

## **Contratto di *franchising*, abuso di posizione dominante e diritto della concorrenza**

*Giovanni Adamo*

### **Premessa**

#### **1.**

La recente emanazione della L. 6 maggio 2004, n. 129 (*Disciplina dell'affiliazione commerciale*) in materia di contratto di *franchising* sembra richiedere un approccio interdisciplinare, atteso come tale normativa risulti idonea ad incidere sia sui rapporti privatistici tra imprese<sup>1</sup>, sia, comunque, sulla regolamentazione del

---

<sup>1</sup> Cfr., tra gli altri, Cagnasso, *La concessione di vendita*, Milano, 1983; Perfetti, *Nota a Trib. Napoli, 29 novembre 1974*, in *Dir. e Giur.*, 1975, 584 e ss.; Cottino, *Contratto estimatorio e somministrazione*, in *Commentario del Codice Civile*, 91e ss.; Frignani, *Nuove riflessioni in tema di franchising*, in *Giur. It.*, 1980, IV, c. 206; Frignani, *Il franchising*, in *Foro Pad.*, 1985, II, c. 2; Inzitari, *Trattato di diritto commerciale*, II, Padova, 1978. V., inoltre, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 32 e ss.; Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2003; Zuddas, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, Torino, 2003; Frignani, *Il contratto di franchising*, Milano, 1999; Pardolesi, *Contratti di distribuzione*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, 4; Pardolesi, *Franchising: tipo e tipologie*, intervento al Convegno 'Franchising: legislazione e pratica – presente e futuro'; Colangelo, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Corr. Giur.*, 2004, 7, 851 e ss.; Frignani, *Franchising, la nuova legge*, Torino, 2004; Adamo, *Commentario breve alla L. 6 maggio 2004, n. 129*, *Diritto&Diritti*, 9 dicembre 2004; Adamo, *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, "abuso del diritto" e tutela del contraente "debole"*, *Diritto&Diritti*, 3 febbraio 2004; Bortolotti, *Concessione di vendita (contratto di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice II, Torino, 1981, 222 e ss.; Sega, *Franchising e concessione di vendita a confronto*, in *Arch. Civ.*, 2001, I, 4 e ss.; Luminoso, *Contratti tipici ed atipici*, in *Trattato di Diritto privato* a cura di Iudica e Zatti,

mercato, tanto nazionale, quanto comunitario<sup>2</sup>. Ed

---

Milano, 1995, 275 e ss.; Di Liddo, *Il nuovo regolamento dell'Associazione Italiana del Franchising: autodisciplina ed integrazione del contratto*, in *I contratti*, 1, 1995, 78 e ss.; Cartella, *Concessione di vendita* (voce), in *Dizionario del diritto privato*, a cura di Irti, III, *Diritto commerciale ed industriale*, a cura di Carnevali, Padova, 1981, 307 e ss.; Delli Priscoli, *I contratti di distribuzione come categoria unitaria*, in *Giur. Comm.*, 1994, II, 801 e ss.; Frignani, *Un 'nome' al contratto tra Benetton e rivenditori*, nota a Trib. Lecce 9 febbraio 1990, in *Giur. It.*, 1991, I, 2, c. 733; Baldassarri, *I contratti di distribuzione – mediazione – concessione di vendita – franchising*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, 3, Milano, 1995; Barbuto, *Il franchising nella distribuzione dei beni*, in *Le Società*, 1990, II, 1666 e ss..

