

IL SETTORE AUTOMOBILISTICO:

la funzione dei regolamenti di esenzione per categoria è di orientamento o di «esenzione»?

di

Gian Franco Simonini

Avvocato del Foro di Modena

Alcuni importanti articoli apparsi di recente hanno offerto un notevole contributo al dibattito che si è creato a seguito della mancata reiterazione del regolamento di esenzione per categoria¹ n. 2002/1400/Ce, dedicato ai contratti di distribuzione ed assistenza post-vendita delle autovetture².

Il nuovo regolamento n. 2010/461/Ue³ disciplina solo l'assistenza post-vendita; pertanto, la distribuzione delle vetture verrà a ricadere interamente, ove ne sussistano le condizioni di applicabilità, nel regolamento generale n. 2010/330/Ue⁴ sulle intese verticali (è prevista una proroga del regolamento n. 2002/1400/Ce sino al 2013). L'*automotive* passa così da un regolamento di settore⁵ ad un regolamento generale⁶, quindi comprensivo di tutte le fattispecie che possono riguardare la distribuzione dei beni e dei servizi in una relazione verticale.

Poiché il nuovo regolamento sulle intese verticali⁷ si conforma, sostanzialmente, a quello precedente, emerge subito che il settore automobilistico subisce una massiva “*deregulation*”.

¹ Vale notare, in prima approssimazione, che i regolamenti di esenzione per categoria sono strumenti a disposizione della Commissione europea per accordare esenzioni automatiche per tipologie di accordi ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). L'art. 103 TFUE prevede che i regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. Sono stati emanati (e reiterati) regolamenti di esenzione per le intese verticali e (non reiterati), per i contratti di distribuzione del settore automobilistico e per i contratti di *franchising*.

² Regolamento n. 2002/1400/Ce, in *Guce* n. L 203 del 1° agosto 2002, p. 30. In precedenza erano stati emanati il regolamento n. 1985/123/Cee, in *Guce* n. L 15 del 18 gennaio 1985, p. 16 ed il regolamento 1995/1475/Ce del 28 giugno 1995, in *Guce* n. L 145 del 29 giugno 1995, p. 25.

³ Regolamento n. 2010/461/Ue, in *Guue* n. L 129 del 28 maggio 2010, p. 52.

⁴ Regolamento n. 2010/330/Ue, in *Guue* n. L 102 del 23 aprile 2010, p. 1, che ha sostituito il regolamento n. 1999/2790/Ce del 22 dicembre 1999, in *Guce* n. 336 del 9 dicembre 1999, p. 21.

⁵ S. BASTIANON-B. NASCIBENE, *La nuova disciplina comunitaria in materia di distribuzione degli autoveicoli: regolamento di esenzione o regolamentazione settoriale*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2003, 91, rilevano che nel regolamento n. 2002/1400/Ce l'indipendenza del distributore sembra essere elevata al rango di oggetto autonomo di tutela *antitrust* attraverso la previsione di un serie di regole specifiche che devono essere contenute negli accordi per poter beneficiare dell'esenzione; si crea in tal modo un *tertium genus* di regolamento, diverso dai regolamenti generali e di settore.

⁶ Il regolamento n. 2002/1400Ce è stato l'ultimo regolamento in forma dettagliata ed in ciò si è discostato dal regolamento n. 1999/2790/Ce sulle intese verticali, improntato a una concezione più economica dell'accordo e meno giuridica.

⁷ Per “intesa verticale” si intende un accordo tra due imprese poste a differente livello di mercato, ad es. tra un produttore ed un distributore. L'intesa verticale è considerata una categoria generale: in questa vasta categoria di accordi rientrano i contratti di concessione di vendita tra i fabbricanti ed i concessionari.

Emerge anche la singolarità di un regolamento dedicato al solo settore dell'assistenza post-vendita la cui utilizzazione sarà molto scarsa perché è ipotizzabile che, avendo quasi tutti i costruttori di vetture quote di mercato, nello specifico settore, oltre il 30%, supereranno il limite per l'applicazione del regolamento. Viene così da chiedersi a che cosa possa servire predisporre un regolamento di fatto inutilizzabile. La Commissione europea spiega che, così facendo, i contratti di assistenza post-vendita sono immediatamente soggetti al par. 1 dell'art. 101 TFUE⁸. Questa soluzione comporta che i contratti non esentabili (per sfioramento della quota di mercato del 30%), quindi la maggioranza, quand'anche osservassero i divieti formali di cui all'art. 4 del regolamento n. 2010/461/Ue⁹, potrebbero, comunque, confliggere con il par. 1 dell'art. 101 TFUE perché poi dovrebbero essere valutati nell'effettiva situazione di mercato. Anche un sistema selettivo qualitativo potrebbe, infatti, non lasciare alcuno spazio ad altre forme di concorrenza¹⁰.

Il tema verrà ripreso oltre, alla luce di altre necessarie osservazioni sulla funzione dei regolamenti di esenzione per categoria.

Secondo autorevole dottrina¹¹ il ritorno del settore automobilistico al diritto comune della concorrenza, quindi alle regole generali sulle intese verticali¹², è positivo e giustificato perché contribuisce ad una riduzione dei costi delle concessionarie¹³ ed ad una contrattualizzazione più efficiente¹⁴.

⁸ V. *Antitrust: Commission adopts revised competition rules for motor vehicle distribution and repair*, IP/10/619, Brussels, 27 May 2010, ove si legge: "agreements between car manufacturers and authorised repairers will no longer be block exempted, aligning the rules with the general framework (vertical restraints block exemption Regulation 330/2010 adopted on 20 April); this will make it easier for the Commission to tackle possible abuses to the detriment of consumers, such as the refusal to grant independent repairers access to technical information. It will increase competition between authorised and independent repairers" (enfasi aggiunta).

