

Selective distribution networks and online shops

Avv. Maurizio Iorio (Attorney at Law)

It must have happened to everyone to hear about “selected resellers”, “exclusive distributors”, “specialist official retailers”. All these entities refer to the selective distribution networks set up by producers, mostly within Europe, to market luxury and prestige products, or of particular outstanding technological features, requiring supplementary and specific quality services to purchasers such as a physical showroom, sales and technical assistance, complete range of goods offered, qualified personnel, etc. But how do these selective distribution networks relate in comparison to online sales operators? Can these latter become part of them? If so, what are the services that online sellers may offer to justify the quality and excellence of their performances? The aim of this article is to answer these and other questions.

The selective distribution networks

There is a lot of talk, both among trade operators and among users and consumers (including professional ones), about specialist resellers, exclusive national distributors and “official” or specialist retailers.

In fact, all these entities refer, in one way or another, to the **selective distribution networks**, that is to say to those exclusive distributors/resellers networks set up by producers (hereafter also “Supplier/s”), mostly within Europe, by means of a more or less European standard distribution agreement and related appointment of national specialist, unique and exclusive distributors chosen for marketing luxury, prestigious or high-technology products, for which special skills and proper facilities are needed. The so appointed exclusive national distributors do, in turn, identify, select and appoint a number of exclusive resellers having the required qualities of excellence, which go to form a national selective distribution network headed by them and, through them, by the resultantly broader European selective distribution network.

Which legal framework applies to the selective distribution networks?

The possibility for European operators to set up selective distribution networks, which enjoy some exemptions in relation to the ordinary and tighter rules of the European antitrust authority, is established by the EU Regulation 330/2010, in force from 1 June 2010 to 31 May 2022 (hereafter the “Regulation”).

Like all Regulations, it is directly addressed at the citizens, individuals and legal persons resident in the different Member States of the EU, as well as having binding legal status on national governments and on all the authorities of each Member State, thus including the 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 Philips and its distributors and not the "horizontal" agreements between Philips and Sony, Samsung and/or other competitors).

These agreements benefit from the exemptions provided for by the Regulation (despite some content that would normally be prohibited) if:

- they do not include fundamental restrictions on competition (more on which below),
- the market share held by the seller does not exceed 30% of the relevant market on which it sells the contract goods or services and
- the market share held by the buyer does not exceed 30% of the relevant market on which it purchases the contract goods or services.

As previously said, the implementation of a selective distribution system makes it possible, under certain conditions, to derogate from the prohibition of exclusive rights and a number of other restrictions otherwise provided for in European competition law, as follows:

➤ Examples of clauses that are normally prohibited but exempted in the light of the Regulation:

- **Supplier's obligation to sell the contract products only to the selected resellers.**
- **Reseller's obligation to purchase the contract products only from the supplier.**
- **Resellers' prohibition to sell to other resellers NOT belonging to the selective distribution network.**
- **Resellers' prohibition to actively seek customers outside their assigned area.**

➤ Examples of clauses nevertheless prohibited also in the light of the Regulation:

- **Prohibition to sell to end users** (save the case of wholesalers).
- **Prohibition to meet unsolicited orders from customers located outside the assigned area.**

- **Failure to provide the guarantee to customers not reached by the selective distribution network**¹.

It is however important to underline three particularly relevant aspects; it is not possible to prohibit a selective distributor from:

- **selling to final consumers;**
- **buying and selling the contract products to other selective distributors, including those located in other EU countries;**
- **meeting unsolicited orders from customers located in areas outside the assigned territory.**

Can a selective distributor be prevented from selling on the internet?

This last directive of the European legislation (illegitimacy of the restriction on “passive” sales, that is to say in response to unsolicited orders, to customers located outside the area assigned to each exclusive distributor or reseller) allows us to answer to the question about the admissibility or not of the restriction on selling via the internet.

The answer is no. These sales cannot be prohibited, except in cases of particular products or services (currently, what is more, not yet identified by law), which necessarily require a personal relationship between buyer and seller.