<sup>2</sup> Sotto tale diverso profilo, cfr., infatti, Van Bael – Bellis, *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1995; Afferni, *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994; Olivieri – Amato, *Il potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998; Auteri, *Nullità ed autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Rivista di diritto industriale*, 1996, I, 69; Bastianon, *Il caso Tetra Pak II e l'art. 86: dallo sfruttamento abusivo 'per estensione' alla posizione dominante 'per relationem'*, in *Foro It.*, 1997, IV, 71; Bishop, *Microsoft sotto processo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, I, 79 e ss.; Celona, *L'antitrust nella giurisprudenza*, Milano, 1996; Cucinotta, *Il caso Microsoft, verso il monopolio di internet?*, in *Foro It.*, 1998, IV, 343; Daniele, *Il diritto materiale della Comunità Europea*, Milano, 1995; Frignani, *Il divieto di abuso di posizione dominante*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, 43 e ss.; Frignani, *Intese, posizioni dominanti e imprese pubbliche nelle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, 549 e ss.; Frignani, *Prestazioni gemellate in diritto antitrust italiano: commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, Bologna, 1993; AA. VV., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996; Gandin, *La disciplina CEE del franchising alla luce del regolamento comunitario 4087/88*, in *Giur. Comm.*, 1991, I, 496 e ss.; Giordano, *I 'tying arrangements' nell'ultimo orientamento della Corte di Giustizia: ritorno al futuro?*, in *Foro It.*, 1996, IV, 214; Guglielmetti, *Principali aspetti della disciplina relativa allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante (concorrenza)*, in *Dig.*, Vol. III; Libertini, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998, 649 e ss.; Marchetti, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997; Meli, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi 'non equi'*, Milano, 1990; Meruzzi, *Clausole leganti, vendita sotto costo ed abuso di posizione dominante*, in *Il Dir. Ind.*, 1995, 586 e ss.; Milanesi, *Il mercato rilevante*, Torino, 1997; Pardolesi, *I contratti leganti (tie-ins bundling) in diritto antitrust italiano: commento alla L. 10 ottobre 1990, n.*

infatti, al di là delle finalità di protezione del contraente “debole” dichiaratamente perseguita dalla nuova Legge in materia di *franchising*<sup>3</sup>, tale ultima tipologia contrattuale risulta in grado di porre, altresì, rilevanti problematiche di ordine concorrenziale, prevedendo, talora, clausole (esclusive territoriali, imposizioni di prezzi, ulteriori e diverse limitazioni alla possibilità di contrattare con i terzi) potenzialmente idonee a falsare e/o restringere il ‘gioco’ della concorrenza. Dette clausole, infatti, se, da un canto, spiegano la loro efficacia nel contesto di un rapporto di natura privatistica tra imprese (o tra soggetti da intendersi, comunque, “professionisti”), d’altro canto possono risultare, quantomeno potenzialmente, idonee a generare alterazioni illecite (o altrimenti sfavorevolmente valutate dall’ordinamento) del mercato concorrenziale: *“per fare un esempio concreto, la concessione di una esclusiva*

---

287, Zanichelli, Bologna; Id., *Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega*, in *Foro It.*, 1993, IV, 84 e ss.; Raffaelli, *Il divieto di abuso di posizione dominante nel diritto comunitario*, in *Foro It.*, 1988, IV, 72;

<sup>3</sup> Negli stessi Lavori preparatori della Legge, infatti, si affermava proprio, tra l’altro, che *“si ritiene necessario, nel rispetto – come già ricordato – della autonomia negoziale delle parti, fissare dei vincoli minimi al contenuto del contratto, a garanzia, soprattutto, dell’affiliato, che rappresenta, oggettivamente, la parte debole del rapporto”*. Su tale problematica si consenta di rinviare a Adamo, *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, “abuso del diritto” e tutela del contraente “debole”*, in *Diritto&Diritti* dd. 3 febbraio 2005. Sulla possibilità ed opportunità di estendere ai rapporti di *franchising* (*rectius*: alla generalità dei rapporti tra imprese) la applicabilità della disciplina *ex art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192*, in materia di abuso di dipendenza economica nella subfornitura industriale, AA. VV., *La subfornitura*, Milano, 1999; AA. VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998; Berti – Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003; Mariani, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, II, 115; Bortolotti, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999; Iudica, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive (commento alla L. 18 giugno 1998, n. 192)*, in *Contratti*, 1998, 409; Barba, *L’abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, *op. cit.*

*territoriale agli affiliati potrebbe determinare una compartimentazione del mercato relativo al prodotto o servizio oggetto del contratto, con conseguente appiattimento della concorrenza tra affiliati protetti dall'esclusiva (c.d. concorrenza intrabrand), e innalzamento dei prezzi del prodotto o servizio offerto a danno dei consumatori*<sup>4</sup>. Va rilevato, d'altronde, che la valenza eventualmente anticoncorrenziale spiegata dalle divise clausole va comunque ravvisata in concreto e caso per caso, posto che l'inserimento delle stesse nei contratti di *franchising* stipulati dall'affiliante potrebbe anche, diversamente ed in taluni casi, spiegare un effetto "virtuoso" sul mercato (si ponga mente, a titolo esemplificativo, alla circostanza che la pattuizione di un'esclusiva territoriale a favore di un affiliato alla 'rete' *franchising* non vincola in alcun modo affiliati di 'reti' diverse che distribuiscano i medesimi prodotti. Questi ultimi, anzi, potrebbero ricevere rilevanti benefici dalla esclusiva territoriale goduta dall'affiliato alla 'rete' concorrente che non potrebbe, in tal modo, ampliarsi ulteriormente), anche, in tal modo, a vantaggio (quantomeno indiretto) del dispiegarsi del 'gioco' della concorrenza e, conseguentemente, del consumatore finale.

