

E-commerce and selective distribution networks: recent EU Commission Guidelines

Maurizio Iorio, Attorney at Law

On 6 May 2017, the EU Commission concluded its two-year inquiry into the e-commerce sector by releasing its Final Report, whose content – **particularly relevant for understanding and anticipating the attitude of the Commission and national antitrust authorities towards competitive practices in the e-commerce industry** – will be covered in this article.

The e-commerce sector inquiry

On 6 May 2015, the EU Commission launched an e-commerce sector inquiry which was completed on 10 May 2017 with the publication of its *Final Report on the E-commerce Sector Inquiry*¹ (hereafter also “the Report”). The inquiry builds on the *Digital Single Market strategy document* of the European Union whose essential purpose is, according to the Commission, to “...make the EU’s single market fit for the digital age – tearing down regulatory walls and moving from 28 national markets to a single one. This could contribute €415 billion per year to our economy and create hundreds of thousands of new jobs”².

In fact, e-commerce has increasingly spread throughout the EU, where the percentage of e-shoppers among consumers has grown from 30% in 2007 to 55% in 2016³.

The inquiry focused its attention on the most sold online products, namely consumer electronics, home appliances, video games and software, media books, CDs, DVDs and blu-ray discs, clothing and footwear, cosmetics and health products, sports and leisure equipment, home and gardening articles.

The key critical aspects identified (1): selective distribution networks and obligation to have at least one brick and mortar shop

The first relevant conclusion of the e-commerce inquiry refers to selective distribution networks. In fact, as the Commission states, against new trends such as increased price transparency and price competition sparked by the evolution of online sales, manufacturers increasingly use selective distribution systems to better control their sales network and recommended prices. At this point, for the reader’s better understanding, it may be appropriate to spend few words on this type of distribution.

¹ Downloadable at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_it.pdf

² See: https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_it

³ See: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals

Pursuant to Commission Regulation (EU) 330/2010, in force from 1 June 2010 to 31 May 2022 (hereafter the “Regulation”), EU operators can establish selective distribution networks, which enjoy some exemptions as compared to the ordinary and tighter rules of EU competition law. Like all Regulations, it is directly addressed to citizens, individuals and legal persons resident in the different Member States of the EU, and has binding status on national governments and on all authorities of each Member State, thus including national courts which are required to interpret and apply national laws in compliance with current Regulations. The Regulation concerns, with a few exceptions, only the vertical agreements between non-competing undertakings (such as, for example, the agreements between Hewlett-Packard and its distributors and not the ‘horizontal’ agreements between Hewlett-Packard and Acer, Apple and/or other competitors). These agreements benefit from the exemption provided for by the Regulation, despite certain content that would normally be prohibited, if:

- they do not contain fundamental restrictions on competition (which will be examined later),
- the market share held by the seller does not exceed 30% of the relevant market on which he sells the contract goods or services and
- the market share held by the buyer does not exceed 30% of the relevant market on which he purchases the contract goods or services.

The implementation of a selective distribution system allows, under certain conditions, to derogate from the prohibition of exclusive rights and from a number of other restrictions otherwise provided for in EU competition law, as follows:

- Examples of clauses generally prohibited but exempted under the Regulation:
 - Obligation for the supplier to sell the contract products only to selected retailers.
 - Obligation for the retailer to purchase the contract goods only from the supplier.
 - Prohibition for the retailers to sell to other retailers NOT belonging to the national selective distribution network, or European (if any).
 - Prohibition for retailers to actively seek customers outside the contract territory.
- Examples of clauses that are still prohibited under the Regulation:
 - Prohibition to sell to end users (except in the case of wholesalers).
 - Prohibition to meet unsolicited orders from end-users outside the contract territory
 - Failure to provide the legal guarantee, if applicable, to customers not reached by the selective distribution network⁴.