It must in fact first of all be said that Article 101 of the TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) prohibits any agreement, be it a real agreement or a concerted practice which has as its object or effect the “*prevention, restriction or distortion*” of competition within the market.

Having said that, according to the European Court of Justice:

“A contractual clause that, in the context of a selective distribution system, requires sales of cosmetics ...to be made in a physical space where a qualified pharmacist must be present, with consequent ban on the use of the internet for those sales, amounts to a restriction prohibited pursuant to Article 101 of the TFEU ...if, following an examination of the ...legal and economic context ...it is apparent that, having regard to the properties of the products at issue, that clause is not objectively justified. In fact, a contractual clause such as the one at issue, excluding de facto a method of marketing products that does not require the physical movement of the customer, considerably reduces the possibility of an

¹ “...a guarantee scheme under which a supplier of goods restricts the guarantee only to customers of its exclusive distributor places the latter and its resellers in a privileged position as against parallel importers and distributors and must therefore be regarded as having the object or effect of restricting competition...” (European Court of Justice 10 Dec 1985, Case 31/85)

authorised distributor to sell the contractual products to customers located outside its contractual territory or area of activity. It is therefore liable to restrict competition in that sector.” (European Court of Justice, Decision of 13 Oct 2011, Case C-439/09).

In the above decision, please note, the ECJ **does not exclude, in principle, that in the context of a selective distribution network² it is possible to prohibit individual distributors from selling online certain products, when those, due to their characteristics, objectively require personalized selling incompatible with that via the Internet**, but “ *...As regards, in particular, the sale of cosmetics and personal care products, the aim of maintaining a prestigious image of those products is not a legitimate aim for restricting competition and cannot therefore justify a finding that a contractual clause pursuing such an aim does not fall within Article 101(1) of the TFEU*”.

The same principle is clearly stated in the “*Guidelines on vertical restraints*” of the European Commission (2010/C 130/01), which in paragraph 52 reads as follows:

*“The internet is a powerful tool to reach a greater number and variety of customers than by more traditional sales methods, which explains why certain restrictions on the use of the internet are dealt with as (re)sales restrictions. **In principle, every distributor must be allowed to use the internet to sell products.** In general, when a distributor uses a website to sell products it is considered a form of passive selling since it is a reasonable way to allow customers to reach the distributor. The use of a website may have effects that extend beyond the distributor's own territory and customer group; however, such effects result from the technology allowing easy access from everywhere”.*

Can an exclusive distribution network include online shops?

Before answering this question, it should first be pointed out that, as spelled out by the “*Guidelines on vertical restraints*”, passive sales made by an exclusive distributor via the Internet can be subject to some restrictions, such as:

(a) first, the supplier may request the exclusive distributor, without however limiting the passive sales made online, that the same has one or more offline stores, i.e. non-virtual, and that a certain quantity of products (in value or by volume), to be objectively and individually defined without discriminatory intent, be sold at these stores;

² “ *... provided that resellers are chosen according to objective criteria of a qualitative nature, laid down uniformly for all potential resellers and not applied in a discriminatory fashion, that the characteristics of the product in question necessitate such a distribution network in order to preserve its quality and ensure its proper use and, finally, that the criteria laid down do not go beyond what is necessary*”.

(b) in addition, the supplier may request - obviously only if physically possible in the specific case - that also online sales meet the quality standards required for any other sale of the product by the selective distributor;

(c) it may also be agreed a fixed fee (hence not proportional to sales) to support the offline sales efforts by the reseller;

(d) the supplier may require that resellers use for their online sales platforms of third parties only under certain conditions “ *...For instance, if the distributor's website is hosted by a third party platform, the supplier may require that customers do not visit the distributor's website through a site carrying the name or logo of the third party platform*”;

(e) in order to prevent unauthorized distributors from selling via the internet, the supplier may request its selected distributors not to sell online more than a certain quantity of contract products to any individual end user;

(f) the supplier may require that the authorised reseller's website provides a number of links to the websites of other authorized distributors and/or of the supplier itself.