### **I. La disciplina applicabile**

Alla luce di tutto quanto sino ad ora rappresentato, pertanto, risulta evidente che l'analisi dei limiti e degli oneri posti in capo all'affiliante che intenda negoziare con (o imporre al) l'affiliato talune clausole restrittive della concorrenza debba necessariamente attraversare il variegato percorso della normativa in materia di concorrenza, tanto di matrice nazionale,

---

<sup>4</sup> Incardona, *Il contratto di franchising: la legge 129/2004 e diritto della concorrenza*, reperibile su internet all'indirizzo web: [www.altalex.com/index.php?idstr=29&idnot=1420](http://www.altalex.com/index.php?idstr=29&idnot=1420).

quanto comunitaria. Rilevano, in particolare, e fra l'altro, le seguenti discipline:

-l'art. 81 (già art. 85) Trattato CE, in materia di regole di concorrenza generalmente applicabili alle imprese operanti all'interno del mercato comune;

-l'art. 82 (già art. 86) Trattato CE, in materia di abuso di posizione dominante sul mercato comune o di una parte sostanziale di questo;

-il Regolamento 2790/99 CE, e successive modifiche, che regola i casi di esenzione dall'applicazione delle regole dettate dall'art. 81;

-la L. 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), la quale, peraltro, ricalca sostanzialmente, quantomeno in materia di intese e di abuso di posizione dominante, i relativi articoli, menzionati *supra*, del Trattato CE e deve ritenersi normativa di applicazione eminentemente residuale, da applicarsi unicamente ove la competenza a conoscere della fattispecie concreta non spetti alle Autorità comunitarie<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Non sembra potersi dubitare della natura residuale della competenza della AGCM. Tale natura, infatti, discende dall'art. 1 della L. 10 ottobre 1990, n. 287, a tenore del quale “*Le disposizioni della presente legge, in attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante ed alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli artt. 65 e 66 del Trattato istitutivo della CEECA, degli artt. 85 e 86 del Trattato istitutivo della CE, dei regolamenti comunitario di atti comunitari con efficacia normativa equiparata. L'AGCM, qualora ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell'ambito di applicazione della presente legge ai sensi del co. 1, ne informa la Commissione delle Comunità Europee, cui trasmette tutte le informazioni in suo possesso. Per le fattispecie in relazione alle quali risulti già iniziata una procedura presso la Commissione delle Comunità Europee in base alle norme richiamate nel co. 1, l'Autorità sospende l'istruttoria, salvo che per gli eventuali aspetti di esclusiva rilevanza nazionale. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità Europee in materia di disciplina della concorrenza*”. Per la dottrina, inoltre (cfr. Vanzetti – Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2003, 469), “*il diritto nazionale*

## II. L'abuso di posizione dominante – cenni generali

### 1.

Con riferimento al concetto di posizione dominante, va subito chiarito, da un lato, che il Trattato istitutivo della CE non ne fornisce una nozione univoca; dall'altro, che la "posizione dominante" non viene stigmatizzata *ex se*, bensì solo e soltanto ove la stessa (*rectius*: l'abuso di essa ad opera del soggetto che la detiene) generi effetti distorsivi sulla libera concorrenza nel mercato comune.

### 2.

La Corte di Giustizia ha, successivamente, ulteriormente definito la posizione dominante come *"la posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, e, in ultima analisi, dei consumatori"*<sup>6</sup>. Ad integrazione di quanto appena riportato, peraltro, va infatti riferito che il Trattato CE non fornisce una

---

*rimane applicabile solo ad intese e comportamenti che la Comunità valuta "minori", cioè a quelli che interessano solo una parte non sostanziale del territorio nazionale (ponendosi, poi, per le intese, un problema di coordinamento con l'art. 2596 c.c.). E' forse eccessivo dire, come si è detto, che si tratta di un 'antitrust per bottegai', come tale sostanzialmente inutile; ma è un fatto che lo spazio ad esso riservato è piuttosto modesto".*