⁴ “...a guarantee system under which a supplier of goods limits the guarantee to customers of his exclusive distributor places the latter and the retailers to whom he sells in a privileged position as against parallel importers and distributors and must therefore be regarded as having the object or the effect of restricting competition ...” (ECJ 10 Dec 1985, Case 31/85)

It is important to underline that a selective distributor cannot be prohibited from:

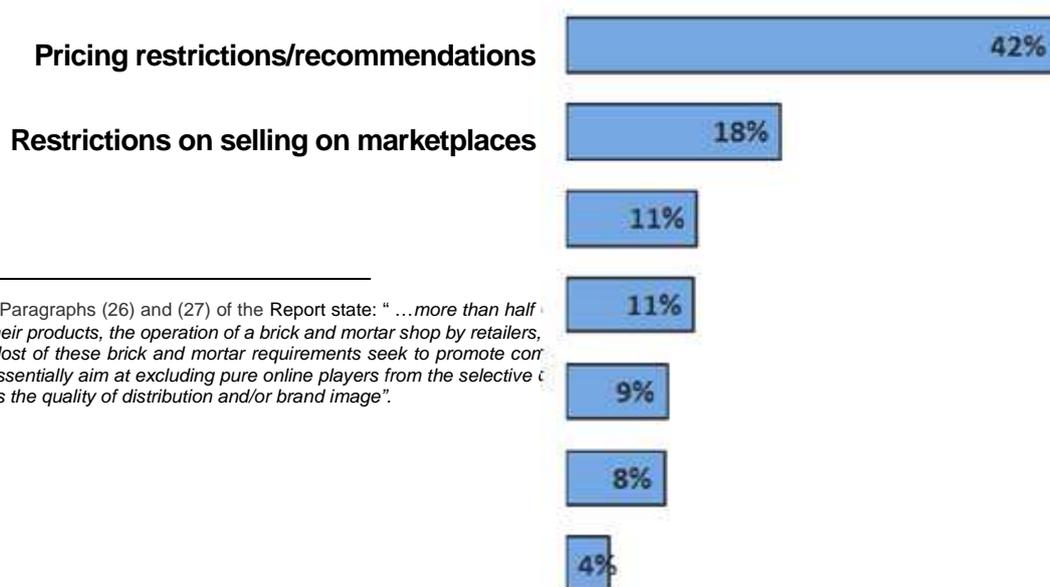
- selling to end-users,
- selling and buying contract products from other authorized retailers, even if their contractual area is located in other EU countries which may be covered by the selective distribution network as a whole,
- meeting unsolicited orders from customers located outside his contract territory.

The Report firstly highlights that it is not appropriate at present to review the current Regulation, but it raises a critical issue in relation to **the requirement for retailers part of a selective distribution network to operate at least one brick and mortar shop**; in fact, according to the Commission, where such requirement is not intended to ensure the quality of the distribution and/or brand image, it could be prohibited since not justified by the exemption Regulation. We can therefore reasonably expect a **particular attention on this point from EU and national antitrust authorities**⁵, who will evaluate on a case-by-case basis – depending on the situation, whether or not such requirement is justified consistently with the circumstances referred to above.

The key critical aspects identified (2): main ‘vertical’ restrictions contained in the agreements between supplier and retailer

Table 1 shows the main vertical restrictions set out in agreements and revealed by the sector inquiry, listed in descending order by percentage incidence, regardless of whether they are lawful or not, which will be assessed below.

The percentages refer to the answers received to the questionnaires sent by the Commission to sector operators. As can be seen, the main restrictions relate to pricing (42%) and to sales on marketplaces (18%), followed at some distance by others: cross-border sales 11%, online sales 11%, use of price comparison tools 9%, online advertising (8%), others (4%). **Table 1**



⁵ Paragraphs (26) and (27) of the Report state: "...more than half their products, the operation of a brick and mortar shop by retailers. Most of these brick and mortar requirements seek to promote competition essentially aim at excluding pure online players from the selective distribution network as the quality of distribution and/or brand image".

...at least part of their products. ... similar requirements than price, such

Restrictions on cross-border sales

Restrictions on online selling

Restrictions on the use of price comparison tools

Restrictions on online advertising

Other restrictions

Pricing restrictions/recommendations: (i) online price monitoring software; (ii) dual pricing

Before turning to examine the first critical issue highlighted by the Report, it is appropriate to provide some preliminary information to the reader. The Italian antitrust law (Law 287/1990, Article 2), as well as EU law (TFEU, Article 101), prohibits, inter alia, any agreements or concerted practices which aim to or have the de facto effect of “**directly or indirectly fixing purchase or selling prices or any other trading conditions**”.