Sui mercati dei pezzi di ricambio e dell'assistenza post-vendita i costruttori dei veicoli detengono alte quote di mercato. Ciò avviene perché il mercato rilevante è calcolato sulla marca (e non su tutte marche concorrenti) e nel segmento "a valle" cioè nella relazione tra l'officina ed il cliente finale. Nel momento in cui il cliente finale opera la scelta d'acquisto di una vettura, restringe già l'offerta di servizi di riparazione alla vettura. Egli può scegliere di far riparare la sua vettura presso la rete del costruttore od i riparatori indipendenti. Il mercato si riferisce, pertanto, alla marca.

⁹ I divieti dell'art. 4 riguardano restrizioni gravi, difficilmente esentabili ai sensi del par. 3 dell'art. 101 del TFUE, v. par. 17, *Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali negli accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli e per la distribuzione di pezzi di ricambio per autoveicoli*, in *Guue* n. C 318 del 28 maggio 2010, p. 16.

¹⁰ V. par. 62, *Orientamenti aggiuntivi, cit. supra*, nota 9. Un sistema selettivo qualitativo di assistenza post-vendita a causa di standard di entrata molto alti potrebbe di fatto escludere dalla riparazione della marca un eccessivo numero di riparatori. L'esame che viene fatto ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE è un esame sul mercato, quindi fattuale e non "virtuale" come quello di un regolamento di esenzione. V. anche par. 111 degli *Orientamenti sulle intese verticali*, in *Guue* n. C 130 del 19 maggio 2010, p. 1.

¹¹ L. VOGEL - VOGEL, *Le nouveau droit de la distribution automobile*, in *Revue Lamy Droit des affaires*, settembre 2010, p. 52.

¹² Cioè, attualmente, al regolamento generale sulle intese verticali n. 2010/330/Ue.

¹³ Si è ritenuto che il favore del regolamento n. 2002/1400/Ce per la distribuzione multimarca abbia creato un aumento ingiustificato dei costi dei distributori, generalmente piccole/medie aziende, non attrezzate per gestire la vendita di più marche.

¹⁴ La confezione di un contratto di concessione sotto la vigenza del regolamento n. 2002/1400/Ce era di una certa complessità perché, come si dirà in seguito, regole squisitamente contrattuali diventavano la

Da più parti si era evidenziato che ormai non era più necessario dedicare un regime specifico (settoriale) all'automobile perché la concorrenza nella distribuzione delle vetture è aumentata (come è dimostrato dal fatto che i costruttori giapponesi e coreani non hanno avuto difficoltà a proficuamente inserirsi nel mercato della Ue) e non vi sono ragioni per mantenere due regimi distinti.

Il regolamento n. 2002/1400/Ce aveva posto regole molto dettagliate a tutela del distributore di vetture¹⁵, quali la durata minima dei contratti, la fissazione di termini di preavviso, l'obbligo di motivazione del recesso, il diritto di cessione dell'impresa nella rete, il diritto di ricorrere all'arbitrato in casi di controversia col fabbricante. In parte si trattava di regole ereditate dai precedenti regolamenti *automotive*¹⁶ e che appartenevano ormai, come *acquis*, al diritto della concorrenza (quelle sulla durata minima dei contratti, sulla fissazione di termini di preavviso e sul diritto di ricorrere all'arbitrato in casi di controversia col fabbricante); in parte esse erano frutto di una nuova elaborazione (ad esempio, quelle sull'obbligo di motivazione del recesso e sul trasferimento dell'azienda nella rete).

Queste clausole hanno creato non pochi problemi, sotto diversi aspetti. Il caso più eclatante è quello dell'obbligo del costruttore di motivazione del recesso dal contatto di concessione. Il perché dell'introduzione di questa regola è evidente: rafforzando la posizione del concessionario si ottiene un miglioramento della concorrenza per la possibilità di questi di rifiutare eventuali illegittime pressioni del fabbricante¹⁷. Non tutti gli ordinamenti degli Stati UE danno però valore al motivo di un recesso ordinario, ritenuto un mero fatto interno alle volontà delle parti e, pertanto, irrilevante. Opposto problema ha creato la disposizione di cui al par. 5 dell'art. 3 che prevede che le parti debbano accordare un periodo di preavviso minimo in caso di recesso di 24 mesi. Tale durata del periodo di preavviso (raddoppiata rispetto alla previsione del regolamento 1985/123/Cee) è stata ritenuta sufficiente dalla Commissione europea per consentire al distributore di ammortizzare i suoi investimenti. La disposizione del par. 5 tuttavia si presenta molto discutibile sotto il profilo concorrenziale: un periodo di preavviso di lunga durata potrebbe, infatti, essere negativo per la concorrenza nel caso in cui il

condizione per l'applicabilità di un regolamento *antitrust*, ma potevano configurare con il diritto positivo nazionale degli Stati.

¹⁵ Il regolamento intendeva anche perseguire lo scopo di una integrazione dei mercati; si è correttamente notato che è discutibile che questo obiettivo possa essere perseguito con un regolamento di esenzione. Andrebbe, infatti, dimostrato che le misure introdotte assumono diretto impatto per eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei beni. Inoltre, appare singolare che questo obiettivo sia perseguito dalla Commissione e non, su proposta della medesima, dal Consiglio e dal Parlamento, organi legislativi istituzionali. Lo segnalano, G. BRUZZONE-A. SAIJA, *Modernizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolamentazione di settore*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2003, p. 108.

¹⁶ Regolamento n. 1985/123/Cee; regolamento n. 1995/1495/Ce, entrambi, *cit. supra*, nota 2.

