

***ACCORDI DI DISTRIBUZIONE, VENDITE ONLINE E NORME SULLA
CONCORRENZA ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA
DELL'UNIONE EUROPEA: LIMITI E RISCHI PER LE IMPRESE***

Michele Mario Nascimbene

19 giugno 2019, Bologna

NASCIMBENE & PARTNERS

L'ANTITRUST: COME IMPATTA LA MIA AZIENDA

AREE DEL DIRITTO ANTITRUST

- Condotte contrarie al diritto della concorrenza
 - Intese
 - Abusi di posizione dominante
- Concentrazioni
- Aiuti di Stato

INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

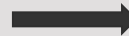
- Il diritto antitrust comunitario ed italiano prevede che un'intesa (o una pratica concordata) sia **restrittiva della concorrenza** quando ha per **oggetto** o per **effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza**
- A livello comunitario è richiesto anche **il pregiudizio al commercio tra gli Stati Membri**
- Le intese restrittive della concorrenza sono proibite e, quindi, nulle ai sensi dell'**articolo 101 TFUE** e, in Italia, ai sensi dell'**articolo 2 della Legge 287/90**
- La **forma** degli accordi restrittivi della concorrenza – scritta o orale, firmati o meno, etc. – è **irrilevante. Conta solo la sostanza**
- Esistono due principali categorie di intese:
 - **Accordi orizzontali**
 - **Accordi verticali**

ACCORDI VERTICALI

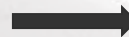
- Definizione: accordi restrittivi della concorrenza tra imprese attivi **a livelli diversi della catena di distribuzione** (tra produttori e distributori)
- Gli accordi verticali possono avere effetti pro-competitivi. Per tale ragione, sono valutati meno severamente degli accordi orizzontali (a meno che non impongano il prezzo che il distributore deve praticare o proibiscano le esportazioni)
- Gli esempi più comuni di accordi verticali sono:
 - Gli accordi di distribuzione (esclusiva, non-esclusiva, on-line, etc.)
 - Gli accordi di acquisto esclusivo
 - Gli accordi di *franchising*

ORGANISMI DI CONTROLLO CON POTERI DI INDAGINE E SANZIONATORI

Se la condotta ha rilevanza comunitaria



Se la condotta ha rilevanza nazionale



+

Autorità Antitrust di ciascuno
Stato Membro dell'UE

SANZIONI

- La Commissione Europea e le Autorità Nazionali possono imporre sanzioni in conseguenza della condotta anticoncorrenziale
- Le sanzioni possono arrivare fino al 10% del fatturato del gruppo a cui l'impresa appartiene!
- All'ammenda si aggiungono inoltre:
 - **Spese legali** per il/i procedimento/i
 - **Risarcimento dei danni** ai concorrenti e consumatori che abbiano subito un pregiudizio (d.lgs. 3/2017)

LET'S GET DOWN TO BUSINESS: INTESE VERTICALI

TIPOLOGIE DI ACCORDI VERTICALI

- **Integrazione verticale** = quando il produttore si occupa in proprio anche della distribuzione (es. Apple, IKEA)
- **Agenzia** = quando il produttore/fornitore impiega agenti commerciali, con la funzione di procacciare affari e concludere contratti a suo nome
- **Distributori indipendenti** = quando il produttore fornisce i propri prodotti a un distributore indipendente, il quale poi li rivende ad altri soggetti che potrebbero essere consumatori finali o meno

DISTRIBUZIONE VS. AGENZIA

■ Distributori/rivenditori:

- Operano in modo indipendente rispetto ai loro fornitori
- Sostengono i rischi commerciali/finanziari legati allo svolgimento dell'attività di distribuzione (ad esempio: investimenti in spese di promozione; costi e rischi relativi alle merci in deposito; servizi assistenza/manutenzione; etc.)
 - ➡ Il diritto posto a tutela della concorrenza **trova** applicazione

■ Agenti:

- Non sopportano alcun rischio commerciale/finanziario
 - ➡ Il diritto posto a tutela della concorrenza **non trova** applicazione, in linea di principio, a patto che si tratti di un contratto di agenzia “proprio”

ACCORDI DI DISTRIBUZIONE E PRESUNZIONE DI LEGALITÀ

Perché un'impresa possa determinare la legittimità della propria politica di distribuzione deve in primo luogo verificare due aspetti:

1. La **quota di mercato detenuta** (sia dal produttore che dal distributore)
2. L'**assenza di alcune clausole assolutamente vietate** (c.d. restrizioni fondamentali)