By contrast, It is not prohibited for the supplier, not even within a selective distribution network⁶, suggesting to his customers the retail selling prices, provided of course that they are free to comply with it or not. The question arising in the practical application of this provision is precisely this: when is a price an actual suggested retail price (thus reflecting the supplier’s unilateral and legitimate decision which can be accepted or not) and when is it instead an imposed price (corresponding therefore to a prohibited vertical agreement between supplier and retailer)?

To give some example, the supplier who threatens to interrupt the commercial relations with retailers who do not apply his ‘suggested’ retail prices (thus obtaining compliance through constraint) or offers discounts, bonuses, co-marketing, advantageous prices or other benefits only to those retailers who comply with his suggested prices and not to those that do not apply them, violates this provision as it dictates a form of agreement with which he imposes to the retailer (or ‘maintains’) the retail prices.

- Now, the first critical issue identified in the Report refers to the frequent use by both manufacturers and retailers of **pricing software to monitor online retail prices**, which use,

⁶ The exemption Regulation explicitly provides for the possibility of fixing a maximum selling price that retailers must apply, but expressly prohibits to set any minimum resale price.

according to the Commission, *could*, on the one hand, allow manufacturers to detect retailers who do not comply with their recommended prices in order to take retaliatory measures against them and, on the other hand, facilitate collusion between the same retailers in terms of pricing. In short, the use of such software is not in itself prohibited, but it may attract the attention of the supervisory authorities and require specific evidence from the operators concerned in order to prove that the use of such tools pursues a lawful aim and, above all, that it has no adverse effects on competition.

- The second specific issue highlighted by the Report refers to **dual pricing**, i.e. different pricing applied by the supplier to the same 'hybrid' retailer (i.e. a retailer who sells both online and offline): a price for products intended to be sold online and a different one for products sold through a brick and mortar shop. This commercial practice is prohibited under the aforementioned exemption Regulation 330/2010, but such prohibition is strongly criticised by manufacturers according to the replies to the questionnaires sent out by the Commission as part of its two-year inquiry. In particular, the manufacturers argue that dual pricing is an effective tool for dealing with **free-riding**⁷, and also that it may help to create a *playing level field between offline and online sales* since it is geared to level out the difference in the costs of investments between the two channels. The Commission seems to regard such arguments as at least partially well-founded and concludes that, while dual pricing for the same (hybrid) retailer remains prohibited⁸, dual pricing agreements can be exempted on an individual basis, depending on the circumstances of each case and in accordance with the provisions of Article 101(3) TFEU⁹.

Restrictions on selling on marketplaces

On the basis of the results of the questionnaires sent out to sector operators, the Report shows the growing importance of sales on marketplaces with the following figures: 90% of responding retailers sell online only through their own online shop; 31% sell through their

⁷ Paragraph 11 of the Report describes free-riding behaviour as follows: "...consumers can use pre-sales services of brick and mortar shops before purchasing the product online; alternatively, consumers can search and compare products online before purchasing in brick and mortar shops. Addressing free-riding and maintaining the incentives for retailers to invest in high quality services by creating a playing level field between offline and online are key considerations for both manufacturers and retailers".

⁸ See paragraph 52(d) of the Vertical Guidelines. The Vertical Guidelines however allow for a fixed fee to support actual sales efforts in the offline (or online) channel.

⁹ Article 101(3) TFEU sets out as follows: "**3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:**

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;
- (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question".

online shop as well as on marketplaces; 4% sell online only through marketplaces. As to the total percentage of retailers who sell wholly or partly on marketplaces, this reaches 62% in Germany, 43% in the UK and 36% in Poland, but it remains low in other countries such as Italy (13%) and Belgium (4%).

Agreements between manufacturers and retailers often contain (in 18% of cases according to replies to the questionnaires) **restrictions on the use of marketplaces** that may even include an absolute ban. Such restrictions (which in the case of Germany are encountered by 32% of responding retailers and by 21% in the case of France) are generally justified by manufacturers with (i) the need to protect the branded goods and/or (ii) the need to provide suitable pre- and after-sales services.