¹⁷ Nella relazione verticale si presuppone l'indipendenza delle imprese; diversamente si ricadrebbe nella fattispecie di cui all'art. 102 TFUE, cioè dell'abuso della posizione dominante, perché il comportamento sarebbe unilaterale. L'indipendenza dell'impresa è stata spesso misurata attraverso la verifica della possibilità del distributore (parte debole della relazione) di rifiutare comportamenti anticompetitivi richiesti dal produttore.

fabbricante intendesse sostituire distributori inefficienti con distributori efficienti. Peraltro, restringendo le possibilità del fabbricante di recedere viene indirettamente regolata la densità della rete del costruttore, scelta organizzativa che dovrebbe unicamente appartenere al costruttore.

Altre forme di protezione del concessionario proposte dal regolamento si sono dimostrate, di fatto, scarsamente applicabili. In particolare vanno segnalate la facoltà di aprire sedi fuori dal territorio e la facoltà di operare con più marche. La prima perché la domanda del settore automobilistico è stata, in quest'ultimo periodo, recessiva; la seconda perché è il mercato che condiziona il requisito dimensionale del distributore. E' subito apparso chiaro che nel settore automobilistico, in certe situazioni, il contratto di concessione in esclusiva è, ancor oggi, vantaggioso, se non necessario: sicuramente è meno costoso per il concessionario in termini di investimenti¹⁸ rispetto al contratto multimarca.

L'ACEA (Associazione dei costruttori)¹⁹, all'approssimarsi della scadenza del regolamento 1400/2002/Ce, nell'interesse dei costruttori di vetture, ha rilevato l'opportunità di avere una normativa più flessibile e vicina ai principi generali delle intese verticali, con netta separazione delle regole sulla concorrenza da quelle sul diritto sostanziale. Opposta la posizione di Federauto²⁰ che giudicava negativamente l'approccio della Commissione europea volto ad abbandonare queste regole di equilibrio. Essa rilevava, con forte apprensione, che, in tal modo, sarebbe andato disperso un patrimonio di relazioni comportamentali ormai consolidato nel settore *automotive* e nel diritto della concorrenza, patrimonio che rafforzava la posizione del distributore della rete, quella del distributore indipendente e, soprattutto, la concorrenza nel mercato della distribuzione, creando un ambiente più equilibrato. Federauto rilevava che nel documento della Commissione europea intitolato "*Relazione di valutazione della Commissione sul regolamento n. 1400/2002 concernente la distribuzione dei veicoli ed il relativo servizio di assistenza alla clientela*"²¹(in seguito, la *Relazione*) vengono aprioristicamente ed immotivatamente considerate superflue le disposizioni sulle motivazioni del recesso e sui termini di preavviso e si manifestano riserve sull'assunto che i principi della concorrenza favoriscano contratti di lunga durata.

Ma qual è il valore di queste clausole dei regolamenti di esenzione?

¹⁸ Gli standard tecnici cui il concessionario è chiamato ad adeguarsi sono generalmente molto elevati e costosi; è pertanto risultato improduttivo immobilizzare capitali in strutture molto costose e poco remunerative.

¹⁹ V. il documento *Response to the Commission Evolution report on the operation of regulation EC 1400/02 concerning motor vehicle distribution and servicing*, disponibile alla pagina internet, <http://www.raivereniging.nl/dossiers/block-exemption/actueel/reactie-acea-op-evaluatierapport.aspx>.

²⁰ V. parere di A. PAPPALARDO, del 4 luglio 2008, alla pagina internet di Federauto, http://www.federauto.eu/assets/_files/public/normativa%20europea/Parere_AP_RappCE_28052008.pdf.

²¹ V. *Relazione di valutazione della commissione sul regolamento n. 1400/2002 concernente la distribuzione dei veicoli ed il relativo servizio di assistenza alla clientela*, disponibile alla pagina internet, http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/documents/evaluation_report_it.pdf.

In un interessante contributo J.CLARK e S.SIMON²² precisano, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia²³, che le condizioni dell'art. 3 del regolamento n. 2002/1400/Ce contengono numerose previsioni in favore del distributore: queste previsioni costituiscono solo "condizioni per l'applicazione dell'esenzione (prevista dal regolamento)"²⁴. Esse non fanno nascere diritti contrattuali del distributore verso il fabbricante, salvo, ovviamente, non siano state trasposte nel contratto²⁵. Pertanto, alcune norme del regolamento n. 2002/1400/Ce sono state male interpretate dai distributori. Ciò è avvenuto, in particolare, con riferimento all'art. 3. Il par. 3 di questa disposizione prevede la facoltà del distributore di cedere l'azienda ad altro distributore della rete senza il consenso del fabbricante. I distributori hanno ritenuto che questa norma attribuisse loro il diritto (contrattuale) di efficacemente contrastare l'eventuale clausola contrattuale abilitante il fabbricante a richiedere al distributore di rivendergli l'impresa in caso di cessazione del contratto. Tuttavia l'intento della disposizione in esame era unicamente quello di favorire l'integrazione del mercato, creando rivenditori che operano in diversi Stati²⁶ ed il profilo di questa norma era meramente concorrenziale.

In conclusione, il concessionario non aveva un rimedio effettivo se il fabbricante si rifiutava di stipulare un contratto conforme alle clausole del regolamento²⁷. Ciò era giustificato, secondo gli A., perché una moderna visione della concorrenza non consente più l'inserimento di tali clausole nei regolamenti di esenzione: deve essere il diritto positivo degli Stati membri a stabilire i diritti sostanziali dei concessionari.

