tutt'altro che irrilevanti in termini di impatto sulla concorrenza nella prassi commerciale.

Sotto questo profilo, l'obiettivo di prevedere delle soglie di esenzione al fine di garantire una maggior certezza rispetto alle fattispecie escluse dal suddetto divieto non può sacrificare eccessivamente l'ambito d'applicazione (e l'efficacia deterrente) dello stesso, lasciando fuori fattispecie la cui rilevanza in termini anticoncorrenziali può risultare diversa a secondo del mercato di riferimento.

Al riguardo, pertanto, Confcommercio auspica un abbassamento delle soglie attualmente previste, eventualmente anche attraverso l'introduzione di soglie differenziate in ragione delle specificità (in termini di maturità e di effettiva concorrenza) dei mercati di riferimento. In tal senso, si potrebbero prevedere soglie differenziate tra produzione e distribuzione (ad esempio nell'elettronica di consumo una soglia del 20% relativa ai distributori risulterebbe più adeguata) ovvero in ragione dei diversi settori merceologici interessati.

Inoltre, proprio rispetto alle indicazioni relative alla definizione dei mercati rilevanti ed al calcolo delle relative quote riportate ai punti 86-95 degli Orientamenti, occorre rilevare come tali indicazioni presentino margini di discrezionalità tali da non consentire una sufficiente certezza in merito all'effettiva rilevanza di talune fattispecie rispetto ai mercati di riferimento.

*\*Are there any types of vertical restrictions that the VBER considers as hardcore (Article 4 VBER), but for which it can be assumed with sufficient certainty that they generate efficiencies in line with Article 101(3) of the Treaty?*

**Yes**

Please select these types of vertical restrictions by ticking "Yes". Otherwise, please tick "No":

**\*Online sales restrictions (recitals 52-54 VGL)                      Yes**

**\*Please explain your selection by providing examples and explain how prevalent these restrictions are in your industry: - Spiega la tua selezione fornendo esempi e spiega in che modo prevalgono queste restrizioni nel tuo settore**

Il problema principale in relazione alle restrizioni fondamentali previste dall'art. 4 del Regolamento, come illustrato nelle precedenti risposte, è riconducibile in particolare all'enforcement relativamente agli accordi c.d. di minor importanza, anche alla luce di quanto previsto ai punti 10, 11, 47 e 110 lett. b) degli Orientamenti della Commissione.

Un esempio in tal senso può essere costituito dalle restrizioni, che Confcommercio registra come diffuse soprattutto nel comparto moda, con cui i produttori impediscono ai rivenditori di vendere on-line i propri prodotti, riservando a se stessi la possibilità di utilizzare in esclusiva tale canale di vendita. Tale fenomeno è spiegabile alla luce della crescente tendenza da parte dei produttori, evidenziata dalla stessa Commissione nella Relazione finale sull'indagine sul commercio elettronico del 10 maggio 2017 (COM (2017) 229 final), a distribuire direttamente sul mercato i prodotti attraverso il canale on-line, in tal modo bypassando la filiera distributiva ed i relativi operatori con cui entrano in concorrenza diretta.

Simili restrizioni, diffuse su larga scala attraverso una parcellizzazione dei rapporti contrattuali, rientrano evidentemente tra quelle classificate come fondamentali a prescindere dalle soglie di rilevanza e, pertanto, sono da considerarsi comunque vietate. Ciononostante, le suddette restrizioni nella maggior parte dei casi rientrano nell'ambito di quella tipologia di accordi che gli Orientamenti considerano di minor rilevanza, in relazione ai quali la Commissione e l'Autorità nazionale competente si astengono dall'intervenire.

In altri casi, simili restrizioni vengono in qualche misura giustificate alla luce di presunte policy aziendali di distribuzione selettiva che, come opportunamente riconosciuto dalla giurisprudenza UE in relazione al caso Coty, possono risultare fondamentali a garantire il posizionamento in una fascia alta di mercato di taluni prodotti il cui brand verrebbe evidentemente svilito qualora se ne consentisse la distribuzione attraverso determinate modalità (*marketplace*, nel caso citato) evidentemente non in linea con i requisiti qualitativi del sistema di distribuzione selettiva scelto. Al riguardo, tuttavia, gli Orientamenti della Commissione (cfr. in particolare i punti 54 e 56), nel tentativo di ricomprendere quante più fattispecie ipotizzabili, finiscono per risultare talvolta contraddittori o comunque suscettibili di interpretazioni non univoche.

Inoltre, non sempre l'adozione di restrizioni contrattuali sulla base di presunti sistemi di distribuzione selettiva trova effettivo fondamento su altri elementi oggettivamente funzionali a garantire standard qualitativi elevati, con la conseguenza che, in questi casi, gli asseriti (ma in realtà insussistenti) sistemi di distribuzione selettiva esauriscono la propria funzione nel dissimulare pratiche anticoncorrenziali.