However, antitrust authorities and courts in some EU countries (especially Germany) **regard with disfavour such restrictions** as, in their opinion, they would have distortive effects on competition since they would: (i) tend to exclude or restrict access to the market for smaller retailers and, moreover, (ii) undermine the consumers' ability to compare prices and accordingly make purchases. The European Court of Justice is currently dealing with this issue, following a request for preliminary ruling from a German court¹⁰. **In its Final Report, the Commission concludes that absolute marketplace bans “ ...are generally compatible with the EU competition rules. The Commission or a national competition authority may decide to withdraw the protection of the exemption regulation in particular cases when justified by the market”**. It goes without saying that the position of the Commission is not binding on the European Court of Justice and it will therefore be necessary to await the outcome of the proceedings mentioned above.

Restrictions on cross-border sales: (i) 'geo-blocking'; (ii) various restrictions for authorized retailers(i) Geo-blocking

The Report refers to three different '**geo-blocking**' measures with which operators prevent the completion of cross-border sales: (1) refusal to deliver goods across borders or to accept cross-border payments (which is the system most frequently used); (2) blockage of the access to the own website to 'foreign' consumers; (3) automatic re-routing of 'foreign' consumers to other websites dedicated to other Member States.

¹⁰ Case C-230/16. Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH; it should be noted that, according to Advocate General **Nils Wahl**, who delivered his opinion on this case on 26 July 2017, “...**the prohibition on authorized retailers members of a selective distribution system from selling on online marketplaces does not constitute a restriction on active or passive sales prohibited under exemption Regulation 330/2010** ...”. To date (October 2017) the decision of the European Court of Justice is still pending.

According to replies to the questionnaires, the Report states that 36% of responding retailers do not sell cross-border for at least one product category they offer and that 38% collect information on the location of the consumer in order to implement, where appropriate, geo-blocking measures. In particular, 11% of retailers report to have contractual cross-border sales restrictions; despite so, only 4% of retailers supply their products in only one Member State, while all others distribute them in at least 21 Member States.

According to the Commission, **such practices are lawful solely and exclusively when they are the result of unilateral decisions by non-dominant undertakings, while they are unlawful pursuant to Article 101 TFEU when they involve a concerted practice between operators**, as in the case of a contractual restriction between manufacturer and authorized retailers. In addition, in the case of a selective distribution network, geo-blocking agreements, already prohibited per se, are not covered by Regulation 330/2010 examined above, as, in this case, authorized retailers must still be free (i) to sell to end-users wherever they are located and (ii) meet unsolicited requests for goods from locations outside their contract territory (so-called ‘passive sales’).

(ii) Other vertical restrictions that may be prohibited

In its Working Document¹¹, the Commission mentions **five types of contractual territorial restrictions** on retailers/distributors¹², sometimes not written but only orally agreed upon, emerged from replies to the questionnaires and which “*may raise concerns*” as they are, or could be, incompatible with EU competition law and exemption Regulation 330/2010, and on which the antitrust authorities will presumably be especially vigilant:

- (1) prohibition to actively or passively sell outside the home Member State or to customers located in certain Member States;
- (2) prohibition for authorized retailers to make active sales in areas located outside the home Member State even if such areas have not been allocated to other retailers or reserved to the supplier;
- (3) prohibition to passively sell into territories allocated to other distributors or reserved to the supplier;
- (4) limitation to the ability of authorized retailers to actively or passively sell to customers located outside their contract territory and Member State in which they operate, but nevertheless part of a selective distribution network extending to several Member States

¹¹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf

¹² See paragraphs (435) to (439)

(also by imposing, for example, more burdensome requirements on websites targeting other Member States than on those intended for domestic sales);

- (5) in the case of a selective distribution network operating in several Member States, the appointment in one or more Member States of an exclusive distributor/wholesaler for a certain territory and the imposition of limits on the ability of the distributor to actively sell to others exclusive distributors operating in other Member States.