In concluding:

- **it thus seems possible to set up a selective distribution network mainly constituted by online resellers**, given that through the contractual restrictions that the supplier can include in the selective distribution agreement, it is possible to harmonize sales via the Internet and compliance with certain quality and specialization criteria pertinent to a particular selective distribution network;

- however, since a selective distribution network can only exist “ *... provided that resellers are chosen according to objective criteria of a qualitative nature, laid down uniformly for all potential resellers and not applied in a discriminatory fashion, that the characteristics of the product in question necessitate ...in order to preserve its quality and ensure its proper use...*”³, **it seems highly problematic the inclusion of one or more selected distributors mainly online in a network of selected distributors mainly offline**, unless, of course, the characterizing features of the marketed product allow, in the specific case, to consider equivalent “*according of objective criteria of a qualitative nature*” the services

³ European Court of Justice, Decision of 13 Oct 2011, Case C-439/09.

provided to customers from selected offline distributors and those provided by selected online distributors;

- in any case, **the supplier can deny access to its selective distribution network to those online distributors that, through advertising** (e.g. by means of banners containing a territorial link to third parties websites) **operate active sales** targeted at those territories in which other exclusive distributors operate.

Avv. Maurizio Iorio (Attorney at Law)

DISTRIBUZIONE SELETTIVA E NEGOZI ON-LINE

SARÀ CAPITATO DI SENTIRE PARLARE DI RIVENDITORI SELEZIONATI, DISTRIBUTORI ESCLUSIVI E DETTAGLIANTI "UFFICIALI" SPECIALIZZATI. TUTTE FIGURE CHE SI RIFERISCONO ALLE RETI DI DISTRIBUZIONE SELETTIVA COSTITUITE DAI PRODUTTORI, IL PIÙ DELLE VOLTE A LIVELLO EUROPEO, PER COMMERCIALIZZARE PRODOTTI DI PARTICOLARE LUSSO E PRESTIGIO O DALLE SPICcate CARATTERISTICHE TECNOLOGICHE, CHE RICHIEDONO LA FORNITURA AGLI ACQUIRENTI DI SERVIZI AGGIUNTI D'ECCELLENZA (SHOWROOM, ASSISTENZA NELL'ACQUISTO, ASSISTENZA TECNICA, OFFERTA DI GAMMA COMPLETA, PERSONALE SPECIALIZZATO E ALTRO). MA QUESTE RETI COME SI PONGONO IN RELAZIONE AGLI OPERATORI DELLA VENDITA ON-LINE? POSSONO QUESTI ULTIMI FARNE PARTE? QUALI SONO I SERVIZI CHE GLI STORE ON-LINE POSSONO FORNIRE PER GIUSTIFICARE ECCELLENZA E SPECIALIZZAZIONE DELLE PRESTAZIONI? QUESTO ARTICOLO RISPONDE A QUESTE E ALTRE DOMANDE.



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. Su ogni numero affronteremo tematiche legali con particolare attenzione al mondo dell'elettronica. Ulteriori approfondimenti sul sito: www.andec.it. Mentre sulla Web page di Maurizio Iorio (www.avvocatoiorio.it) si trova la rubrica tradotta anche in inglese e francese.

Distribuzione selettiva. Si parla molto sia tra gli operatori commerciali sia tra gli utenti e i consumatori (anche professionali) di rivenditori specializzati, di distributori nazionali o esclusivi e di dettaglianti "ufficiali" o specializzati. In effetti, tutte queste figure si riferiscono, in un modo o nell'altro, alle reti di distribuzione selettiva, ossia a quelle reti di distributori/rivenditori esclusivi, costituite dai produttori (che d'ora in poi chiameremo anche "fornitori") il più delle volte a livello europeo, con l'elaborazione di un contratto europeo (più o meno standard) di distribuzione e la correlativa nomina di altrettanti distributori nazionali specializzati, unici ed esclusivi, scelti per canalizzare la vendita di prodotti di lusso,

di prestigio o di alta tecnologia, per i quali occorrono particolari competenze e "facility"; i distributori esclusivi nazionali così nominati, a loro volta, a cascata individuano, selezionano e nominano un certo numero di rivenditori esclusivi che possiedono le qualità di eccellenza all'uopo previste, costituendo quindi una rete di distribuzione selettiva nazionale che fa capo a essi e, tramite loro, alla più vasta rete di distribuzione selettiva europea così costituita.