<sup>6</sup> C. Giust. CE, causa *United Brands*, n. 27/76 del 14 febbraio 1978. Per la dottrina (cfr. Vanzetti – Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 1993, 460), peraltro, *"la norma non si propone di eliminare situazioni mono ed oligopolistiche, ma vieta, a chi detenga tali posizioni, di assumere taluni comportamenti che sono ritenuti particolarmente pericolosi per il mercato"*.

nozione esaustiva dell' "abusivo sfruttamento" della descritta posizione, limitandosi a rilevare la illiceità delle seguenti pratiche: a) l'imposizione, diretta o indiretta, di "prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque"; b) la limitazione della "produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori"; c) della applicazione, "nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza"; d) nella subordinazione della "conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi". Con riferimento alla norma ora riportata, peraltro, la Corte di Giustizia ha avuto modo, da un lato, di chiarirne la portata meramente indicativa, atteso come possano ricadere sotto la scure degli organi giurisdizionali comunitari anche contegni ulteriori; dall'altro, di fornire una generale qualificazione dello sfruttamento abusivo della posizione dominante, statuendo che lo stesso corrisponde ad una "nozione oggettiva, consistendo nel ricorso a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici, che ha l'effetto di ridurre ulteriormente la concorrenza su un mercato ove questa è già indebolita a causa della presenza della impresa in questione"<sup>7</sup>. In tale contesto, peraltro, la Corte di Giustizia ha avuto modo di stigmatizzare ulteriori contegni ritenuti distorsivi del mercato concorrenziale, quali, ad esempio, la discriminazione geografica in materia di prezzi, ovvero premi di fedeltà che, di fatto, impediscono ai clienti l'approvvigionamento da altri fornitori.

---

<sup>7</sup> Cfr. nota precedente.

### III. Il caso *Pronuptia de Paris*

#### 1.

Il caso *Pronuptia de Paris* risulta essere paradigmatico dell'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia di abuso di posizione dominante, tanto che i *dicta* contenuti nella sentenza sono stati, poi, trasposti all'interno del Regolamento CE n. 4087/88, oggi non più in vigore, e successivamente sostituito dal (tuttora vigente) Regolamento 2790/99. Nella suindicata decisione<sup>8</sup>, la Corte di Giustizia aveva modo di statuire, tra l'altro, che *“la compatibilità del franchising di distribuzione con il divieto di alterazione della concorrenza di all'art. 81, n. 1 del Trattato deve essere accertata caso per caso, tenuto conto delle clausole contrattuali e del contesto economico in cui il contratto si inserisce; che non costituiscono restrizioni di concorrenza né le clausole volte ad impedire che concorrenti si giovino del patrimonio di conoscenze e di tecniche del concessionario, né quelle volte a tutelare l'immagine del distributore attraverso la possibilità di controlli, né l'indicazione da parte del concedente di prezzi indicativi, purché non sia concordata l'applicazione effettiva di detti prezzi”*. Spiegava, la Corte, ancora, che al fine dell'effettivo funzionamento del sistema di *franchising* *“sono necessarie due condizioni: innanzi tutto, che l'affiliante conceda il suo know-how all'affiliato e presti ad esso l'assistenza necessaria per applicare i suoi metodi; in secondo luogo, che l'affiliante possa adottare le misure idonee a preservare l'identità e la reputazione della propria rete distributiva”*. Sulla base delle circostanze suindicate, la Corte *“considerava non restrittive della concorrenza le clausole che impediscono all'affiliato di non cedere l'azienda senza il previo accordo dell'affiliante, o impongono la stretta osservanza delle metodologie commerciali dell'affiliante, o*

---

<sup>8</sup> Trattasi, più specificamente, di C. Giust., 28 gennaio 1986, causa 161/84 (*Pronuptia de Paris*), in *Raccolta*, 1986, 374. Su tale problematica cfr. anche La Torre, *Il franchising: genesi del fenomeno*, in *Diritto del Turismo*, 2004, 4, 305 e ss..



*impediscono all'affiliato di trasferire il punto vendita senza il previo consenso dell'affiliante*<sup>9</sup>.

#### **IV. Le esenzioni dall'applicazione dell'art. 81 Trattato CE stabilite dai Regolamenti**

##### **1.**

Alla luce dell'orientamento assunto dalla Corte comunitaria, si rendeva opportuna la emanazione del regolamento 4087/88, successivamente sostituito, come già anticipato, dal Regolamento 2790/99/CE e dal Regolamento 1/03/CE<sup>10</sup>, i quali costituiscono, cumulativamente considerati, l'unica disciplina unitaria vigente in materia di esenzioni dall'applicazione dell'art. 81, co. 3 del Trattato.