PRESUNZIONE DI LEGALITÀ: ESENZIONE PER CATEGORIA (REG. 330/2010)

SE

entrambe le parti dell'accordo detengono una quota di mercato inferiore al **30%**

E

l'accordo non contiene determinate **restrizioni** della concorrenza
(c.d. restrizioni fondamentali o *hard core*)

ALLORA

l'accordo è **esentato**



Non sussiste al contrario la presunzione di illiceità dell'accordo, quando le quote di mercato detenute dalle parti eccedano il 30% (ma bisogna procedere ad un'analisi caso per caso)

ESENZIONE PER CATEGORIA: LE QUATTRO RESTRIZIONI FONDAMENTALI CHE L'ACCORDO NON DEVE CONTENERE

RESTRIZIONI FONDAMENTALI VIETATE



Fissazione dei prezzi di rivendita



Restrizioni relative al territorio o ai clienti a cui il distributore può rivendere



Alcune restrizioni imposte ai membri di un sistema di distribuzione selettiva:

a. Restrizioni della vendita agli utenti finali

b. Divieto di vendite incrociate fra distributori ufficiali



Divieto di vendita di componenti nell'*aftermarket* imposto al produttore dei componenti stessi

ESENZIONE PER CATEGORIA: LE QUATTRO RESTRIZIONI FONDAMENTALI CHE L'ACCORDO NON DEVE CONTENERE



Le restrizioni fondamentali:

- sono **proibite indipendentemente dalle quote di mercato** delle parti dell'accordo
- sottraggono l'intero accordo all'esenzione per categoria che potrebbe quindi essere nullo e privo di efficacia

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 1

IMPOSIZIONE DEL PREZZO DI RIVENDITA

- ✗ Restrizione **non ammessa**: imposizione di un prezzo fisso o minimo
- ✓ Restrizione **ammessa**: prezzo massimo di vendita o prezzo raccomandato (salvo non si risolva in una fissazione del prezzo fisso o minimo, attraverso pressioni o incentivi ad uno dei contraenti dell'accordo verticale)

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 1

IMPOSIZIONE DEL PREZZO DI RIVENDITA



Fate **attenzione** a:

- ✗ clausole che fissano il margine per il distributore
- ✗ clausole che fissano gli sconti massimi applicabili da parte del distributore
- ✗ meccanismi di monitoraggio dei prezzi di rivendita e obblighi di segnalazione dei distributori che si discostano dal prezzo “standard”
- ✗ pressioni, avvertimenti, ritorsioni nei confronti dei distributori che non “mantengono la stabilità del mercato” o simili

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 1

IMPOSIZIONE DEL PREZZO DI RIVENDITA

Qualche esempio di vita reale:

Lettera di lamentela di inviata ad un distributore

“Stante il perdurare dei prezzi praticati dalla Vostra filiale che non potete o non volete far sistemare, non possiamo più credere alle Vs. assicurazioni di adeguamento prezzi fatteci a seguito del ns. fax di luglio dalla Vs. filiale. Ci spiace comunicarVi che da questo momento sospenderemo tutti i pagamenti, tutti i ritiri e tutte le ordinazioni che abbiamo in essere con Voi”

E-mail inviata dal fornitore al rivenditore

“Faccio seguito ai colloqui telefonici intercorsi, nonché all’e-mail in data inviatami in merito ai prezzi da pubblicare sul Vostro volantino di fine agosto, per comunicarLe che accettiamo che pubblichiate i nostri prodotti ai prezzi sotto indicati: Mod. Euro; Mod. Euro; Mod. Euro

Onde evitare turbative di mercato, Vi invitiamo a non discostarvi da tali prezzi.

In attesa di riscontro, vogliate gradire i migliori saluti”

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 1

IMPOSIZIONE DEL PREZZO DI RIVENDITA

Caso Enervit (2014)



A seguito di una segnalazione di un farmacista, l'Autorità della Concorrenza e del Mercato ha aperto una indagine nei confronti di Enervit

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 1

IMPOSIZIONE DEL PREZZO DI RIVENDITA

Condotte contestate ad Enervit:

- invito rivolto dal Direttore Vendite Dettaglio ai rivenditori on-line a “prendere attenta e obiettiva visione del listino ufficiale Enervit” e a “mantenere gli sconti al pubblico entro un limite massimo del 20%”
- clausola inserita nel contratto di distribuzione in virtù della quale veniva conferito uno sconto extra del 10% come premio per il rispetto dei prezzi minimi di vendita suggeriti, sia offline che online

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 2

RESTRIZIONI TERRITORIALI E DELLA CLIENTELA

- ✓ Il fornitore può imporre ai propri distributori esclusivi di effettuare vendite attive nei territori in esclusiva ad altri distributori
- ✗ È vietato imporre ai propri distributori esclusivi di non effettuare vendite passive nei territori in esclusiva ad altri distributori

Vendite attive = vendite attivamente sollecitate dall'impresa (ad esempio: invio di messaggi di posta elettronica, visite ai clienti, etc.)