Un ulteriore esempio di restrizione considerata fondamentale, che tuttavia potrebbe ritenersi giustificata in quanto idonea a compensare altre patologie del mercato (ad es. fenomeni di parassitismo o free rider) è altresì riconducibile alla pratica del c.d. *dual price*, che si realizza attraverso accordi volti ad imporre ai distributori prezzi più alti nel caso in cui un prodotto sia destinato ad essere rivenduto on-line rispetto a quello richiesto in caso di vendita off-line (cfr. punto 52, lett. d) e 64 degli Orientamenti). Tale pratica viene tuttavia considerata legittima nei soli casi in cui il maggior prezzo dei beni da vendere on-line sarebbe

giustificato dai maggiori costi (ad esempio in relazione all'assistenza post-vendita) che i produttori sarebbero tenuti a sopportare a seguito del ricorso a questo specifico canale di vendita.

In realtà, l'applicazione da parte dei fornitori di un prezzo più alto per i beni destinati ad essere venduti on-line risulterebbe molto utile per contrastare l'ormai dilagante fenomeno di parassitismo relativamente ai servizi pre-vendita che va sempre più diffondendosi proprio in relazione a quei settori merceologici, come l'elettronica di consumo o il comparto moda, in cui l'e-commerce conquista crescenti segmenti di mercato. E' infatti sempre più diffusa la prassi di recarsi presso negozi fisici per usufruire dei servizi tipici da questi forniti (come l'assistenza fornita dal personale addetto, ed in particolare l'illustrazione delle caratteristiche tecniche di prodotti e tutte le ulteriori indicazioni utili al fine di personalizzare la scelta d'acquisto in base alle reali ed effettive esigenze del consumatore ovvero la possibilità di testare/provare e/o indossarlo, se si tratta di un capo d'abbigliamento o di calzature o di articoli sportivi) senza tuttavia concludere l'acquisto che, una volta perfezionata la scelta, verrà invece effettuato on-line presso il rivenditore che offre il prezzo più basso.

L'esigenza di contrastare simili fenomeni, d'altra parte, viene espressamente riconosciuta anche dagli stessi Orientamenti al punto 107) lett. d), che tuttavia indicano tale possibilità limitatamente ai sistemi di distribuzione selettiva o attraverso il ricorso ad obblighi di non concorrenza, piuttosto che legittimando il ricorso ad un sistema di dual price.

**\*Do you see the need for a revision of the VBER in light of major trends and/or changes during the past 5 years (e.g. the increased importance of online sales and the emergence of new market players)?**

**Yes**

**\*Please explain your reply:**

Come opportunamente evidenziato dalla stessa Commissione europea nella Relazione finale sull'indagine sul commercio elettronico, adottata il 10 maggio 2017 (COM (2017) 229 final), la diffusione del commercio elettronico nel corso dell'ultimo decennio ha avuto un impatto significativo sulle strategie di distribuzione delle imprese e sul comportamento dei consumatori, determinando in particolare:

- un evidente aumento della possibilità di comparazione dei prezzi con la conseguente accentuata "mobilità" da un canale all'altro che favorisce comportamenti parassitari (free riding) da parte dei consumatori che usano i servizi pre-vendita tipici del canale tradizionale off-line (vedere, provare, ecc.) e poi effettuano gli acquisti on-line;
- l'aumento della concorrenza incentrata principalmente sul prezzo, quale parametro fondamentale della scelta, a discapito di altri importanti parametri concorrenziali (marca, qualità, innovazione, ecc.);
- l'utilizzo di software per "allineare" i prezzi che, come riconosciuto dalla Commissione, ha comportato un aumento del potere dei produttori di controllare ed influenzare i prezzi praticati dai dettaglianti;
- la proliferazione di marketplace e piattaforme digitali che hanno un notevole potere di mercato e contrattuale e che lo esercitano in modo spregiudicato rispetto agli operatori che intendono accedere a tali piattaforme, come dimostrato dal regolamento UE recentemente approvato.

A fronte di questi fenomeni si registra la tendenza dei produttori ad aumentare il controllo sulla filiera distributiva attraverso un maggior ricorso ad accordi e pratiche concordate (restrizioni verticali) che incidono sulla distribuzione al dettaglio di uno stesso marchio. Tra queste, si evidenzia in particolare:

- a) l'aumento del numero dei produttori che vendono direttamente on-line, bypassando la filiera ed entrando così sempre più in diretta concorrenza con i propri distributori indipendenti rispetto ai quali si trovano in una posizione di vantaggio asimmetrico ed esercitano la propria supremazia contrattuale;
- b) un maggior ricorso a sistemi di distribuzione selettiva, cui consegue l'opportunità di definire con maggior dettaglio tali sistemi evidenziando la stretta funzionalità degli stessi rispetto alla necessità di assicurare elevati standard qualitativi dei prodotti;
- c) un maggior ricorso alle restrizioni verticali rispetto alle quali emergono problematiche relative a:
  - il problema della doppia tariffazione che, alla luce dei dilaganti fenomeni di free rider nei servizi prevendita, dovrebbe essere consentita;
  - le restrizioni all'uso di *marketplace* (che dovrebbero essere consentite solo nei veri sistemi di distribuzione selettiva) e/o, più in generale, relativamente al canale web (come ad es. quelle nel settore dell'abbigliamento, rispetto alle quali si pone un problema di enforcement nell'ambito degli accordi di minor rilevanza).