Use of data in e-commerce

The Report highlights an **intense exchange of varied commercial data**, including sensitive data on customers' choices (for example, on prices and sold quantities), that occurs (i) between companies operating marketplaces and third parties (i.e. independent sellers, manufacturers, retailers) or also (ii) between manufacturers and authorized retailers who are often burdened with complex reporting requirements, especially in the case of *category management*¹³. According to the Commission, such an exchange of personal and/or anonymous data may be largely justified for a variety of reasons, such as marketing purposes, improving business performance and services to consumers, developing business efficiency. However, this considerable amount of data **may raise competition concerns** as both the companies operating marketplaces and the manufacturers sell at the retail level through their own platforms/websites.

This leads to a competitive situation between the entities exchanging data and information, which could result in distortion of competition.

Conclusions and perspectives

The Report ends with the following two conclusions and recommendations of the Commission:

- (1) **apply EU competition rules** to the commercial practices that have emerged or evolved as a consequence of the growth of e-commerce and highlighted in the Report and,
- (2) **liaise and coordinate with national antitrust authorities** in order to achieve, with reference to e-commerce, a uniform and consistent application of EU competition law.

¹³ The term **Category Management** refers to a **manufacturer/distributor process** of managing certain categories of products or services (perceived as related by consumers) as strategic business units in order to achieve consumer satisfaction and thus maximise sales and profits. One of the main strengths of Category Management lies precisely in the sharing of information and know-how between the manufacturer and distributor or retailer, through a significant flow of business information required from the latter.

As for **exemption Regulation 330/2010**, the Commission confirms that its review will not commence until after its expiry in May 2022, as this future review process will have to also take into account the results of the e-commerce sector inquiry.

This recommendation of the Commission is confirmed by Commissioner **Margrethe Vestager**, in charge of competition policy, who in the Report's press release stated the intention to " ... *target the enforcement of EU competition rules in e-commerce markets*".

Even before the publication of the Report, the **initiatives already taken by the Commission during 2017** confirm this intention:

- in February 2017, the Commission launched three separate investigations concerning price fixing and geo-blocking practices in the field of consumer electronics, video games and hotel industry¹⁴;
- in June 2017, an investigation was launched into the company Guess (clothing manufacturer and retailer) for allegedly restricting authorized retailers from selling online in other Member States¹⁵;
- always in June 2017, an investigation was launched into the companies Nike, Sanrio and Universal Studios, suspected of having prevented cross-border sales through licensing and commercial practices¹⁶.

As for the **Italian antitrust authority (AGCM)**:

- in May 2017, AGCM launched an investigation into the company CADEL (stoves) for allegedly imposing minimum selling prices to online distributors;
- in July 2017, the investigation was extended to include Zanette Group and MCZ Group.

CONCLUSIONS

Both the Commission and national antitrust authorities seem determined to **strengthen and expand their surveillance activities** in accordance with the results of the recent e-commerce sector inquiry.

¹⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm

¹⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1549_en.htm

¹⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm

This will require businesses **to re-assess and update their current sectoral practices** with renewed and increased attention, focused also on the findings emerging from the Report, in organizing their sales networks, in structuring their online sales and in preparing and drafting all relevant contractual documents.

Maurizio Iorio, Attorney at Law

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"².



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 2016³. 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 selettiva⁴.

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 nazionali⁵, 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

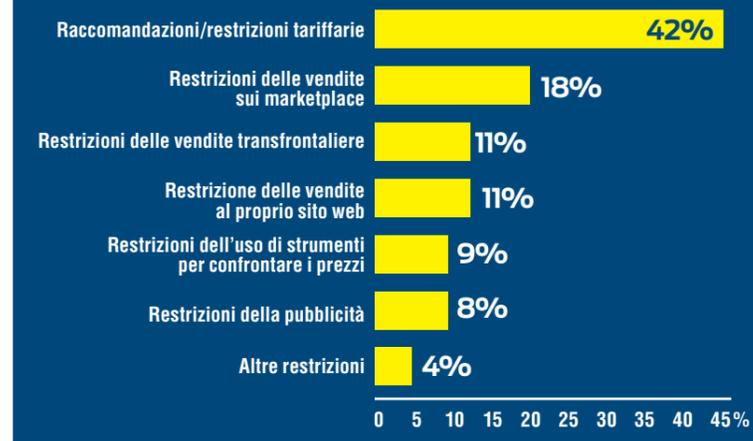
RACCOMANDAZIONI/RESTRIZIONI TARIFFARIE: (I) SOFTWARE DI MONITORAGGIO DEI PREZZI; (II) DUAL PRICING

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 selettiva⁶, 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 parassitismo⁷ 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 vietata⁸, la stessa potrà essere esentata su base individuale, a seconda delle circostanze, alla stregua di quanto previsto all'art. 101, paragrafo 3 del TFUE⁹.