Gli A. ricordano che il regolamento n. 1/2003/Ce sulla modernizzazione delinea una netta linea di demarcazione tra le competenze delle Corti nazionali e quelle delle Autorità della

²² J. CLARK, S. SIMON, *The new legal framework for motor vehicle distribution: a tool kit to deal with real competition breakdown*, in *Journal of Competition Law and Practice*, 2010, 1, 6.

²³ V. la sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2007, in causa n. C-421/05, *City Motors c. Citroen Benelux*, in *Raccolta*, 2007, p. I-653.

²⁴ Allo stesso modo è considerata condizione per l'applicazione del regolamento n. 2010/330/UE sulle intese verticali il possesso di una quota di mercato inferiore al 30% da parte del Fornitore e dell'Acquirente; v. par. 23 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, *cit. supra*, nota 9.

²⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1986, in causa n. C-10/86, *VAG France SA c. Établissements Magne SA*, in *Raccolta*, 1986, p. 4071, ove era sorta la controversia se un costruttore tedesco di vetture fosse obbligato a modificare una clausola contrattuale del contratto di distribuzione, portando la durata del contratto a cinque anni, come richiesto dal regolamento di esenzione 1985/123/CEE. La Corte ha rilevato che il contenuto del contratto non poteva essere influenzato direttamente dal regolamento.

²⁶ V. 'considerando' n. 10 del regolamento 2002/1400/Ce.

²⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, in causa n. C-125/05, *VW-Audi c. Vulcan Silkeborg A/S*, in *Raccolta* 2006, p. I-7637, nonché la sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 2006, in cause riunite C-376/05 e C-377/05, *A. Brünsteiner GmbH e Autohaus Hilgert GmbH c. Bayerische Motorenwerke AG (BMW)*, in *Raccolta*, 2006, pagina I-11383, par. 48, ove la Corte precisa quanto segue: "esulano tuttavia dal diritto comunitario le conseguenze del divieto di clausole contrattuali incompatibili con l'art. 81 CE nei confronti di tutti gli altri elementi dell'accordo o delle altre obbligazioni che ne derivano. È rimesso pertanto al giudice nazionale valutare, alla luce del diritto nazionale da applicare, la portata e le conseguenze, per l'insieme dei rapporti contrattuali, di un eventuale divieto di inserire talune clausole contrattuali ai sensi dell'art. 81 CE".

concorrenza e non include nella competenza delle seconde la protezione contrattuale²⁸. Il vero strumento per la tutela degli *asset* aziendali è offerto dalle norme contrattuali nazionali.

La spiegazione offerta da J.CLARK e S.SIMON circa le norme dei regolamenti di esenzione per categoria come semplici condizioni di entrata al regolamento, non chiarisce però la natura dei medesimi dopo il regolamento sulla modernizzazione n. 2003/1/Ce²⁹.

Occorre fare un ulteriore passo indietro.

Nel caso *VAG*³⁰ del 1986 la Corte di giustizia aveva rilevato che “(...) il regolamento n. 123/85, in quanto regolamento di attuazione dell’art. 85, n. 3 del Trattato (ora 101 TFUE), si limita a fornire agli operatori economici del settore degli autoveicoli alcune possibilità di sottrarre i loro accordi di distribuzione e di assistenza alla clientela, non ostante contengano taluni tipi di clausole di esclusiva o limitative della concorrenza, al divieto stabilito dall’art. 85, n.1.

²⁸ Il punto era stato segnalato da G. BRUZZONE-A. SAIJA, *Modernizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolamentazione di settore*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2003, 108, ove si rileva che introdurre regole contrattali nel regolamento di esenzione comporterebbe che le autorità nazionali sulla concorrenza potrebbero far uso di queste nell’applicazione dell’art. 101 TFUE, perseguendo un obiettivo di equilibrio contrattuale.

²⁹ Infatti, se si afferma che il regolamento di esenzione si limita a stabilire le condizioni che, se soddisfatte, fanno sfuggire l’accordo al divieto, si dà per scontato che il regolamento attribuisca una sorta di esenzione, seppur in via automatica. Diverso è ritenere che il regolamento di esenzione attribuisca alle imprese solo un’ipotesi di legalità (v. K. MEHTA-L. PEEPRKORN, *Licensing of Intellectual Property under EU Competition Rules: the Review of the Technology Transfer Block Exemption Regulation*, Washington, May 22, 2002, ove: “The A block exemption provides a presumption of legality to the agreements covered by it. This presumption stands up in court and also protects against the application of national competition law and block exemption regulations are therefore an important instrument of legal certainty”. V., inoltre, E. CANNIZZARO, L.F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di) in *Diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 308, i quali rilevano che l’impresa, osservando il regolamento di esenzione, ottiene una presunzione di esentabilità: “si verifica quindi una significativa inversione dell’onere della prova rispetto al regime dell’esenzione individuale ove, come si è visto, è l’impresa che intende beneficiare dell’esenzione a dover provare il soddisfacimento delle condizioni di cui al par. 3 dell’art. 81 (ora 101 TFUE)”.

Rimane il fatto che con il regolamento 2003/1/Ce non è più prevista alcuna forma di esenzione e che tutto l’art. 101 TFUE diventa norma di applicazione diretta e solo un controllo *ex post* dell’accordo può dichiararlo anticompetitivo. La valutazione ai sensi del par. 3 dell’art. 101 TFUE è, pertanto, di esclusiva spettanza dell’impresa.