Vendite passive = risposta ad ordini non sollecitati di clienti

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 2

RESTRIZIONI TERRITORIALI E DELLA CLIENTELA

- ✗ È **vietato**, salvo specifiche eccezioni, imporre restrizioni in merito al territorio o ai clienti ai quali il distributore può vendere i prodotti

- ✓ Sono ammesse, quali specifiche eccezioni, le seguenti restrizioni:
 - ✓ alle vendite attive in sistemi di distribuzione esclusiva
 - ✓ alle vendite ai soggetti estranei al sistema di distribuzione selettiva nel territorio riservato dal fornitore a tale sistema
 - ✓ alle vendite attive e passive dei grossisti agli utenti finali
 - ✓ da parte del fornitore alla facoltà del distributore di vendere i componenti forniti a fini di incorporazione a clienti che utilizzerebbero per prodotti in concorrenza con il fornitore

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 2

RESTRIZIONI TERRITORIALI E DELLA CLIENTELA

Caso Nintendo (2002)

- Nintendo, tramite sette distributori ufficiali nei paesi Europei, aveva adottato un sistema volto ad impedire, tramite un attento **monitoraggio**, che i distributori effettuassero **esportazioni parallele** in altri paesi europei
- Nintendo e ciascun distributore sono stati **sanzionati** dalla Commissione Europea per un totale di **Euro 168 milioni**



RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 2

RESTRIZIONI TERRITORIALI E DELLA CLIENTELA

- Nel **Caso Enervit**, l'Autorità Garante ha imposto di modificare una clausola che imponeva ai rivenditori di Enervit di effettuare qualsiasi vendita, senza specificare fra vendite attive e passive, al di fuori del territorio di esclusiva
- Esempio di clausola di limitazione “indiretta” delle vendite passive:

“The DISTRIBUTOR shall refer to MANUFACTURER any inquiries from prospective customers outside the DISTRIBUTOR’s DESIGNATED SALES AREA and to provide MANUFACTURER with all information which may come into its possession to assist MANUFACTURER to effect sales or other dealings in the DESIGNATED PRODUCTS either inside or outside of the DISTRIBUTOR’s DESIGNATED SALES AREA”

RESTRIZIONE FONDAMENTALE N. 3

DISTRIBUZIONE SELETTIVA

- **Distribuzione selettiva:** accordo con cui il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi, direttamente o indirettamente, solo a rivenditori selezionati sulla base di criteri specifici ed i rivenditori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati

- Due tipologie di restrizioni **non ammesse:**

- ✗ restrizioni delle vendite sia attive che passive ai clienti finali
- ✗ restrizioni delle forniture incrociate tra i membri del sistema commerciale di distribuzione selettiva



Nella distribuzione selettiva i rivenditori devono essere lasciati liberi di effettuare vendite sia attive che passive ai clienti finali

- **Franchising:** gli accordi di franchising sono una combinazione di diverse restrizioni verticali di distribuzione selettiva e/o obblighi di non concorrenza e/o distribuzione esclusiva

LE VENDITE ONLINE

VENDITE ONLINE

- Negli ultimi anni, con l'espansione dell'e-commerce, è stata molto dibattuta dalle corti e delle autorità della concorrenza europee e nazionali, la possibilità di porre limitazione alle vendite online da parte dei propri distributori
- La problematica è molto sentita soprattutto per i prodotti di marca e di prestigio
- *“Internet rappresenta uno strumento straordinario per raggiungere clienti più numerosi e diversificati rispetto a quanto avverrebbe utilizzando solo metodi di vendita più tradizionali [...]. In linea di principio, a qualsiasi distributore deve essere consentito di utilizzare Internet per vendere prodotti.”* (Orientamenti sulle restrizioni verticali, para. 52)

VENDITE ONLINE E DISTRIBUZIONE SELETTIVA

- La selezione dei distributori può avvenire sulla base di criteri puramente qualitativi (ad esempio layout del negozio, formazione del personale, etc.), criteri quantitativi (numero massimo di rivenditori per zona), o misti
- I criteri qualitativi di selezione sono considerati legittimi (*Metro I*, 1977):
 - (i) *se la natura del prodotto giustifica tale scelta al fine di conservarne la qualità e l'uso corretto*
 - (ii) *se sono stabiliti indistintamente per tutti i potenziali rivenditori*
 - (iii) *se non vanno oltre il necessario*
- ✓ Nella distribuzione selettiva, si possono vietare ai rivenditori le vendite (attive o passive) ai rivenditori non autorizzati
- ✗ Non si possono vietare le vendite (attive o passive) ai rivenditori autorizzati e/o agli utilizzatori finali

È AMMISSIBILE UN DIVIETO ASSOLUTO DI VENDERE ONLINE?