##### **2.**

Tale disciplina risulta dedicata ai c.d. accordi verticali genericamente presi in considerazione, intendendosi per tali *“gli accordi 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”* (così l'art. 2, co. 1.). L'applicabilità della esenzione stabilita in tale disciplina risulta, peraltro, limitata al ricorrere di due condizioni:

---

<sup>9</sup> Ancora la Corte di Giustizia, *cit.*, riportato da Incardona, *Il contratto di franchising: la legge 129/2004 ed il diritto della concorrenza, op. cit.*

<sup>10</sup> Il Regolamento 1/03/CE è stato recentemente oggetto di talune modifiche ad opera del Regolamento 411/2004/CE (in *GUCE*, 6 marzo 2004, n. L68), il quale *“ha esteso le regole relative alle pratiche anticoncorrenziali anche ai trasporti aerei tra Comunità e Paesi terzi”*. Né da conto La Torre, *Il franchising: genesi del fenomeno, op. cit.*, 309.

a) il produttore ‘a monte’ della catena produttiva o distributiva non deve avere una quota di mercato superiore al 30% del mercato rilevante<sup>11</sup>;

b) gli accordi di distribuzione non devono, poi, contenere clausole ritenute a priori ad elevata potenzialità anticoncorrenziale, generalmente produttive di conseguenze distorsive di tale gravità da rendere impossibile, *de facto*, l’esonero dall’applicazione dei divieti del Trattato. Ad esempio, rientrano in tale novero di clausole (c.d. *black list*), l’imposizione di un prezzo minimo di rivendita<sup>12</sup>; le restrizioni assolute relative al territorio o ai clienti ai quali l’acquirente rivende i beni o i servizi oggetto del contratto; nella ipotesi di distribuzione con esclusiva, ancora, vengono considerate gravemente anticoncorrenziali “*le restrizioni relative agli utenti finali a cui i franchisee possono vendere i loro prodotti, e le restrizioni relative a forniture incrociate tra i franchisee*”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Intendendosi, con tale espressione, secondo la dottrina, come “*il più piccolo contesto (insieme di prodotti, area geografica) nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti opportunità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato*”. Così Buzzone, *L’individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, pubblicazione reperibile sul sito web dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, [www.agcm.it](http://www.agcm.it). Nel medesimo scritto, l’A. dà conto di come il potere di mercato, in tale contesto, sotto il profilo economico, risulterebbe essere “*la capacità di un’impresa di alzare profittevolmente il proprio prezzo al di sopra del prezzo concorrenziale*”.

<sup>12</sup> A condizione, tuttavia, che il prezzo indicato quale prezzo di rivendita minimo sia fisso, e sia tale “*per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti ad una delle parti*”. Al contrario, non soggiacerebbero al divieto le imposizioni di un prezzo massimo di rivendita, o quelle di un prezzo minimo nel caso in cui queste ultime non siano effetto di pressioni o incentivi.

<sup>13</sup> Art. 4, Regolamento 2790/99/CE.

**V. Il *franchising*, e, comunque, i contratti di distribuzione quali possibili strumenti di realizzazione di pratiche distorsive della concorrenza – Il caso Ducati / Sip – il caso TIM / Omnitel Pronto Italia**

**1.**

Alla luce di tutto quanto sino ad ora rilevato, emerge il possibile ruolo del contratto di distribuzione, e, in particolare, del *franchising*, quale strumento idoneo a realizzare i suindicati effetti distorsivi della concorrenza sul mercato comune (o, per quanto visto *supra* quanto alla applicazione residuale della L. 10 ottobre 1990, n. 287, sul mercato nazionale).

**2.**

A titolo esemplificativo di quanto appena accennato, basti rifarsi ad un rilevante precedente in termini, costituito dal caso Ducati / Sip<sup>14</sup>. Nella specie, la Ducati Comunicazioni S.r.l. denunciava alla Autorità Garante taluni comportamenti posti in essere da Sip nella attività di commercializzazione di telefoni radiomobili, tali da costituire, quantomeno, un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3 L. 10 ottobre 1990, n. 287. In buona sostanza, ed in estrema sintesi, Sip, nella distribuzione dei terminali radiomobili si avvaleva di una serie di rivenditori affiliati mediante contratti di *franchising*, nei quali erano inseriti vincoli di esclusiva territoriale, e di prezzi, nel senso che all'affiliato era imposto di praticare i prezzi prestabiliti dalla società affiliante. A ciò si aggiungano, inoltre, le seguenti circostanze: la interruzione delle forniture ai rivenditori non firmatari del contratto di *franchising*; la imposizione,

---

<sup>14</sup> Provvedimento di chiusura dell'istruttoria da parte dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato dd. 24 marzo 1993, in Boll. AGCM, 1993, 6.

ai rivenditori aderenti al ‘sistema’, dell’acquisto di ulteriori accessori ed apparecchiature diverse dai prodotti oggetto del contratto.