Alla luce di quanto sopra non è chiaro quanto indicato negli “*Orientamenti della Commissione, Linee direttrici sull’applicazione dell’art. 81, paragrafo 3 del Trattato*”, in *Guce* n. C del 27 aprile 2004, p. 97, ove: “l’art. 81, paragrafo 3 si può applicare a casi individuali o, mediante regolamento di esenzione per categoria, a categorie di accordi o pratiche concordate. *Il regolamento n. 2003/1/Ce non pregiudica la validità e la natura giuridica dei regolamenti di esenzione per categoria*” (enfasi aggiunta). Né quanto indicato al par. 37 delle *Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Guce* n. C 3 del 6 gennaio 2001, p. 2, ove: “A certe condizioni, si può presumere che determinate categorie di accordi soddisfino i criteri enunciati all’articolo 81, paragrafo 3. Tale è, in particolare, il caso degli accordi di R& S e degli accordi di produzione nei quali la messa in comune di competenze o di risorse complementari può generare significativi incrementi d’efficienza. Le presenti linee direttrici costituiscono un’integrazione dei regolamenti di esenzione per categorie di accordi di R& S e di specializzazione. *I suddetti regolamenti dispongono l’esenzione delle forme di accordi più comuni nel campo della produzione/specializzazione* fino ad una quota di mercato del 20 % - o del 25 % nel campo della R& S - a condizione che gli accordi soddisfino le condizioni per l’applicazione dell’esenzione per categoria e non contengano restrizioni fondamentali (“lista nera” delle clausole vietate) che renderebbero tale esenzione inapplicabile” (enfasi aggiunta).

³⁰ V. la sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1986, *VAG France SA c. Établissements Magne SA*, cit. *supra*, nota 25.

Tuttavia, il regolamento non impone agli operatori economici di avvalersi di detta possibilità, né ha l'effetto di modificare il contenuto dell'accordo".

A quel tempo l'esenzione di cui al par. 3 dell'art. 85 TCEE (ora art. 101 TFUE) poteva essere concessa solo dalla Commissione europea, cui doveva essere previamente notificato l'accordo che si poneva in violazione del par. 1 dell'art. 101 TFUE. In sede contenziosa anche la Corte di giustizia poteva ritenere applicabile il par. 3.

Bisogna anche ricordare che con il regolamento 17 del 1962³¹ veniva conferita alla Commissione la facoltà esclusiva di applicare il par. 3 dell'art. 85 TCEE (ora 101 TFUE) al fine di concedere esenzioni alle intese notificate secondo la procedura descritta nel medesimo regolamento. A causa dell'eccessivo numero delle notifiche si erano registrati "ingolfamenti" e ritardi nell'attività della Commissione.

Per considerazioni di ordine politico la Commissione si astenne, tuttavia, dall'adottare regolamenti di esenzione per categoria, lasciando emanare al Consiglio regolamenti quadro. Per praticità (in relazione all'immediata efficacia dell'atto) venne scelto lo strumento del regolamento e non della direttiva. Il primo regolamento quadro è stato il regolamento n. 19 del 1965³², il quale, all'art. 1, prevedeva che:

"(...) la Commissione può dichiarare, mediante regolamento e in conformità dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato che l'articolo 85, paragrafo 1 non è applicabile a categorie di accordi ai quali partecipano soltanto due imprese e: a) nei quali l'una s'impegna nei confronti dell'altra a fornire determinati prodotti soltanto ad essa, ai fini della rivendita all'interno di una parte determinata del territorio del mercato comune, oppure nei quali l'una s'impegna nei confronti dell'altra ad acquistare determinati prodotti soltanto da essa, ai fini della rivendita, oppure nei quali sono stati conclusi tra le due imprese, ai fini della rivendita, impegni esclusivi di fornitura e di acquisto dello stesso tipo di quelli previsti nei due precedenti capoversi, b) che comportano limitazioni imposte in rapporto all'acquisto o all'utilizzazione di diritti relativi alla proprietà industriale - in particolare ai brevetti, modelli di utilità, modelli e disegni ornamentali o marchi o ai diritti derivanti da contratti di cessione o di concessione di procedimenti di fabbricazione o di cognizioni relative all'utilizzazione o all'applicazione di tecniche industriali. Il regolamento deve comprendere una definizione delle categorie di accordi ai quali si applica e precisare in particolare: a) le restrizioni o le clausole che non possono figurare negli accordi; b) le clausole che devono figurare negli accordi o le altre condizioni che devono essere soddisfatte. I paragrafi 1 e 2 si applicano, in quanto compatibili, alle categorie di pratiche concordate alle quali partecipano soltanto due imprese".

³¹ Regolamento del Consiglio n. 17, Primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato, in *Guce* n. 13 del 21 febbraio 1962, p. 204.

³² Regolamento 1965/19/CEE del Consiglio del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, in *Guce* n. 36 del 6 marzo 1965, p. 533.

Va segnalato che il governo italiano aveva sollevato, avanti alla Corte di giustizia, una questione di legittimità del regolamento rilevando, tra l'altro, con notevole arguzia, che un tale modo di procedere avrebbe poi di fatto implicitamente assoggettato tutte le altre categorie di accordi al par. 1 dell'art. 85 TCEE (ora 101 TFUE)³³. A tale obiezione la Corte rispondeva che la definizione di una categoria di accordi serve solo per disegnare un certo quadro normativo, ma non significa che gli accordi che vi sono ricompresi ricadano necessariamente nel divieto: conseguentemente un'intesa che non presenti, in fatto, i requisiti del par. 1 dell'art. 85 TCEE, pur rientrando nella categoria considerata da un regolamento di esenzione, non è soggetta a tale regolamento. L'accordo deve, pertanto, essere sempre considerato nella sua individualità concreta.