CONTINUA SUL PROSSIMO NUMERO...

1 - Scaricabile al seguente indirizzo : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_it.pdf

2 - Vedi: 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

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".

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

Il 6 maggio 2017 la Commissione UE 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.



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.

CONTINUA DAL NUMERO SCORSO...

RESTRIZIONI DELLE VENDITE SU MARKETPLACE

La Relazione, sulla base dei risultati dei questionari diffusi tra gli operatori, riporta una crescente importanza delle vendite tramite marketplace, con questi dati: il 90% dei dettaglianti che hanno risposto vende on line solo tramite il proprio punto vendita virtuale; il 31% sia tramite il proprio negozio on line che tramite marketplace; il 4% vende solo sui marketplace. Quanto alla percentuale totale dei rivenditori che vendono

in tutto o in parte su marketplace, questa raggiunge punte del 62% in Germania, del 43% nel Regno Unito e del 36% in Polonia, mentre rimane modesta in altri Paesi come l'Italia (13%) e il Belgio (4%).

I contratti tra produttori e rivenditori contengono spesso (nel 18% dei casi, secondo le risposte ai questionari) restrizioni alla vendita tramite marketplace che possono arrivare a un divieto assoluto di vendita; tali restrizioni (che nel caso della Germania raggiungono il 32% dei dettaglianti e nel caso della Francia il 21%), sono in genere giustificate dai produttori con (i) la necessità di tutelare il marchio del prodotto e/o con (ii) l'esigenza di assicurare idonei servizi pre-vendita e post-vendita.

Tuttavia, le autorità antitrust e le corti in alcuni paesi europei (soprattutto in Germania) vedono con sfavore tali restrizioni in quanto a loro avviso le stesse avrebbero effetti anti competitivi in quanto: (i) tenderebbero a escludere o limitare l'accesso al mercato da parte dei piccoli rivenditori e inoltre, (ii) limiterebbero un agevole confronto dei prezzi di vendita da parte dei consumatori. La questione è attualmente avanti la Corte di Giustizia Europea, che è stata chiamata da una corte tedesca a pronunciarsi in via pregiudiziale¹⁰.

Nella Relazione, la Commissione conclude che i divieti assoluti di vendita tramite marketplace "... sono generalmente compatibili con le norme UE in materia di concorrenza. La Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza può decidere di revocare l'esenzione di cui al regolamento di

esenzione in casi particolari se la situazione del mercato lo giustifica". Inutile aggiungere che naturalmente la posizione della Commissione non vincola la Corte di Giustizia Europea e che, pertanto, si tratterà di verificare gli esiti del procedimento pendente d'anzì indicato.

RESTRIZIONI DELLE VENDITE TRANSFRONTALIERE: (I) "GEOBLOCKING"; (II) RESTRIZIONI VARIE AI RIVENDITORI AUTORIZZATI

(i) Il Geoblocking

La relazione riporta tre diverse misure – definite di "geoblocking" o "geoblocco" con le quali gli operatori impediscono il perfezionarsi di vendite oltre confine: (1) il rifiuto di fornire la merce oltre frontiera o di accettare pagamenti transfrontalieri (tale sistema è largamente il più diffuso); (2) il vero e proprio "blocco" informatico al proprio sito web ai consumatori "esteri"; (3) il reindirizzamento automatico dei consumatori "esteri" verso altri siti dedicati ad altri Stati membri.

