

Applicabilità dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate alla luce del Regolamento n. 720/2022 della Commissione Europea

In data 10 maggio 2022 la Commissione dell'Unione Europea ha adottato il Regolamento n. 720/2022, modificando la disciplina relativa agli accordi verticali tra imprese e relative restrizioni contenuta nel Regolamento n. 330/2010, con particolare *focus* sull'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) in tale ambito, adattando le disposizioni in materia all'evoluzione dei mercati di riferimento, soprattutto alla luce dell'avvento della c.d. *digital age*.

Le Linee Guida allegate al Regolamento contengono disposizioni volte a consentire alle imprese di effettuare le proprie valutazioni circa la conformità degli accordi verticali conclusi alle regole comunitarie sulla concorrenza, e dunque ad incentivare la corretta applicazione del menzionato art. 101 TFUE.

In particolare, ai paragrafi n. 3.2 e ss. le Linee Guida chiariscono, tra il resto, quali categorie di contratti di agenzia ricadano nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 720/2022 e quali, al contrario, ne siano esclusi.

Il Regolamento entra in vigore il 1° giugno 2022 ed avrà efficacia sino al 31 maggio 2034.

Il Regolamento n. 720/2022

L'art. 101 TFUE dispone al primo comma che sono incompatibili con il buon funzionamento del mercato interno, e dunque vietati, gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni tra imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri, se aventi per oggetto o per effetto l'impedimento, la restrizione o la distorsione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comunitario.

L'art. 2 del Regolamento in commento prevede che il divieto imposto dal primo comma dell'art. 101 TFUE non trovi applicazione con riferimento agli accordi verticali, per tali intendendosi quegli accordi o quelle pratiche concordate tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, 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, e ciò solo nella misura in cui contengano le cc.dd. restrizioni verticali, consistenti nelle restrizioni della concorrenza di cui all'art. 101 comma primo TFUE.

Al paragrafo 3.1(25) delle Linee Guida allegate al Regolamento è specificato che le disposizioni ivi contenute si riferiscono unicamente agli accordi ricompresi nell'ambito di applicabilità dell'art. 101 TFUE; sono in primo luogo esclusi gli accordi che non sono in grado di pregiudicare sensibilmente il commercio tra Stati membri, e cioè quegli accordi con riferimento ai quali non siano superate le seguenti soglie: *i)* la quota di mercato aggregata riconducibile alle parti dell'accordo su qualsiasi mercato rilevante all'interno

dell'Unione, interessato dall'accordo, è inferiore al 5%; e *ii*) il fatturato annuo del fornitore generato con i prodotti oggetto dell'accordo è inferiore a 40 milioni di Euro. Sono altresì esclusi dall'ambito di applicabilità dell'art. 101 TFUE e del Regolamento in commento gli accordi verticali che non siano idonei ad alterare sensibilmente la concorrenza, per tali intendendosi quegli accordi conclusi da imprese non concorrenti ove la quota di mercato detenuta da ciascuna delle parti dell'accordo non superi il 15% in nessuno dei mercati rilevanti interessati dall'accordo stesso, seppure con le eccezioni di cui al paragrafo 3.1(26).

A norma del comma quarto dell'art. 2 del Regolamento, l'esenzione di cui al comma primo non trova applicazione con riferimento agli accordi verticali conclusi tra imprese – effettivamente o potenzialmente – concorrenti, a meno che le stesse non concludano un accordo verticale non reciproco, ovvero a meno che non ricorra una delle seguenti condizioni: *i*) il fornitore opera, a monte, come produttore, importatore o grossista e, a valle, come importatore, grossista o distributore di beni, mentre l'acquirente opera a valle come importatore, grossista o distributore e non è un'impresa concorrente a monte, livello al quale acquista i beni oggetto del contratto; o *ii*) il fornitore è un prestatore di servizi a differenti livelli della catena commerciale, mentre l'acquirente fornisce i propri beni o servizi al livello del commercio al dettaglio e non è un'impresa concorrente al livello della catena commerciale in cui acquista i servizi oggetto del contratto.