Gli accordi che rientravano nella categoria e non avevano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza, non erano soggetti a notifica, quindi erano esentati automaticamente in base ad una fonte normativa. In particolare, il regolamento n. 83 del 1984 sugli accordi di acquisto esclusivo prevedeva che: “gli accordi e le pratiche concordate che soddisfano alle condizioni del presente regolamento non sono soggetti a notifica; le imprese interessate possono tuttavia, in caso di dubbio giustificato, chiedere alla Commissione a titolo individuale il rilascio di una dichiarazione di compatibilità dei loro accordi con il presente regolamento³⁴. Il regolamento concedeva, pertanto, una sorta di “salvacondotto” all'impresa sotto l'aspetto formale; tuttavia l'accordo poteva ricadere sotto il par. 1 dell'art. 101 TFUE per una restrizione riguardante l'oggetto o gli effetti³⁵. La Commissione europea poteva revocare il beneficio dell'applicazione del regolamento qualora avesse constatato che, nel caso concreto, l'accordo produceva effetti anticoncorrenziali³⁶. La valutazione dell'accordo avveniva, dunque, sugli effetti prodotti sul mercato dal medesimo e molte delle decisioni della Commissione sugli accordi di distribuzione automobilistica hanno avuto a riferimento contratti di distribuzione

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in causa n. 32/65, *Repubblica Italiana c. Commissione delle comunità europee*, in *Raccolta*, 1966, p. 563.

³⁴ V. ‘considerando’ n. 22 del regolamento n. 1984/83 della Commissione del 22 giugno 1983 sugli accordi di acquisto esclusivo, in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1983, p. 5.

³⁵ Non inficia l'assunto il fatto che il par. 2 della *Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del trattato*, in *Guue* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 97, rilevi che gli accordi che rientrano nei regolamenti di esenzione sono giuridicamente validi, anche se restrittivi della concorrenza ai sensi del par. 1. L'aspetto considerato sembra essere solo quello formale. V. sul punto G. BRUZZONE, *Regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico ed utilizzo di presunzioni giuridiche*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 639.

³⁶ V. art. 6 del regolamento n. 1999/2790/Ce della Commissione del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3 del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *Guce* n. 336 del 9 dicembre 1999, p. 21; ciò conformemente a quanto prevede il regolamento quadro n. 65/19/CEE.

formalmente corretti, e quindi esentabili sotto il profilo dell'applicabilità del regolamento di esenzione per categoria, ma comportamenti scorretti dei costruttori di vetture³⁷.

La funzione dei regolamenti di esenzione per categoria (tale da attribuire una esenzione formale) non sembra mutare con il regolamento n. 2010/330/UE sulle intese verticali, malgrado le modifiche nel frattempo intervenute nell'applicazione del par. 3 dell'art. 101 TFUE.

L'attuale regime di eccezione legale degli accordi³⁸ fa sì che la natura dei regolamenti di esenzione non sia più costitutiva (in passato l'applicazione del regolamento equivaleva all'autorizzazione individuale applicata ad una intesa). Con il passaggio ad un regime di eccezione legale il regolamento di esenzione cambia natura e la denominazione di "esenzione" diviene impropria. Il regolamento di esenzione, alla luce del regolamento n. 2003/1/CE³⁹, assume natura dichiarativa (e non più costitutiva) e finalità interpretativa; esso viene utilizzato ai fini della constatazione di inapplicabilità del par. 1 dell'art. 101 TFUE, in quanto soddisfatte le condizioni del par. 3 dell'articolo medesimo⁴⁰.

Si sarebbe, pertanto, portati a credere che la protezione formale offerta dal regolamento sia scomparsa e che il regolamento offra solo un vantaggio probatorio (l'impresa non deve più provare la procompetitività dell'accordo che viola il par. 1 dell'art. 101 TFUE).

La Commissione europea sembra invece non mutare opinione sulla funzione del regolamento di esenzione per categoria. L'art. 2 del regolamento n. 2010/330/UE continua ad affermare: "conformemente all'art. 101, paragrafo 3 del trattato e salvo il disposto del presente regolamento, l'art. 101, paragrafo 1 del trattato, è dichiarato inapplicabile agli accordi verticali". La protezione assicurata è solo formale. Inoltre, al par. 62 degli Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali⁴¹, l'istituzione precisa che anche un accordo di

³⁷ Vedi, al riguardo le decisioni contro i costruttori automobilistici prese dalla Commissione europea in questi ultimi anni: esse hanno principalmente riguardato comportamenti dei costruttori che inducevano i concessionari a compartimentare i mercati, attraverso forme di pressione indiretta.

³⁸ Nel momento in cui il regolamento è l'equipollente di una esenzione individuale (quindi assume valore costitutivo) potrebbe apparire un atto di maggior valore rispetto ad un regolamento meramente descrittivo di condizioni di esenzione, in realtà, essendo il regolamento un atto astratto e generale non assicura poi una compatibilità in fatto dell'accordo.

³⁹ Regolamento n. 2003/1/CE del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in *Guue* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1.

⁴⁰ V., G. BRUZZONE-A. SAIJA, *Modernizzazione dei regolamenti di esenzione: i confini rispetto alla regolamentazione di settore*, cit., p. 108. Nello stesso senso, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, VI ed., 2010, p. 684, il quale definisce i regolamenti di esenzione "uno strumento di orientamento a disposizione dell'applicazione del diritto comunitario". Con il regolamento 2003/1/CE il Consiglio ha modificato totalmente il sistema previsto dal par. 3 dell'art. 101 TFUE stabilendo (art. 1 n. 2 reg. 2003/1/CE) che l'esenzione dal divieto di attività anticoncorrenziali opera di diritto senza bisogno di un apposito atto autorizzatorio individuale per tutte le intese rientranti nella definizione del citato par. 3. Secondo questo orientamento, in seguito a tale riforma, i regolamenti di esenzione per categoria in precedenza emanati dalla Commissione, hanno perso la loro funzione originaria di fonti normative dell'esenzione di diritto (in contrapposizione all'esenzione determinata da appositi atti autorizzatori) ed hanno assunto quella di atti aventi un valore simile a quello di un'interpretazione autentica data dal legislatore comunitario (la Commissione su delega del Consiglio) in ordine alla applicabilità del par. 3 dell'art. 101 TFUE a tutta una serie di intese.