La Relazione riporta che, alla stregua delle risposte ai questionari, il 36% dei rivenditori non vende oltre confine almeno una delle categorie di prodotto in cui opera e che il 38% raccoglie informazioni sul luogo in cui risiede il consumatore onde ricorrere se del caso a misure di geoblocco; in particolare, l'11% dei rivenditori riferisce di sottostare a restrizioni contrattuali delle vendite transfrontaliere; malgrado ciò, solo il 4% fornisce i suoi prodotti in un solo Stato membro, mentre tutti gli altri li commercializzano in almeno 21 Stati membri. Orbene, secondo la Commissione tali pratiche sono lecite solo ed esclusivamente quando sono il frutto di decisioni unilaterali di imprese che non si trovino in posizione dominante, mentre sono illecite alla stregua dell'articolo 101 del TFUE là dove si tratti di pratica "concordata" tra operatori, come ad esempio nel caso di una restrizione contrattuale tra produttore e rivenditori autorizzati. Inoltre, in presenza di una rete di distribuzione selettiva, gli accordi di geoblocco, già di per sé vietati, fanno venire meno l'esenzione di categoria prevista dal Regolamento UE 330/2010 che abbiamo sopra esaminato, posto che in tal caso i rivenditori autorizzati devono essere comunque sempre liberi (i) di vendere ai consumatori finali ovunque questi siano allocati ed inoltre (ii) di soddisfare richieste non sollecitate di merce anche provenienti da località

allocate al di fuori dalla propria zona contrattuale (cosiddette “vendite passive”).

(ii) Altre restrizioni verticali possibilmente vietate

Nel suo Working Document¹¹, La Commissione cita cinque tipologie di restrizioni contrattuali territoriali dei rivenditori/distributori¹², talvolta non scritte ma pattuite solo oralmente, emerse dalle risposte ai questionari e che “possono sollevare preoccupazioni” in quanto sono o potrebbero essere incompatibili con la normativa UE in materia di concorrenza oltre che col Regolamento UE 330/2010 di esenzione e sulle quali, presumibilmente, le autorità antitrust saranno particolarmente vigili: (1) il divieto di effettuare vendite attive o passive fuori dallo Stato membro o a clienti allocati in certi Stati membri; (2) il divieto al rivenditore autorizzato di effettuare vendite attive in aree che si trovano al di fuori dello Stato membro ma che non sono stati assegnati ad altro rivenditore o riservati al fornitore; (3) il divieto di vendite passive in territori allocati ad altri distributori o riservati al fornitore; (4) la limitazione della possibilità per il rivenditore autorizzato di effettuare vendite passive o attive a clienti che si trovano al di fuori della propria zona di competenza nonché dello Stato membro in cui il rivenditore opera, ma comunque all'interno di una rete di distribuzione selettiva estesa a diversi Stati membri: ciò anche indirettamente, imponendo ad esempio requisiti particolarmente gravosi ai siti web utilizzati per vendere in altri Stati membri rispetto a quelli destinati alle vendite domestiche; (5) nel caso di rete di distribuzione selettiva operante in più Stati membri, la nomina in uno o più Stati membri di un distributore/grossista esclusivo per un certo territorio e l'imposizione di limiti alla facoltà di tale distributore di vendere attivamente ad altri distributori esclusivi operanti in altri Stati membri.

USO DEI DATI NEL COMMERCIO ELETTRONICO

La Relazione evidenzia un intenso scambio di dati commerciali assai vari tra cui quelli sensibili sulle scelte dei clienti (ad esempio prezzi e quantità vendute) che avviene (i) tra le società che gestiscono i marketplace e terzi (ossia: venditori indipendenti, produttori, rivenditori) o anche (ii) tra produttori e rivenditori autorizzati, che sono spesso gravati di oneri di reporting anche piuttosto complessi come nel caso del category management¹³.

Secondo la Commissione, tale scambio di dati - di natura anonima e/o personale - può essere largamente giustificato per questioni di marketing, per migliorare le prestazioni commerciali ed i servizi resi ai consumatori e per sviluppare l'efficienza delle imprese. Tuttavia, lo stesso può destare preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza per il fatto che sia le società che gestiscono i marketplace che i produttori vendono anche al livello del dettaglio tramite le proprie piattaforme / i propri siti web.

