

## E-COMMERCE E RETI DI DISTRIBUZIONE SELETTIVA: RECENTI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE UE

La Commissione UE il 6 maggio 2017 ha concluso un'indagine di circa due anni sul settore del commercio elettronico, diffondendo una relazione finale il cui contenuto sarà esaminato nel presente articolo.

### L'INDAGINE SUL SETTORE COMMERCIO ELETTRONICO

La Commissione UE ha avviato un'indagine sul settore del commercio elettronico il 6 maggio del 2015 e l'ha conclusa il 10 maggio 2017 con una Relazione Finale ("Final Report on E-commerce Sector Inquiry"), che d'ora in poi definiremo anche la "Relazione" o il "Report". L'inchiesta prende le mosse dal documento "Digital Single Market Strategy" dell'Unione Europea il cui scopo essenziale è, secondo la Commissione, di "... adeguare il mercato unico dell'UE all'era digitale, abbattendo le barriere normative e passando dagli attuali 28 mercati nazionali a un mercato unico. Questo potrebbe apportare 415 miliardi di euro all'anno alla nostra economia e creare centinaia di migliaia di nuovi posti di lavoro"<sup>2</sup>.



### MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC.

Infatti, l'e-commerce si è diffuso in modo crescente in tutta la UE, passando ad interessare da una percentuale del 30% dei consumatori nel 2007 ad una percentuale del 55% nel 2016<sup>3</sup>. L'indagine ha focalizzato la propria attenzione sui prodotti che sono più venduti on line e quindi elettronica di consumo, elettrodomestici, videogiochi e software, media (libri, CD, DVD e dischi blu-ray), abbigliamento e calzature, cosmetici e prodotti per la salute, attrezzature sportive e per il tempo libero, articoli per la casa e giardinaggio.

### LE PRINCIPALI CRITICITÀ RILEVATE (1): RETI DI DISTRIBUZIONE SELETTIVA E OBBLIGO DI AVERE ALMENO UN PUNTO DI VENDITA NON VIRTUALE

La prima conclusione rilevante del "Report" si riferisce alle reti di distribuzione selettiva. Infatti, come rileva la Commissione, a fronte di fenomeni nuovi quali una crescente trasparenza dei prezzi e una maggiore competizione sul prezzo generata dallo sviluppo delle vendite on line, i produttori utilizzano sempre più la distribuzione selettiva per realizzare un maggiore controllo della propria rete di vendita e dei prezzi raccomandati. A questo punto, per maggiore comprensione del lettore, è il caso di spendere qualche parola su tale tipo di distribuzione. La possibilità per gli operatori europei di costituire reti di distribuzione selettiva, che godono di esenzioni rispetto alle ordinarie, strette maglie delle regole dell'antitrust europeo, è stabilita attualmente dal Regolamento UE 330/2010, in vigore dall'1 giugno 2010 al 31 maggio 2022 (il "Regolamento"). Come tutti i Regolamenti, esso si rivolge direttamente ai cittadini ed alle persone fisiche e giuridiche residenti nei vari Stati Membri dell'Unione Europea, vincolando anche i governi nazionali e tutte quante le autorità facenti capo ad ogni Stato Membro, ivi compresi quindi i giudici nazionali che sono tenuti ad interpretare ed applicare le leggi nazionali in conformità ai Regolamenti. Il Regolamento riguarda, con alcune eccezioni, i soli accordi verticali tra imprese non concorrenti (quindi, ad esempio, gli accordi tra Hewlett-Packard ed i suoi distributori e non accordi "orizzontali" tra Hewlett-Packard ed Acer, Apple e/o altri concorrenti). Tali accordi fruiscono dell'esenzione prevista dal Regolamento, malgrado alcuni contenuti che sarebbero normalmente vietati, se:

- non contengono restrizioni fondamentali della concorrenza (di cui si dirà oltre)
  - il venditore detiene una quota inferiore al 30% del mercato rilevante su cui vende il bene o il servizio oggetto del contratto e
  - l'acquirente detiene una quota inferiore al 30% del mercato rilevante su cui acquista il bene o il servizio oggetto del contratto.
- L'adozione di una rete di distribuzione selettiva permette di derogare, a

certe condizioni, ai divieti di esclusiva ed a diverse altre restrizioni altrimenti previste dal diritto della concorrenza europeo, come segue: Esempi di clausole normalmente vietate ma esentate alla luce del Regolamento: Obbligo del fornitore di vendere i prodotti contrattuali ai soli rivenditori selezionati. Obbligo del rivenditore di acquistare i prodotti contrattuali solo dal fornitore. Divieto ai rivenditori di vendere ad altri rivenditori che NON facciano parte della rete distributiva selettiva nazionale o, se esistente, europea.

Divieto ai rivenditori di cercare attivamente clienti al di fuori della zona assegnata. Esempi di clausole comunque vietate anche alla luce del Regolamento: Divieto di vendere a utilizzatori finali (salvo il caso di grossisti). Divieto di soddisfare ordini non sollecitati provenienti da acquirenti allocati fuori della zona di competenza. Mancata fornitura di garanzia convenzionale, se prevista, ai clienti non raggiunti dalla rete di distribuzione selettiva<sup>4</sup>.