#### 4.

Nel caso in esame, l’Autorità, rilevata la posizione dominante della SIP, la quale costituiva, all’epoca, *“l’unico operatore che, nel mercato della telefonia cellulare, procede alla gestione del servizio”*, e ritenuto che *“il riconoscimento di un diritto esclusivo in capo ad un soggetto costituisce una tipica forma di posizione dominante”*, sanzionava il contegno tenuto da SIP, con la motivazione che *“accordi di distribuzione, anche nella forma del franchising, contenenti clausole di approvvigionamento e vendita esclusiva, possono, in alcuni casi, avere effetti positivi per il mercato, in quanto consentono alle imprese di porre in essere una rete uniforme di distribuzione con investimenti modesti, favorendo, pertanto, l’ingresso sul mercato di concorrenti, specie piccole e medie imprese. Nel caso di specie, occorre, al contrario, osservare che si è in presenza di una impresa titolare di diritti esclusivi ‘a monte’ – la gestione della rete di telefonia cellulare – e, come tale, già ampiamente conosciuta dalla clientela di terminali di telefonia, la quale impone un vincolo all’operatività dei suoi rivenditori. In questo contesto, la clausola di esclusiva è lo strumento attraverso cui si realizza l’estensione del potere di mercato della SIP”*<sup>15</sup>. Vi è, tuttavia, da rilevare che l’Autorità non si è limitata all’accertamento (ed alla censura) di tale circostanza, sulla quale, anzi, i rilievi risultavano, tutto sommato, limitati. L’Autorità ha avuto modo di rilevare, nel corso dell’istruttoria, un ulteriore contegno di Sip che già *ex se* doveva ritenersi illecito, consistente, in sostanza, nell’*“utilizzo di informazioni provenienti dall’attività di gestore esclusivo del servizio radiomobile nonché dal servizio telefonico di base, ovvero l’utilizzo di dati relativi alle utenze di affari ed alle*

---

<sup>15</sup> Così AGCM, provvedimento 24 marzo 1993, n. 1028, in *Boll. AGCM*, 1993, 6.

*comunicazioni extraurbane per singola agenzia territoriale, per determinare le politiche di commercializzazione dei telefoni cellulari, nonché per definire, dal punto di vista territoriale, la rete di rivenditori affiliati. Inoltre, la SIP, come rilevato nel corso dell'ispezione presso la sede della società, dispone di informazioni derivanti dall'esercizio esclusivo del servizio di telefonia radiomobile, come le statistiche decedali sui nuovi abbonamenti al servizio radiomobile. Tali dati sono potenzialmente utilizzabili per la definizione delle strategie commerciali della vendita di telefoni cellulari*"<sup>16</sup>. Essendo, peraltro, l'impiego delle suindicate informazioni del tutto precluso ai concorrenti della SIP, quest'ultima sarebbe necessariamente stata in grado di definire il proprio posizionamento sul mercato con modalità maggiormente tempestive ed efficaci rispetto agli altri operatori, limitando, pertanto, l'accesso al mercato da parte dei concorrenti, e rendendo giustificata la censura ad opera della Autorità. Tanto posto, tra l'altro, che a parere della stessa Commissione CE "i sistemi di distribuzione esclusiva adottati da un'impresa in posizione dominante hanno spesso lo scopo e l'effetto di esercitare sui concorrenti una azione di deterrenza e di indebolirli, sottraendo loro clienti e costringendoli ad aumentare i propri costi di commercializzazione e distribuzione"<sup>17</sup>

## 5.

Ulteriore fattispecie censita dalla Autorità Garante, ed utile ai fini della migliore comprensione della problematica in discorso, risulta essere la controversia Tim S.p.A. / Omnitel Pronto Italia S.p.A.. Quest'ultima, nell'adire l'Autorità, lamentava un preteso abuso di posizione dominante ad opera di TIM, consistente nell'adozione di clausole di esclusiva particolarmente pregnanti e significative all'interno del

---

<sup>16</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>17</sup> Così Comm. CE, 5 dicembre 1988, *BPB Industries*, confermata anche da C. Giust. CE, 4 aprile 1995, causa C. 310/93.

contratto *standard* di distribuzione degli abbonamenti al servizio GSM TIM, denominato contratto “*Dealer GSM*”.