⁴¹ V. *Orientamenti aggiuntivi*, cit. *supra*, nota 9.

fornitura di servizi di assistenza post-vendita strutturato in regime di distribuzione selettiva qualitativa⁴² potrebbe essere anticompetitivo; al successivo par. 69, si precisa che “gli accordi di distribuzione selettiva basata su criteri qualitativi possono rientrare nel campo di applicazione dell’art. 101, par. 1, del Trattato, se il Fornitore e i membri della sua rete autorizzata riservano, esplicitamente od implicitamente, le riparazioni di determinate categorie di autoveicoli ai membri della rete autorizzata. Ciò può accadere, ad esempio, se la garanzia legale od estesa del costruttore nei confronti dell’acquirente è subordinata al fatto che l’utente finale faccia effettuare il lavoro di riparazione manutenzione non coperto da garanzia solo nell’ambito delle reti di riparatori autorizzati”.

La Corte di giustizia ha confermato la linea interpretativa della sentenza *VAG* in varie decisioni⁴³, ribadendo che attraverso i regolamenti di esenzione per categoria si vogliono dare agli operatori del settore opportunità per evitare che i loro contratti ricadano nel par. 1 dell’art. 101 TFUE, malgrado contengano clausole vietate da questo paragrafo, quindi ha confermato gli effetti costitutivi offerti dal regolamento di esenzione.

Per completezza di indagine, va osservato che, nell’applicazione concreta, se i concessionari hanno cercato di far passare le condizioni di esenzione per diritti contrattuali, i costruttori di vetture le hanno ritenute “condizioni necessarie” per superare il divieto del par. 1 dell’art. 101 TFUE.

Infatti, poiché difficilmente potrebbero essere esentati accordi che contengono le clausole vietate⁴⁴ o quelle soggette a valutazione⁴⁵, l’utilizzo del regolamento è apparso di fatto

⁴² In questo sistema è previsto l’accesso in relazione al possesso di requisiti predefiniti dal fornitore, basati su criteri oggettivi e proporzionati.

Al par. 23 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. *supra*, nota 10, si precisa che il regolamento di esenzione per categoria offre una «zona di sicurezza»; zona tuttavia non sempre sicura, G. DE STEFANO, *The new EU Vertical Restraints Regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbours and hardcore restrictions*, in *European Competition Law Review*, 2010, p. 487 rileva che: At the same time, the safe harbour is not as safe as it might appear. Because it depends on a certain market-share threshold, much depends on how the relevant market is defined, an exercise that often remains inconclusive without the sort of extensive (and expensive) factual and economic analysis that is rarely justified under the circumstances. Furthermore, market shares can increase during the life of an arrangement, causing the safe harbour to be lost after a short grace period. Finally, though rarely exercised, the Commission has the power to “withdraw the benefit” of an otherwise applicable safe harbour when a particular arrangement nevertheless appears to threaten competition. This can happen, for example, if the cumulative effect of several vertical arrangements might be problematic”.

⁴³ Vedi la sentenza della Corte di Giustizia del 7 settembre 2006, *VW-Audi c. Vulcan Silkeborg A/S*, cit. *supra*, nota 27; nello stesso senso anche la sentenza della medesima Corte del 15 febbraio 1996, in causa n. C-226/94, *Grand Garage Albigeois c. Garage Massol*, in *Raccolta*, 1996, p. I-651, par. 16, ove si precisa che: “il regolamento n. 1985/123, conformemente alla funzione che gli è stata affidata nell’ambito dell’applicazione dell’art. 85 del Trattato, (...) fissa le condizioni alle quali taluni accordi sono leciti sotto il profilo delle regole di concorrenza del Trattato”.

⁴⁴ In linea teorica non pare tuttavia sussistano clausole i cui effetti siano talmente nocivi dall’impedire a priori un esame individuale, v. sentenza del Tribunale Ce del 15 luglio 1994, in causa n. T-17/93, *Matra Hachette SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1994, p. II-595, G. BRUZZONE, *Regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico ed utilizzo di presunzioni giuridiche*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2010, p. 649.

⁴⁵ Tali potrebbero essere le clausole di cui all’art. 5 del regolamento n. 2010/330/Ue.

“obbligatorio” e senza alternative: raramente le imprese si sono discostate dalle clausole dei regolamenti, tant’è che i contratti dei costruttori di vetture, confezionati durante la vigenza del regolamento n. 2002/1400Ce, sono stati pressoché identici sia nelle formule che nella scelta del sistema distributivo: nel settore dell’assistenza post-vendita è stato scelto il regime selettivo qualitativo, nel settore della vendita quello selettivo quantitativo⁴⁶.