E' importante sottolineare che non si può vietare ad un distributore selettivo di:

- vendere ai consumatori finali;
- vendere ed acquistare i prodotti contrattuali da altri rivenditori autorizzati, anche quando la loro zona contrattuale è allocata in altri paesi UE a cui in ipotesi si estende nel suo complesso la rete di distribuzione selettiva;
- soddisfare ordini non sollecitati provenienti da clienti allocati in altre zone, al di fuori della sua zona contrattuale.

Orbene, il Report conclude anzitutto che al momento non è il caso di mettere mano al vigente Regolamento, ma viene evidenziata una specifica criticità nella richiesta ai rivenditori che fanno parte di una rete di distribuzione selettiva di possedere almeno un punto vendita fisico; infatti, secondo la Commissione,

ove tale richiesta non fosse mirata a garantire la qualità della distribuzione e/o l'immagine del marchio, essa potrebbe essere vietata in quanto non giustificata dal regolamento di esenzione. Possiamo pertanto ragionevolmente aspettarci una particolare attenzione in punto della autorità di sorveglianza antitrust UE e nazionali<sup>5</sup>, che valuteranno di volta in volta, a seconda della situazione, la fondatezza o meno di tale requisito alla stregua delle circostanze sopra indicate.

### LE PRINCIPALI CRITICITÀ RILEVATE (2): PRINCIPALI RESTRIZIONI "VERTICALI" CONTENUTE NEI CONTRATTI TRA FORNITORE E RIVENDITORE

La tabella (1) riporta le principali restrizioni verticali previste dai contratti ed emerse a seguito dell'indagine settoriale; nella stessa le restrizioni vengono riportate in ordine decrescente per percentuale di ricorrenza, indipendentemente dalla circostanza di essere lecite o meno, cosa che esamineremo di seguito.

Le percentuali si riferiscono alle risposte ricevute ai questionari all'uopo diffusi dalla Commissione tra gli operatori. Come si può vedere, le principali restrizioni si riferiscono ai prezzi (42%) e a alla vendita tramite marketplace (18%); esse sono seguite a una certa distanza dalle altre: vendite transfrontaliere 11%, vendite tramite web 11%, uso di strumenti per confrontare i prezzi (9%), restrizioni nella pubblicità (8%), varie (4%). Tabella 1

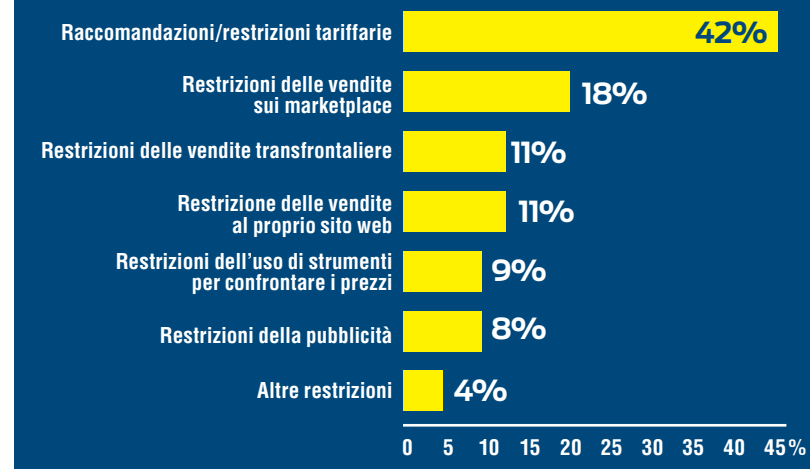
### RACCOMANDAZIONI/RESTRIZIONI TARIFFARIE: (I) SOFTWARE DI MONITORAGGIO DEI PREZZI; (II) DUAL PRICING

Venendo ad esaminare la prima criticità emersa dal Report, è opportuno fornire preliminarmente qualche informazione al lettore. La legge antitrust italiana (L. 287/1990, art. 2) così come la legislazione UE (TFEU, art. 101) fa divieto di, tra l'altro, di qualsiasi accordo o intesa che abbia come scopo o anche solo di fatto, come risultato, quello di "fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione".

Non è invece vietato al fornitore, neppure nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva<sup>6</sup>, consigliare ai propri clienti i prezzi di vendita al pubblico, purché naturalmente i rivenditori siano liberi di adeguarvisi o meno. La questione che si pone nell'applicazione pratica di tale regola è proprio questa: la distinzione tra quando ci si trovi di fronte ad un prezzo realmente suggerito al pubblico (frutto quindi di una decisione unilaterale del fornitore di adeguarvisi o meno, lecita) e quando invece ad un prezzo imposto (che si traduce pertanto in un accordo verticale tra fornitore e rivenditore, vietato).

Per fare qualche esempio: il fornitore che minacci di interrompere le relazioni commerciali con i rivenditori che non applichino i prezzi da lui "suggeriti" (ottenendone pertanto il rispetto) oppure attribuisca sconti, bonus, co-ad, prezzi particolarmente vantaggiosi o altre utilità ai rivenditori che ottemperino ai prezzi suggeriti e non ai rivenditori che invece non li rispettano, viola tale disposizione legislativa in quanto realizza una forma di accordo con cui impone al rivenditore (o "mantiene" come si usa dire) i prezzi al pubblico.