**6.**

In buona sostanza il contratto in discorso aveva ad oggetto la raccolta, ad opera del *dealer*, di richieste di abbonamento al servizio da parte di clienti ovunque residenti. Il *dealer*, inoltre, aveva l’obbligo di commercializzare esclusivamente gli abbonamenti al servizio GSM di TIM, di acquistare mensilmente da quest’ultima una quantità minima di terminali GSM a marchio TIM, ed il divieto di promettere o effettuare sconti, ribassi, abbuoni, dilazioni di pagamento prestazioni accessorie o condizioni di abbonamento diverse da quelle indicate da TIM, pena la risoluzione immediata del contratto. Da rilevare, inoltre, che il sostanziale abbinamento tra i contratti *Dealer GSM* e *Dealer TACS* generava, in caso di risoluzione di un rapporto, l’automatica risoluzione anche dell’altro. Il suindicato “collegamento” tra contratti generava, *de facto*, d’altro canto, la rilevante conseguenza che tutti i *dealers* GSM erano anche *dealer* TACS, e viceversa. A fronte di tali limitazioni alla libertà contrattuale ed alla libertà d’impresa dell’affiliato, TIM concedeva al *dealer* un compenso forfetario per ogni abbonamento al servizio GSM da questi concluso pari all’1% del traffico realizzato dal cliente.

**7.**

Nella fattispecie in discorso, l’Autorità rilevava, *in primis*, la incontestabilità della sussistenza di una posizione dominante in capo a TIM. Quest’ultima, in primo luogo, poteva offrire alla clientela, contrariamente ai concorrenti, un’ampia gamma di servizi telefonici, derivante, tra l’altro, dalla propria posizione di concessionaria pubblica del servizio TACS. Offerta,

questa, che comportava, altresì, la possibilità di migrazione della clientela TACS al “nuovo” servizio GSM. In secondo luogo, poi, TIM poteva avvalersi della indubbia notorietà del marchio Telecom, quale operatore nazionale di telecomunicazioni, ed in tale posizione avrebbe dovuto sopportare costi assai minori rispetto a quelli necessari ai concorrenti per la costituzione e lo sviluppo di una rete finalizzata alla prestazione di servizi radiomobili.

#### 8.

Quanto, poi, all'abuso della descritta posizione dominante, la Autorità Garante ne rilevava la sussistenza (e non tanto in ragione della clausola di esclusiva, bensì) in forza sia, da un lato, del riconoscimento del già menzionato contributo dell'1% del traffico; sia, dall'altro, della circostanza che in caso di decadenza dalla qualifica di *dealer* relativamente ad un servizio, entrambi i rapporti di distribuzione venivano interrotti. Complessivamente inteso, tale sistema “fidelizzante” avrebbe costituito violazione dell'art. 3 L. 10 ottobre 1990, n. 287, in quanto *“induce il dealer a dare priorità alla distribuzione di abbonamenti TIM rispetto a quelli di altri gestori, e produce pertanto un effetto economico comparabile ai cosiddetti premi per risultati raggiunti imposti dall'impresa in posizione dominante”*<sup>18</sup>. A ciò si aggiunga, rileva l'Autorità, che *“il sistema di distribuzione esclusiva adottato da TIM non è giustificato dalla necessità di tutelare gli investimenti realizzati mediante il trasferimento di know – how ai distributori... Omissis... Non risulta che TIM eserciti alcuna specifica attività di formazione del distributore attraverso l'addestramento del personale di quest'ultimo per l'assistenza alla vendita o per la gestione del punto vendita, o che la stessa provveda al trasferimento del know – how specifico. Più in generale, non è emerso, nel corso del procedimento, che TIM abbia sostenuto rilevanti investimenti*

---

<sup>18</sup> Così AGCM, 2 maggio 1996, n. 3864, in *Boll. AGCM*, 1996, 18.