Si può ricordare che i regolamenti erano estremamente rigidi e dettagliati e non consentivano “varianti”⁴⁷. Erano previste clausole vietate (nere), clausole esentate (bianche) e clausole (colorate) di valutazione specifica. Le clausole vietate (nere) corrispondevano alle restrizioni fondamentali. Pertanto, l’effettiva possibilità per l’impresa che si voleva giovare del regolamento di utilizzare clausole diverse erano molto scarse, in ragione della struttura articolata dei medesimi⁴⁸. A far tempo dal regolamento n. 1999/2790/CE, sulle intese verticali, capostipite dei regolamenti di nuova generazione, la struttura dei regolamenti generali sulle intese verticali è cambiata⁴⁹. Essi sono strutturati solo con clausole vietate: in linea teorica le opzioni a disposizione dell’impresa sembrerebbero maggiori rispetto ai precedenti regolamenti di esenzione per categoria⁵⁰, tuttavia non consta che negli accordi verticali siano state usate formule contrattuali diverse da quelle indicate nel regolamento. Sicuramente attraverso il regolamento n. 1999/2790/Ce si è eliminato il formalismo dei precedenti regolamenti dettagliati e si è focalizzata l’indagine sul dato economico in merito alla struttura dei mercati interessati, alla posizione delle parti su tali mercati ed agli effetti concreti degli accordi verticali, ma non si è eliminato l’effetto “dirigistico” del regolamento che ha pesantemente condizionato la

⁴⁶ Sul punto, v. A. SCOGNAMIGLIO, *Esiste una reale possibilità di scelta tra il sistema esclusivo ed il regime selettivo?*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 163. Si consideri la clausola di cui all’art. 5 del regolamento 2002/1400/Ce che fa divieto al costruttore di imporre al distributore di acquistare prodotti contrattuali in misura superiore al 30% del fabbisogno, e consente il multimarchismo. Tale clausola, pur essendo posta all’interno di un articolo che non considera le restrizioni fondamentali vietata, è stata applicata dai costruttori di vetture come una restrizione vietata. Dunque, è indubbio che i costruttori di vetture hanno temuto interpretazioni molto restrittive da parte della Commissione europea della clausola.

⁴⁷ V. sul punto, I. VAN BAEL- J.F. BELLIS, *Il diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1995, p. 147. Le clausole conformi erano definite “clausole bianche”; quelle vietate “clausole nere”. Rientravano, invece, nelle “clausole colorate” le disposizioni soggette a valutazione.

⁴⁸ La Commissione ha adottato, a norma del regolamento n. 1965/19/Cee, il regolamento 1983/83 del 22 luglio 1983 sugli accordi di distribuzione esclusiva, in *Guce* n. L 173 del 30 giugno 1983, p. 1; il regolamento n. 1984/83 della Commissione del 22 giugno 1983 sugli accordi di acquisto esclusivo, *cit. supra* nota 34, ed il regolamento n. 1988/4087/Cee del 3 novembre 1988 sugli accordi di franchising, in *Guce* n. L 359 del 28 dicembre 1988, p. 46.

⁴⁹ Con il regolamento 1999/1215 del 10 giugno 1999, in *Guce* n. L 148 del 15 giugno 1999, p. 1, viene modificato il regolamento 1965/19/Cee, autorizzando la Commissione ad emanare regolamenti di esenzione per categoria generali per le intese verticali con struttura più semplice e senza elencazione delle clausole esentate. Con il regolamento 1999/1216/Cee del Consiglio del 10 luglio 1999 in *Guce* n. L 148 del 15 luglio 1999, p. 5, gli accordi verticali sono stati inclusi fra quegli accordi per cui non è necessaria l’obbligo di notifica preventiva ai fini dell’esenzione dal divieto delle intese restrittive previste dal par. 3 dell’art. 81 (ora 101 TFUE).

⁵⁰ Nella pratica la fantasia dei redattori dei contratti di distribuzione del settore automobilistico ha avuto poco spazio perché i regolamenti di categoria sono stati in passato troppo dettagliati ed intesi come portatori di regole sulla concorrenza difficilmente derogabili.

redazione dei contratti di distribuzione (effetto che ha avuto la sua punta massima con il regolamento 2002/1400/Ce il quale ha ripristinato la struttura dettagliata dei precedenti regolamenti⁵¹.

A questo punto si possono trarre le conclusioni del discorso.

La Commissione europea continua ad attribuire valore costitutivo al regolamento di esenzione, malgrado la scomparsa dell'istituto dell'esenzione. In tal modo, per esercitare un maggior controllo sui contratti che ritiene possano ancora presentare una forte potenzialità anticompetitiva (contratti di assistenza post-vendita delle vetture), abbassa la soglia di ingresso del regolamento di esenzione (quota di mercato del 30%) in modo da renderlo praticamente inapplicabile, con la conseguenza che referente immediato di questi contratti diviene il par. 1 dell'art. 101 TFUE⁵².

In assenza di un regolamento di esenzione per categoria solo una valutazione di procompetitività dell'accordo ai sensi del par. 3 può salvare l'accordo dai divieti del par. 1 della stessa norma. Si assiste, pertanto, ad una contraddizione evidente tra la funzione dei regolamenti di esenzione per categoria desumibile dal regolamento n. 2003/1/Ce e quella desumibile dai medesimi regolamenti di esenzione e dall'interpretazione che di questi dà la Commissione europea.

⁵¹ Sul processo dei regolamenti di esenzione, v. P. MAGNANI, *I nuovi principi di valutazione delle restrizioni verticali in ambito comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, p. 29.

⁵² Potendo la Commissione valutare l'accordo nel mercato anche se idealmente rientrante nell'esenzione per categoria, possiamo chiederci perché la distribuzione selettiva qualitativa debba essere esentata sino alla quota massima di mercato del 30% allorché tutti i principali costruttori di vetture hanno quote di mercato superiori. Ai par. 14 e 15 del regolamento 2010/461/Ue si precisa che il mercato dell'assistenza post-vendita è poco concorrenziale, pertanto, è necessario mantenere una quota di accesso al regolamento bassa ed emanare un regolamento specifico nel settore: questa complessa struttura appare sovrabbondante se si ritiene effettivamente che funzione del regolamento di esenzione per categoria sia quella meramente interpretativa.