L'art. 4 del Regolamento individua, invece, le restrizioni che eliminano il beneficio dell'esenzione per categoria – c.d. restrizioni fondamentali – disponendo che l'esenzione di cui all'Art. 2 non si applica agli accordi verticali che, direttamente o indirettamente, abbiano per oggetto: *i*) la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita (fatta salva la possibilità di imporre o raccomandare un prezzo massimo); *ii*) qualora il fornitore gestisca un sistema di distribuzione esclusiva, la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, il distributore esclusivo può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, fatte salve le eccezioni di cui ai punti nn. 1-5 par. b); *iii*) qualora il fornitore gestisca un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione relativa al territorio in cui o ai clienti ai quali i membri del sistema possono attivamente o passivamente vendere i beni o i servizi oggetto del contratto (eccettuate le restrizioni di cui ai punti nn. 1-5 par. c), ovvero la restrizione delle forniture incrociate tra i membri del sistema di distribuzione selettiva, ovvero ancora la restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri di distribuzione selettiva operanti a livello del commercio al dettaglio; *iv*) qualora il fornitore non utilizzi né un sistema di distribuzione esclusiva né un sistema di distribuzione selettiva, la restrizione relativa al territorio in cui o al gruppo di clienti ai quali un acquirente può vendere attivamente o passivamente i beni o servizi oggetto del contratto, eccettuate le restrizioni di cui ai punti nn. 1-5 par. d); *v*) la pratica di impedire l'uso efficace di internet da parte dell'acquirente o dei suoi clienti per vendere i beni o servizi oggetto del contratto; *vi*) la restrizione, pattuita tra un fornitore di componenti e un acquirente che incorpora tali componenti, della facoltà del fornitore di vendere tali componenti come pezzi di ricambio.

Inoltre, all'art. 5 è espressamente stabilito che non godono dell'esenzione di cui all'art. 2 gli accordi verticali che impongano: *i*) obblighi di non concorrenza di durata indeterminata o superiore a cinque anni; *ii*) l'obbligo di non produrre, acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi in capo all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo; *iii*) l'obbligo di non vendere marchi di particolari fornitori concorrenti, in capo ai membri di un sistema di distribuzione selettiva; *iv*) l'obbligo che impedisca agli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli attraverso servizi di intermediazione online concorrenti.

Le disposizioni delle Linee Guida in materia di contratti di agenzia

Nei paragrafi n. 3.2. e ss. delle Linee Guida, la Commissione ha chiarito quali contratti di agenzia rientrino nell'ambito di applicabilità dell'art. 101 TFUE, e quali no.

Trovando l'articolo appena menzionato applicazione nell'ambito degli accordi conclusi tra imprese o inseriti nell'ambito di decisioni di associazioni tra imprese, il divieto dal medesimo imposto non opera con riguardo a quei contratti di agenzia – recanti disposizioni rilevanti ai fini della disciplina in commento - con riferimento ai quali, nel rapporto con il proprio preponente, l'agente non agisce quale operatore economico indipendente. Pertanto, esulano dall'ambito di applicabilità dell'art. 101 primo comma TFUE i contratti di agenzia conclusi con l'agente che non assuma alcun rischio economico o commerciale significativo in relazione ai contratti conclusi o negoziati per conto del preponente. E così, a titolo esemplificativo e non esaustivo, in tutti i casi in cui: *i)* l'agente non acquisti la proprietà dei beni acquistati o venduti in esecuzione del contratto di agenzia; *ii)* l'agente non contribuisca ai costi relativi alla fornitura o all'acquisto dei beni o servizi oggetto del contratto, compresi i costi di trasporto dei beni; *iii)* l'agente non custodisca a proprie spese i beni oggetto dei contratti conclusi per conto del preponente; *iv)* l'agente non assuma la responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni scaturenti dai contratti conclusi per conto del preponente; *v)* l'agente non assuma la responsabilità nei confronti dei clienti o di altri terzi per perdite o danni derivanti dalla fornitura di beni o servizi oggetto dei contratti conclusi per conto del preponente; *vi)* l'agente non si obblighi, direttamente o indirettamente, ad investire nella promozione delle vendite, anche attraverso contributi al *budget* pubblicitario del preponente o ad attività pubblicitarie o promozionali; *vii)* l'agente non effettui investimenti specifici per il mercato di riferimento in attrezzature, locali, formazione del personale o pubblicità; *viii)* l'agente non intraprenda altre attività all'interno dello stesso mercato di riferimento richieste dal preponente nell'ambito del rapporto di agenzia, se non integralmente rimborsate.