*specifici nella propria catena di dealer, tali da giustificare il vincolo di esclusiva al fine di evitare che altri possano avvantaggiarsi di tali investimenti*<sup>19</sup>. In tale contesto, pertanto, il contegno di TIM, oltre a non risultare sorretto da alcuna motivazione economica obiettiva, risultava vincolante per i principali rivenditori di terminali radiomobili, impedendo, in tal modo, ad operatori concorrenti attuali o potenziali di offrire servizi radiomobili attraverso quegli esercizi commerciali che, in ragione della stretta connessione esistente tra vendita del terminale e vendita del relativo abbonamento, oltre a limitare fortemente la libertà imprenditoriale dei rivenditori interessati, *“rappresenta un ostacolo all’accesso al mercato della commercializzazione del servizio radiomobile GSM e delle sue future evoluzioni tecnologiche”*<sup>20</sup>.

## VI. Conclusioni

### 1.

Gli orientamenti censiti *supra*, oltre a risultare conformi a quanto in più occasioni statuito anche dalla Corte Comunitaria<sup>21</sup>, suscita talune riflessioni conclusive

---

<sup>19</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>20</sup> Cfr. nota precedente.

<sup>21</sup> Per C. Giust., 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Suiker – Unie, Hofmann – La Roche, Michelin*, infatti, ed a titolo esemplificativo, *“costituiscono abuso di posizione dominante, in quanto ostacolano la concorrenza esistente o lo sviluppo di nuova concorrenza, le pratiche miranti ad ostacolare l’accesso dei concorrenti ai clienti, vincolando questi ultimi al fornitore in posizione dominante”*. Per C. Giust., 9 novembre 1983, *Michelin*, inoltre, *“un’impresa che vincoli a sé i rivenditori o utilizzi un sistema di premi dipendente dal raggiungimento di obiettivi di vendita con riferimento ad un periodo relativamente lungo abusa della propria posizione dominante, in quanto impedisce ai rivenditori di scegliere, in qualsiasi momento, la più favorevole tra le offerte provenienti dai vari concorrenti e di cambiare fornitore senza subire un rilevante svantaggio economico. Essa limita, quindi, la possibilità, per i rivenditori, di scegliere la fonte di approvvigionamento e chiude l’accesso del mercato ai concorrenti”*.



sulla idoneità del *franchising*, e, in genere, dei contratti di distribuzione ‘verticale’, a generare effetti distorsivi della concorrenza.

## 2.

I sistemi di distribuzione (soprattutto ove esclusiva), e le relative, eventuali clausole di fidelizzazione, infatti, così come anche l’eventuale collegamento tra contratti (analoghi, ma) con oggetti diversi, sono, *de facto*, in grado di ostacolare grandemente l’accesso al mercato da parte dei concorrenti, attuali e potenziali. A maggior ragione, poi, nella ipotesi, come quella da ultimo considerata, di liberalizzazione di un mercato precedentemente monopolistico, posto che *“l’innalzamento di rilevanti barriere alla distribuzione del servizio in concomitanza con l’entrata sul mercato di un nuovo operatore, è idoneo ad incidere in modo determinante e definitivo sul futuro assetto e sviluppo della concorrenza. La restrizione della concorrenza determinata dal sistema di distribuzione esclusiva di TIM assume una rilevanza che va oltre l’attuale contesto competitivo ed è destinata a produrre effetti distorsivi a danno di tutti i nuovi operatori interessati ad entrare nel settore dei servizi radiomobili. Le conseguenze del comportamento contestato hanno dunque una potenzialità restrittiva che si svilupperebbe in maniera espansiva direttamente proporzionale alla diffusione dei servizi radiomobili”*<sup>22</sup>.

## 3.

Ne consegue, pertanto, la estrema delicatezza della tematica dei contratti di distribuzione c.d. verticali, in quanto possibile oggetto o strumento di pratiche concorrenzialmente ‘abusive’. Problema, quest’ultimo, risolto soltanto in parte dai poteri attribuiti dal Regolamento 2790/99 citato alla Commissione, la quale potrebbe anche revocare le eventuali esenzioni concesse

---

<sup>22</sup> AGCM, *TIM/OPI*, *cit.* in precedenza nel testo.

in precedenza, ove l'accordo verticale producesse, in concreto, effetti incompatibili con il Trattato, o quando *“l'accesso al mercato rilevante o la concorrenza sul medesimo subiscano restrizioni significative a causa dell'effetto cumulato di reti parallele di restrizioni verticali simili poste in essere da fornitori o acquirenti concorrenti”*<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Art. 6 Regolamento 2790/99/CE.