Nei sistemi di distribuzione selettiva:

- ✓ possono essere previsti criteri per le vendite online che siano ritenuti nel complesso equivalenti a quelli imposti presso il punto di vendita fisico (ad es., utilizzo di foto ad alta risoluzione, utilizzo del catalogo e dei loghi con certe modalità)
- ✗ non è ammissibile un divieto *tout court* di effettuare vendite online solo al fine di preservare l'immagine del prodotto. È altamente difficile che un così ampio divieto venga ritenuto proporzionato e necessario

Nei sistemi di distribuzione esclusiva, le vendite online - essendo qualificabili come vendite passive - non possono essere vietate

PIERRE FABRE (CORTE DI GIUSTIZIA, 2011)



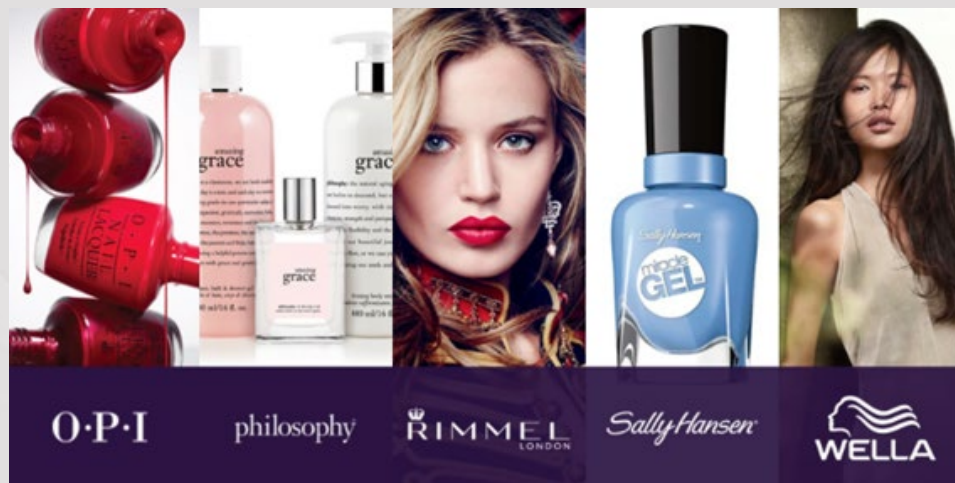
Restrizione applicata dal produttore ai rivenditori in virtù della quale la vendita dei prodotti poteva essere effettuata esclusivamente in uno spazio fisico, con la presenza obbligatoria di un laureato in farmacia

PIERRE FABRE (CORTE DI GIUSTIZIA, 2011)

Secondo Pierre Fabre i prodotti in questione richiedevano la presenza fisica di un laureato in farmacia, affinché il cliente potesse ottenere il parere personalizzato di uno specialista basato sull'osservazione diretta della sua pelle, dei suoi capelli o del suo cuoio capelluto

La Corte ha ritenuto che una tale restrizione “*nell’ambito di un sistema di distribuzione selettiva [...] costituisce una restrizione per oggetto se, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore e dell’obiettivo della clausola contrattuale in parola nonché del contesto giuridico ed economico in cui si colloca, risulta che, alla luce delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, tale clausola non è oggettivamente giustificata.*”

COTY (CORTE DI GIUSTIZIA, 2017)



“Il depositario è autorizzato a proporre e a vendere i prodotti tramite Internet, ma a condizione che tale attività di vendita online sia realizzata tramite una “vetrina elettronica” del negozio autorizzato e che venga in tal modo preservata la connotazione lussuosa dei prodotti”

La Corte ha ritenuto **ammissibile il divieto** imposto ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso di servirsi in maniera riconoscibile di imprese terze come le **piattaforme online** (ad esempio: Amazon) per le vendite online

VENDITE ONLINE DOPO COTY



È possibile vietare, in un sistema di distribuzione selettiva le vendite online per prodotti non di lusso, ma che in ogni caso siano di “prestigio” o “di alta qualità” o “ad alta tecnologia”?