Al contrario, rientrano nell'ambito di operatività della norma in commento gli accordi tra agente e preponente in forza dei quali il primo assuma uno o più rischi rilevanti. In tale situazione, questi sarà trattato alla stregua di un'impresa indipendente e gli accordi dal medesimo conclusi con il preponente saranno trattati alla stregua di qualsiasi altro accordo verticale.

On May 10th, 2022, the Commission of the European Union adopted Regulation No. 720/2022, intervening on the rules - previously regulated by Regulation n. 330/2010 - on vertical agreements between companies and related restraints, with a particular focus on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in this area, adapting the provisions on the matter to the evolution of the relevant markets, especially in light of the advent of the so-called digital age.

The Guidelines annexed to the Regulation contain provisions aimed at enabling companies to make their own evaluation with regard to the compliance of concluded vertical agreements with EU competition rules, and thus to encourage the proper application of the aforementioned Article 101 TFEU.

In particular, in paragraphs No. 3.2 et seq. the Guidelines clarify, among other things, which categories of agency agreements fall within the scope of the Regulation and which, on the contrary, are excluded.

The Regulation comes into force on June 1st, 2022 and will be effective until May 31st, 2024.

Regulation No. 720/2022

Article 101 TFEU provides in its first paragraph that agreements between undertakings, decisions by associations between undertakings and all concerted practices which may affect trade between member states are incompatible with the proper functioning of the internal market, and therefore prohibited, if they have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the Community market.

Article 2 of the Regulation under comment provides that, the prohibition imposed by the first paragraph Article 101 TFEU does not apply to vertical agreements, by such is meant those agreements or concerted practices between two or more undertakings, each operating, for the purposes of the agreement or concerted practice, at a different level of the production or distribution chain, and which relate to the conditions under which the parties may purchase, sell or resell certain goods or services, and this only to the extent that they contain the so-called vertical restraints, consisting of the restrictions of competition referred to in Article 101, paragraph two TFEU.

Paragraph 3.1(25) of the Guidelines annexed to the Regulations specifies that the provisions therein refer only to those agreements included in the scope of applicability of Art. 101 TFEU; firstly, agreements that are not capable of appreciably affecting trade between member states are excluded, namely, those agreements with reference to which the following thresholds are not exceeded: *i)* the aggregate market share attributable to the parties to the agreement on any relevant market within the Union, affected by the agreement, is less than 5%; and *ii)* the annual turnover of the supplier generated with the products covered by the agreement is less than Euro 40 million. Also excluded from the scope of applicability of Article 101 TFEU and the Regulation under comment are vertical agreements that are not capable of appreciably distorting competition, by which is meant those agreements entered into by non-competing firms where the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15% in any of the relevant markets affected by the agreement, albeit with the exceptions set forth in Section 3.1(26).

Pursuant to paragraph 4 of Art. 2 of the Regulation, however, the exemption in question does not apply with reference to vertical agreements concluded between - actually or potentially - competing undertakings, unless they enter into a non-reciprocal vertical agreement, or unless one of the following conditions is met: *i)* the supplier operates, upstream, as a manufacturer, importer or wholesaler and, downstream, as an importer, wholesaler or distributor of goods, while the buyer operates downstream as an importer, wholesaler or distributor and is not a competing undertaking at the upstream, level at which it purchases the contract goods; or *ii)* the supplier is a service provider at different levels of trade, while the buyer provides its goods or services at the retail level and is not a competing undertaking at the level of trade where it purchases the contract services.