- Orbene, la prima peculiare criticità individuata nella Relazione si riferisce alla frequente utilizzazione, sia da parte di produttori che di dettaglianti, di programmi informatici di monitoraggio dei prezzi sul web: l'utilizzazione di tali mezzi, secondo la Commissione, potrebbe



da una parte consentire ai produttori di sorvegliare i rivenditori che si discostano dai prezzi raccomandati onde adottare misure di ritorsione e, dall'altra, favorire fenomeni collusivi tra i rivenditori stessi in materia di prezzi. In conclusione, l'utilizzo di tali software non è ritenuto di per sé vietato, ma potrebbe di fatto attirare l'attenzione delle autorità di vigilanza e richiedere particolari evidenze da parte degli operatori interessati, onde dimostrare che con l'utilizzazione di tali mezzi si persegue una finalità lecita e, soprattutto, che in concreto non ci sono effetti pregiudizievoli sotto il punto di vista concorrenziale.

- La seconda specifica criticità evidenziata si riferisce alla cosiddetta "doppia tariffazione" (o "dual pricing"), ossia all'applicazione da parte del fornitore di due prezzi diversi al medesimo rivenditore "ibrido" (ossia al rivenditore che vende sia on line che off line): un prezzo per i prodotti destinati alle vendite on line ed un altro, differente, per i prodotti commercializzati in un punto di vendita fisico.

Tale pratica commerciale è vietata dal citato Regolamento di esenzione 330/2010, ma il divieto è fortemente contestato dai produttori nelle risposte contenute nei questionari diffusi dalla Commissione ai fini dell'indagine in esame: in particolare, i produttori sostengono che la doppia tariffazione sia uno strumento efficace per fare fronte al parassitismo<sup>7</sup> ed inoltre che la stessa possa contribuire a creare condizioni di parità tra vendite on line e off line in quanto è mirata ad appianare le differenze di costi e di investimenti tra i due canali. La Commissione sembra considerare tali argomenti almeno parzialmente fondati e conclude che, pur rimanendo la doppia tariffazione verso il medesimo rivenditore vietata<sup>8</sup>, la stessa potrà essere esentata su base individuale, a seconda delle circostanze, alla stregua di quanto previsto all'art. 101, paragrafo 3 del TFUE<sup>9</sup>.

CONTINUA SUL PROSSIMO NUMERO...

1 - Scaricabile al seguente indirizzo : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_it.pdf)

2 - Vedi: [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_it](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_it)

3 - Vedi: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce\\_statistics\\_for\\_individuals](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals)

4 - "...un sistema di garanzia in cui il fornitore di merci riserva la garanzia ai soli clienti del concessionario esclusivo pone quest'ultimo ed i suoi rivenditori in una posizione privilegiata rispetto agli importatori e distributori paralleli e, di conseguenza, deve ritenersi abbia l'oggetto o l'effetto di restringere la concorrenza..." (Corte di Giustizia E. 10.12.1985 Causa 31/85)

5 - Così si esprime il Report ai punti (26) e (27): "...negli accordi di distribuzione selettiva oltre la metà dei produttori richiede la gestione di un punto vendita non virtuale da parte dei dettaglianti per almeno una parte dei prodotti, escludendo quindi gli operatori presenti esclusivamente online dalla distribuzione dei prodotti in questione... La maggior parte delle condizioni relative ai punti vendita non virtuali intendono favorire la concorrenza attraverso la qualità della distribuzione. Al tempo stesso, alcune di queste condizioni mirano in sostanza a escludere dalla rete di distribuzione selettiva i distributori che operano esclusivamente online, senza rafforzare la concorrenza sulla base di parametri diversi dal prezzo, come la qualità della distribuzione e/o l'immagine del marchio".

6 - Per la verità il Regolamento di esenzione prevede espressamente la possibilità di fissare un prezzo di vendita massimo a cui i rivenditori devono adeguarsi, ma fa espresso divieto di stabilire qualsiasi prezzo di rivendita anche minimo.

7 - Per "parassitismo", come chiarito al punto (11) della Relazione, si intende il "free riding", descritto come segue: "...i consumatori possono infatti ricorrere ai servizi di vendita offerti dai punti vendita non virtuali per poi acquistare il prodotto in questione online; oppure, possono cercare e confrontare i prodotti online prima di acquistarli in punti vendita tradizionali. Sia per i produttori che per i dettaglianti è fondamentale combattere il parassitismo e, creando condizioni paritarie tra le vendite online e offline, continuare a incentivare i dettaglianti perché investano in servizi di qualità".

8 - Cfr il punto 52, lettera d) degli Orientamenti sulle restrizioni verticali, che peraltro consentono il pagamento di un importo fisso a titolo di supporto degli sforzi di vendita tramite il canale offline o quello online.

9 - Si riporta il paragrafo 3 dell'art. 101 TFUE: "3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi".