

Distribuzione Selettiva e vendite on line

Associazione Antitrust Italiana

4 Ottobre 2016, Roma

Avv. Andrea Cicala

Lo Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie è parte di Baker & McKenzie International, una Swiss Verein con uffici sparsi nel mondo. In accordo con la comune terminologia usata nelle organizzazioni di servizi professionali, il riferimento a "partner" indica una persona che ha posizione di partner, o equivalente, in questo tipo di studi legali. Similarmente, il riferimento "ufficio" indica un ufficio di qualsiasi di questi studi legali.

© 2016 Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie

La Distribuzione Selettiva nel diritto della UE (1)

- La realizzazione di SDS qualitativi che rispondano a particolari requisiti è conforme alle regole di concorrenza e non è vietata ai sensi dell'art. 101 TFEU (C-26/76 *Metro*; T-19/92 *Leclerc*; T-88/92 *Leclerc*)
- Le Linee Guida della Commissione in materia di accordi verticali → la **DS puramente qualitativa** non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 101(1) TFUE quando soddisfi le seguenti condizioni (§175):
 - la **natura del prodotto** richieda un SDS per preservarne la qualità e assicurarne un corretto utilizzo – ciò ricomprende sia prodotti per cui la **protezione dell'immagine del marchio** sia particolarmente importante che prodotti **tecnologicamente complessi**
 - la **scelta dei rivenditori** avvenga secondo criteri **oggettivi qualitativi** stabiliti e applicati in modo **non discriminatorio**;
 - i criteri non vadano oltre quanto **necessario**.
- Linee Guida → Sistemi selettivi (qualitativi / quantitativi) beneficiano dell'esenzione di categoria – a prescindere dalla natura dei prodotti e della natura dei criteri - in assenza di potere di mercato (30%) e nella misura in cui non contengano restrizioni hardcore

La Distribuzione Selettiva nel diritto della UE (2)

- Le Linee Guida riconoscono che il fornitore possa esigere il rispetto di standard qualitativi in relazione alla rivendita dei propri beni in PDV fisici e/o online (§54)
- Nell'ambito di SDS, le Linee Guida richiedono che tali criteri qualitativi siano "***nel complesso equivalenti***" per le vendite in PDV fisici e per le vendite online (§56)
 - Ciò **non significa** che i criteri imposti per le vendite online debbano essere **identici** a quelli imposti per le vendite offline: i criteri devono perseguire gli **stessi obiettivi** e raggiungere **risultati comparabili**, ed essere **giustificati** alla luce della diversa natura dei due modelli distributivi (es. consegna immediata / consegna entro tot. gg. dall'ordine)
- Le Linee Guida riconoscono che un fornitore possa chiedere ai propri distributori di utilizzare **piattaforme di terzi** solo in conformità con **le condizioni** stabilite tra fornitore e distributore (§54) – *es richiesta che il cliente non visiti il sito del rivenditore passando attraverso un sito che renda visibile il nome ed il logo della piattaforma di terzi* (§54)

La sentenza *Pierre Fabre*

- *Pierre Fabre* (C-2011:649) → un **divieto** (espresso o di fatto) di utilizzare il **canale internet** per vendere prodotti determina una restrizione delle vendite passive e costituisce una violazione **per oggetto** dell'art 101 TFEU (oltre che una **hard core restriction** ai sensi del Reg. UE di esenzione) se la restrizione **non è oggettivamente giustificata**.
- **Accordi di DS** influiscono sulla concorrenza. Tali accordi in assenza di una **giustificazione oggettiva** devono essere considerati restrizioni **per oggetto**.
- Tuttavia esistono **esigenze legittime** es. esigenza di una distribuzione specializzata ed altamente qualitativa che giustificano la limitazione della concorrenza sui prezzi a vantaggio di una concorrenza basata su altri fattori. La scelta di una DS qualitativa non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFEU nella misura in cui sia fondata su **criteri qualitativi oggettivi** applicati in modo **non discriminatorio e proporzionato** agli obiettivi perseguiti.
- La CdG UE ha – altresì - affermato “*L’obiettivo di preservare l’immagine di prestigio non può rappresentare un obiettivo legittimo per restringere la concorrenza e non può quindi giustificare che una clausola contrattuale diretta ad un simile obiettivo non ricada nell’art. 101, n. 1, TFUE*” (§46).

L'approccio del BKA alla distribuzione selettiva e alle vendite online

- Bundeskartellamt tedesco (BKA) → con la sentenza *Pierre Fabre* la Corte ha **modificato il proprio orientamento giurisprudenziale** facendo ricadere molte restrizioni nell'ambito di applicazione dell'art. 101(1) TFEU.
 - Un produttore non può più invocare la tutela del prestigio del marchio per adottare una DS qualitativa – deve dimostrare presenza giustificazioni oggettive es. caratteristiche dei prodotti
- Il caso pilota del BKA ha riguardato il sistema di distribuzione selettiva di **ASICS** (Decisione adottata nell'agosto 2015)
- Il BKA ha qualificato come **restrizioni hardcore** – *inter alia* - divieto di utilizzare meccanismi di **comparazione dei prezzi**, divieto di utilizzare il servizio Google AdWords
- Ma soprattutto posizione chiara (anche se **nessuna decisione finale**) sulla natura di violazione per oggetto dei criteri (qualitativi) che determinano l'esclusione dei rivenditori che vendono tramite **piattaforme di terzi** quali eBay / Amazon (“clausola-logo”)