Simili evidenze rappresentano incontrovertibilmente la necessità di una revisione della disciplina che ne tenga adeguatamente conto, in particolare nella misura in cui fattispecie che in precedenza potevano risultare giustificate, in relazione al minore impatto in termini di concorrenza nel mercato unico dell'UE, oggi, con le possibilità offerte dal web, appaiono evidentemente suscettibili di assumere una diversa connotazione e, indubbiamente, anche una maggior rilevanza in termini di distorsioni anticoncorrenziali.

**\*Based on your experience, do the VBER and the VGL contradict other existing and/or upcoming legislation and/or policies at EU or national level?**

**No**

**\*Please explain your reply:**

A livello europeo, occorrerebbe tenere in considerazione le più recenti evoluzioni regolamentari e non in materia di pratiche commerciali scorrette lungo la filiera distributiva. Negli ultimi anni, infatti, la Commissione ha avviato diversi studi e indagini aventi ad oggetto abusi e/o altro genere di comportamenti anticoncorrenziali nei rapporti contrattuali di filiera, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti dei classici illeciti concorrenziali (come ad es. l'abuso di posizione dominante) ed anche rispetto a quelle fattispecie che normalmente si ritiene rientrino nell'ambito d'applicazione del Regolamento e degli Orientamenti sugli accordi verticali. A tal proposito si segnala in particolare il *"Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa"* (COM(2013) 37 final) e, più recentemente, la *"Direttiva (UE) 2019/633 del 17 aprile 2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare"* e il *"Regolamento che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online"*, entrambi approvati in prossimità della scadenza della legislatura europea. Analoghi interventi legislativi, settoriali e/o trasversali, si registrano anche a livello di legislazione nazionale dei singoli Stati membri (in Italia, ad es., le pratiche commerciali scorrette nella filiera agroalimentare sono disciplinate dall'art. 62 del D.L. 1/2012). Alla medesima ratio rispondono infine anche altre disposizioni sparse nel diritto dell'Unione europea, come ad esempio l'art. 7 della Direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali che contiene disposizioni in materia di *"Clausole contrattuali e prassi inique"* rispondenti al fine, espressamente dichiarato all'art. 1 della medesima direttiva, *"di garantire il corretto funzionamento del mercato interno, favorendo in tal modo la competitività delle imprese"*.

Al riguardo, sebbene la Commissione abbia indicato le differenze tra diritto della concorrenza e normativa in materia di pratiche sleali tra imprese (che perseguono finalità ulteriori rispetto al diritto antitrust, come espressamente affermato dal considerando 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza), nell'ambito del processo di revisione del quadro regolamentare in materia di accordi verticali occorrerebbe tenere in considerazione almeno le fattispecie più rilevanti in termini di potenziale impatto anticoncorrenziale tra quelle che, rimanendo fuori dalla sfera d'applicazione dei predetti interventi legislativi nei rapporti tra imprese, ad oggi continuano a non disporre di adeguati strumenti di contrasto.

**Is there anything else you would like to add which may be relevant for the evaluation of the VBER and/or the VGL?**

In relazione alla specifica filiera dei prodotti cosmetici, ed in particolare nell'ambito dei sistemi di distribuzione selettiva così come sviluppatasi nella prassi commerciale di tale comparto, si evidenziano le seguenti istanze.

La durata del contratto dovrebbe essere correlata con il programma di recupero dell'investimento effettuato dal rivenditore per lanciare o sostenere nel tempo il brand. Normalmente, infatti, all'atto della sottoscrizione di un contratto di distribuzione selettiva, il profumiere concessionario assume l'impegno di introdurre e consolidare il marchio presso i propri clienti attuali e potenziali, tanto nella fase iniziale di lancio del prodotto sul mercato quanto in quella, successiva, del consolidamento dell'immagine e del prestigio del prodotto. Tale attività richiede specifici investimenti, talvolta cospicui, in formazione dedicata (c.d. Beauty Coach), merchandising, marketing e pubblicità (organizzazione di eventi, etc.) il cui ammortamento in più esercizi risulterebbe precluso, traducendosi in una perdita secca, qualora il contratto abbia una durata insufficiente, come ad esempio nel caso in cui il produttore receda senza motivo prima del previsto.

Strettamente collegata alla precedente, deve considerarsi l'esigenza di introdurre un sostanziale divieto di recesso arbitrario (senza giusta causa), circostanza questa che si verifica di frequente, ad esempio, quando il produttore intenda avviare un monomarca vicino ad un concessionario già esistente oppure nel caso in cui trovi più conveniente avvalersi di un concorrente del distributore autorizzato preesistente o, ancora, quando il distributore si trovi nell'impossibilità di rispettare i volumi d'affari definiti con accordi fuori campo.

Un'ultima istanza, non in ordine di importanza, riguarda l'opportunità di prevedere il coinvolgimento delle associazioni di categoria rappresentative degli operatori della filiera nella definizione degli accordi verticali e pratiche concordate al fine di colmare il divario di potere contrattuale esistente che penalizza principalmente le PMI.