Si crea quindi una situazione di competizione tra i soggetti che si scambiano i dati e le informazioni, competizione che potrebbe essere falsata in conseguenza di tale scambio.

10 - Causa C-230/16 Coty Germany GmbH/ Parfumerie Akente GmbH; da notare che secondo l'Avvocato Generale Nils Wals, che il 26 luglio 2017 ha presentato le proprie conclusioni, il divieto imposto ai dettaglianti membri di una sistema di distribuzione selettiva di vendere su marketplace non costituisce una restrizione delle vendite attive o passive vietata alla stregua del Regolamento di esenzione n. 330/2010. Si attende ora (ottobre 2017) la decisione della Corte di Giustizia Europea.

11 - http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf

12 - Vedasi i punti da (435) a (439)

13 - Si intende per Category Management un processo comune tra Produttore e Distributore quanto a gruppi ben definiti di prodotti o servizi percepiti come correlati dal consumatore (definiti “categorie”), gruppi che vengono ad essere gestiti come unità strategiche commerciali al fine di realizzare una migliore soddisfazione del consumatore e quindi espandere il fatturato e l'utile. Uno dei punti di forza del Category Management è appunto la condivisione di informazioni e know-how tra produttore e distributore o rivenditore, tramite un flusso anche rilevante di informazioni commerciali richiesto a quest'ultimo.

14 - http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm

15 - http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1549_en.htm

16 - http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm

CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

La Relazione si conclude con il seguente duplice proposito espresso dalla Commissione:

(1) applicare le norme UE in materia di concorrenza alle pratiche commerciali che sono emerse o si sono evolute con la crescita del commercio elettronico e che sono evidenziate nel Report e,

(2) coordinarsi con le autorità antitrust nazionali al fine di pervenire, con particolare riferimento al commercio on-line, ad un'applicazione uniforme e coerente della normativa UE in materia di concorrenza.

Quanto al Regolamento di esenzione 330/2010, esso non sarà anticipatamente rivisto ma, dopo la sua scadenza nel maggio del 2022, il suo futuro processo di revisione sarà alimentato anche dai risultati dell'indagine settoriale condotta. Il proposito espresso dalla Commissione è confermato dalla Commissaria Margrethe Vestager, responsabile della politica della concorrenza, la quale alla pubblicazione del Report ha confermato l'intenzione di “..target the enforcement of EU competition rules in e-commerce markets”.

Le iniziative assunte dalla Commissione nel corso dell'anno 2017, ancor prima della pubblicazione della Relazione, confermano tale proposito:

- nel corso del febbraio 2017, sono state aperte tre separate istruttorie della Commissione relative alla fissazione dei prezzi ed al geoblocking, nel campo dell'elettronica di consumo, dei videogiochi e del settore alberghiero¹⁴;

- nel corso del giugno 2017 è stata aperta un'istruttoria concernente la società GUESS (settore abbigliamento ed accessori), concernente possibili restrizioni alle vendite on line in altri Stati membri da parte dei rivenditori autorizzati¹⁵;

- sempre nel corso del giugno 2017, è stata aperta un'istruttoria concernente le società Nike, Sanrio e Universal Studios, sospettate di avere impedito il commercio transfrontaliero a distanza tramite pratiche di licenza e commerciali¹⁶.

Quanto all'autorità antitrust italiana:

- nel maggio 2017 l'AGCM ha aperto un'istruttoria concernente la società CADEL (stufe) concernente la possibile imposizione di prezzi minimi di vendita ai distributori online;

- nel luglio 2017, l'istruttoria è stata estesa alle società Zanette Group e MCZ Group.

CONCLUSIONI

In conclusione, tanto la Commissione che le autorità di vigilanza antitrust nazionali sembrano fermamente intenzionate a rafforzare ed estendere le rispettive attività di sorveglianza con riferimento alle risultanze della recente indagine settoriale sul commercio elettronico.

Si impone per le aziende una verifica e aggiornamento delle pratiche settoriali in uso e una rinnovata e maggiore attenzione, focalizzata anche sulle risultanze che emergono dal Report, nell'organizzazione delle reti di vendita, nella strutturazione delle proprie vendite on line, nella pattuizione e redazione di tutte le rilevanti scritture contrattuali.