L'approccio del BKA – Analisi dei criteri online

- Il **divieto all'utilizzo di piattaforme di terze parti** non costituisce di per sé un criterio qualitativo necessario per assicurare la **qualità** dei prodotti e della loro distribuzione
 - Tale divieto è **eccessivo** considerato che le piattaforme di terze parti sono **necessarie** alle imprese di piccola e media dimensione per raggiungere i consumatori
 - La giustificazione legata all'**immagine del brand** è **legittima ma non può essere invocata in via generale** per vietare l'utilizzo di piattaforme di terze parti
 - Criteri che sono **sfavorevoli alle vendite** online sono da considerare come restrizioni **hardcore**
- Il BKA ha costretto molti *brand owners* a modificare i propri criteri per le vendite online in casi chiusi con *settlements* (Adidas, Sennheiser)

Le corti tedesche: opinioni divergenti - Il Caso Deuter – Corte Regionale Superiore di Francoforte (Dic. 2015)

- Deuter Sport produce e distribuisce zaini speciali tramite un SDS
- CRS di Francoforte non concorda con la interpretazione del caso *Pierre Fabre* fatta dal BKA
 - CRS ritiene il **divieto di vendere** gli zaini **tramite una specifica piattaforma** online un legittimo **criterio qualitativo** volto ad assicurare l'immagine del *brand* ed a qualificare la rete distributiva
- Non è sufficiente offrire un **servizio clienti** sul sito web del rivenditore ma non anche sulla piattaforma stessa
- E' importante che la piattaforma permetta la **presentazione di un prodotto** di alta qualità trasmettendo un'**immagine appropriata** di tale prodotto / della reputazione del *brand*
- Le **piattaforme di terze parti** spesso presentano tutti i prodotti nello stesso modo, non consentendo una differenziazione
- L'appello contro questa sentenza pende innanzi alla Corte Suprema

Le corti tedesche – Il Caso Coty – Rinvio pregiudiziale alla Corte UE (Aprile 2016)

- Coty produce e distribuisce cosmetici di lusso tramite un SDS
- Il SDS prevede (i) che i negozi online debbano eguagliare la “vetrina lussuosa” di un negozio fisico; (ii) il divieto di utilizzo di imprese / loghi di terzi **se percepibili** al consumatore
- In primo grado era stato giudicato che i criteri per l'utilizzo di internet costituissero una restrizione di tipo *hardcore*
- La Corte Regionale Superiore di Francoforte ha chiesto alla Corte di Giustizia UE di pronunciarsi sulle seguenti domande:
 1. La **protezione dell'immagine di un brand di lusso** è una ragione legittima per giustificare l'adozione di un SDS?
 2. In caso di risposta affermativa, il **divieto** di servirsi, per le vendite a mezzo Internet, di **imprese terze identificabili** dai consumatori **è compatibile con l'art. 101 TFEU** (necessario per proteggere l'immagine lussuosa dei prodotti in questione)?
 3. Il divieto di servirsi di imprese terze identificabili dai consumatori è:
 - a) una **restrizione *hard core*** della clientela del distributore?
 - b) una **restrizione *hard core* delle vendite passive** ai consumatori finali?
- Si tratta di un'importante opportunità per chiarire *Pierre Fabre*
- Sentenza attesa per la fine del 2017 (Causa C-230/16)

Indagine di settore della UE sull'E-commerce

Settembre 2016: Interim report - DS

- Conferma che la concorrenza si svolge su **molteplici parametri** - non solo il prezzo (qualità, immagine, novità, tempistica)
- La CE ribadisce la giurisprudenza sulla **DS qualitativa** → **non ricade nell'art. 101 TFUE**
- I **divieti assoluti** di rivendere su **piattaforme** in base alle risultanze preliminari **non sono** ritenuti implicare un **divieto *tout court* alle vendite online** né una *hard core restriction* (non ricadono in *Pierre Fabre*)
- Focus sul requisito del distributore di avere **almeno un PDV fisico** per poter rivendere online
 - secondo la CE, tale clausola **può andare oltre** quanto necessario per ottenere gli obiettivi della DS;
 - **MA** questa restrizione rimane **coperta dal beneficio dell'esenzione** per categoria;
 - tuttavia, la Commissione aggiunge che una valutazione individuale o la revoca del beneficio dell'esenzione potrebbero essere appropriate nel caso di “*linee o categorie di prodotti per i quali i rivenditori online potrebbero essere altrettanto qualificati alla vendita* [rispetto a rivenditori fisici/misti]”;

La Distribuzione Selettiva nel diritto UE

Grazie per l'attenzione

Associazione Antitrust Italiana

4 Ottobre 2016, Roma

Awv. Andrea Cicala

Lo Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie è parte di Baker & McKenzie International, una Swiss Verein con uffici sparsi nel mondo. In accordo con la comune terminologia usata nelle organizzazioni di servizi professionali, il riferimento a "partner" indica una persona che ha posizione di partner, o equivalente, in questo tipo di studi legali. Similarmente, il riferimento "ufficio" indica un ufficio di qualsiasi di questi studi legali.

© 2016 Studio Professionale Associato a Baker & McKenzie