Article 4 of the Regulations, on the other hand, identifies the restrictions that eliminate the benefit of the block exemption, so-called hardcore restrictions, by providing that the exemption in Art. 2 does not apply to vertical agreements that, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors controlled by the parties, have as their object: *i)* the restriction of the buyer's ability to determine its own selling price (subject to the possibility of imposing or recommending a maximum price); *ii)* where the supplier operates an exclusive distribution system, the restriction relating to the territory in which, or to the customers to whom, the exclusive distributor may actively or passively sell the contract goods or services, subject to the exceptions set under No. 1-5 par. b); *iii)* when the supplier operates a selective distribution system, the restriction relating to the territory in which, or to the customers to whom, the

members of the system may actively or passively sell the contracted goods or services (except for the restrictions set under No. 1-5 par. c), or the restriction of cross-supplies between members of the selective distribution system, or again the restriction of active or passive sales to end-users by selective distribution members operating at the retail level; *iv*) when the supplier uses neither an exclusive distribution system nor a selective distribution system, the restriction on the territory in which or the group of customers to which a buyer may actively or passively sell the contracted goods or services, except for the restrictions set under No. 1-5 par. d); *v*) the practice of preventing the effective use of the Internet by the buyer or its customers to sell the contracted goods or services; *vi*) the restriction, agreed between a component supplier and a buyer incorporating such components, on the supplier's ability to sell such components as spare parts.

In addition, Article 5 expressly states that vertical agreements that impose: *i*) non-compete obligations of indefinite duration or longer than five years; *ii*) an obligation not to manufacture, purchase, sell or resell certain goods or services in the head of the buyer, once the agreement has expired; *iii*) an obligation not to sell brands of particular competing suppliers, in the head of the members of a selective distribution system; and *iv*) an obligation that prevents buyers of online brokerage services from offering, selling or reselling goods or services to end users on more favorable terms through competing online brokerage services.

Guidelines provisions regarding agency contracts

In paragraphs No. 3.2. et seq. of the Guidelines, the Commission clarified which agency contracts fall within the scope of applicability of Article 101 TFEU, and which do not.

Since the aforementioned article finds application in the context of agreements concluded between undertakings or included in the framework of decisions of associations between undertakings, the prohibition imposed by it does not operate with respect to those agency contracts - which contain relevant provisions for the purpose of the discipline under comment - with reference to which, in the relationship with its principal, the agent does not act as an independent economic operator. Therefore, agency contracts concluded with the agent who does not assume any significant economic or commercial risk in relation to the contracts concluded or negotiated on behalf of the principal are outside the scope of applicability of Article 101 first paragraph TFEU. And so, by way of example but not limited to, in all cases in which: (i) the agent does not acquire ownership of the goods purchased or sold in performance of the agency contract; (ii) the agent does not contribute to the costs related to the supply or purchase of the goods or services under the contract, including the costs of transportation of the goods; (iii) the agent does not store at its own expense the goods covered by the contracts concluded on behalf of the principal; (iv) the agent does not assume liability for non-performance of obligations arising out of contracts concluded on behalf of the principal; (v) the agent does not assume liability to customers or other third parties for loss or damage arising out of the provision of goods or services covered by contracts concluded on behalf of the principal; (vi) the agent does not undertake, directly or indirectly, to invest in sales promotion, including through contributions to the principal's advertising budget or to advertising or promotional activities; (vii) the agent does not make market-specific investments in equipment, premises, personnel training, or advertising; (viii) the agent does not undertake other activities within the same target market requested by the principal within the scope of the agency relationship unless fully reimbursed.

On the contrary, agreements between agent and principal under which the former assumes one or more significant risks fall within the scope of this rule. In such a situation, agents will be treated as independent enterprises, and the agreements concluded with the principal will be treated in the same way as any other agreement.

Dott.ssa Carlotta Varesio