non è ammissibile un divieto *tout court* di effettuare vendite online

- mazze da golf (*Ping*, UK Competition and Markets Authority, 2017)
- abbigliamento di marca (*Guess*, Commissione Europea, 2018)



può essere ammissibile un divieto di vendite tramite piattaforme online (ad esempio: Amazon, Ebay)

- prodotti alimentari e fitness drinks naturali (*Aloe2Go*, Corte Regionale di Amburgo, 2018)
- prodotti di bellezza (*Caudalie*, Corte d'Appello di Parigi, 2018)

VENDITE ONLINE DOPO COTY

“Il Compratore s’impegna a vendere i prodotti acquistati dal Produttore esclusivamente al dettaglio ed esclusivamente nel punto vendita indicato nella presente proposta d’ordine e comunque a non esporli e/o venderli in altri negozi e/o in altri punti vendita al pubblico e/o in altri luoghi di esposizione al pubblico, senza previa autorizzazione scritta del Produttore. Il Compratore non potrà in nessun caso vendere i prodotti acquistati dal Produttore ad altro negoziante, rivenditore e/o stocchista, ovvero tramite Internet o altro sistema informatico e/o elettronico, ovvero tramite altri sistema di vendita a distanza, nemmeno ove si tratti di merci in giacenza o in rimanenza, senza aver all’uopo ricevuto previo consenso scritto del Produttore. Nel caso in cui il Compratore violi una qualunque delle disposizioni contenute nel presente art. 8, il Produttore avrà il diritto di sospendere tutte le consegne in corso e di ottenere il pagamento di una penale da parte del Compratore pari al 50% dell’importo dell’ordine, nonché, in ogni caso, il diritto di risolvere il contratto e gli altri ordini eventualmente formulati dal Compratore per fatto e colpa del Compratore stesso ai termini di cui al successivo art. 19 ed ottenere conseguentemente il pagamento della penale ivi contemplata, ferma restando in ogni caso la risarcibilità del danno ulteriore.”
(Articolo 8, Condizioni Generali di Vendita di Guess)

ALTRE TIPOLOGIE DI RESTRIZIONI PROBLEMATICHE NELLE VENDITE ONLINE

- ✗ Clausole che restringono **la possibilità per il rivenditore di fare pubblicità online** per il proprio sito di e-commerce, ad esempio impedendo al rivenditore di utilizzare il brand del fornitore per aumentare la propria visibilità tramite Google AdWords (*Guess*, Commissione Europea, 2018) o di utilizzare siti di comparazione dei prezzi (*Asics*, Bundeskartellamt tedesco, 2014)

NB: sanzione per Guess di Euro 40 milioni

- ✗ L'utilizzo di **software volto a monitorare i prezzi online** applicati dai propri rivenditori, con conseguenti ritorsioni in caso di vendita al di sotto di prezzi “consigliati” (*Asus*, Commissione Europea, 2018)

NB: sanzione per Asus di Euro 64 milioni

GEOBLOCKING – REGOLAMENTO (UE) 2018/302



Il Regolamento sul Geoblocking vieta (anche) le condotte unilaterali

1) Accesso alle interfacce online



Divieto di bloccare o limitare l'accesso al sito/app o applicare il re-routing per motivi legati alla nazionalità al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente

Ad es.: l'utente deve poter accedere indifferentemente al sito .it o .de

2) Accesso a beni e servizi



Divieto di discriminare nell'accesso ai beni e ai servizi offerti per motivi legati alla nazionalità al luogo di residenza o al luogo di stabilimento del cliente

Ad es.: l'utente deve poter acquistare servizi online (ad esempio: storage in cloud) a prescindere dalla propria residenza

GEOBLOCKING – REGOLAMENTO (UE) 2018/302

3) Non discriminazione negli strumenti e condizioni di pagamento



Divieto di applicazione condizioni diverse per motivi connessi alla nazionalità, residenza o luogo di stabilimento del cliente, all'ubicazione del conto di pagamento, etc.

N.B.: Il Regolamento 2018/302 non si applica ad alcuni settori, fra cui quello della fornitura di servizi audiovisivi online (servizi musicali in streaming, libri elettronici, software e giochi online, etc.)

Grazie

Michele Mario Nascimbene
michele@nascimbene.com

VIA VINCENZO BELLINI 10
20122 MILAN, ITALY

www.nascimbene.com

TEL. +39 02 774 2300
FAX +39 02 774 2399