Qual è l'inquadramento legale delle reti di distribuzione selettiva?

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 europea, 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 e 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 a ogni Stato Membro, ivi compresi quindi i giudici nazionali che sono tenuti a interpretare e applicare le leggi nazionali in conformità ai Regolamenti. Il Regolamento riguarda, con alcune eccezioni, i soli accordi verticali tra imprese non concorrenti (quindi, per esempio, gli accordi tra Philips e i suoi distributori e non gli accordi "orizzontali" tra Philips e Sony, Samsung e/o altri concorrenti). Tali accordi fruiscono dell'esenzione prevista dal

“Non si può vietare a un distributore selettivo di vendere ai consumatori finali, vendere e acquistare i prodotti contrattuali da altri distributori selettivi, anche in altri Paesi UE, e soddisfare ordini non sollecitati provenienti da consumatori finali”.

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;
- l'acquirente detiene una quota inferiore al 30% del mercato rilevante su cui acquista il bene o il servizio oggetto del contratto.

Come dicevo, l'adozione di una rete di distribuzione selettiva permette di derogare, a certe condizioni, ai divieti di esclusiva e 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;

- 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 ai clienti non raggiunti dalla rete di distribuzione selettiva¹.

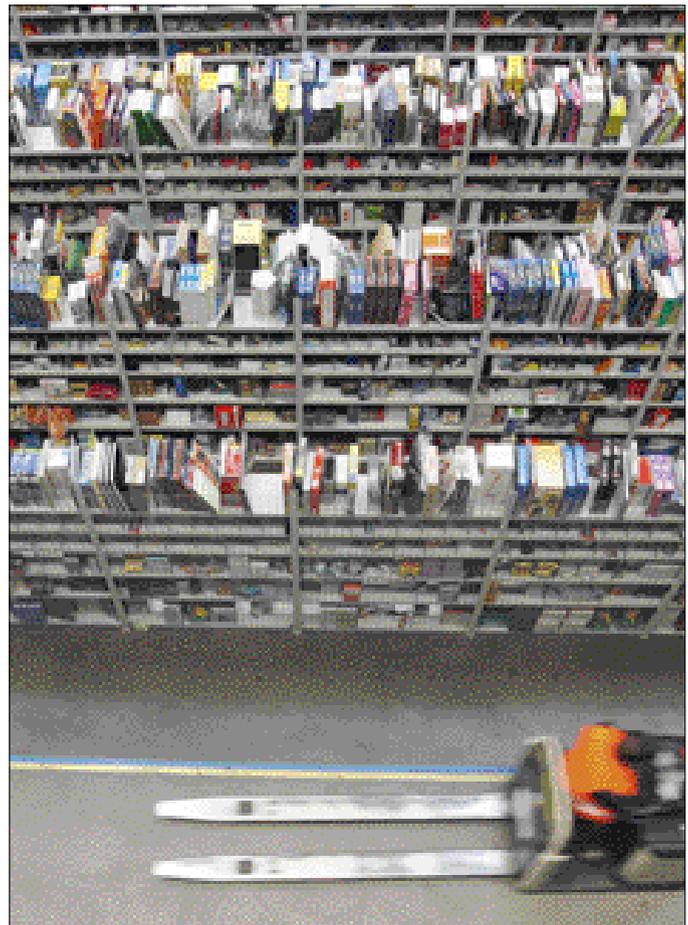
È importante sottolineare fin d'ora tre aspetti particolarmente rilevanti. Non si può vietare a un distributore selettivo, come abbiamo visto, di:

- vendere ai consumatori finali;
- vendere e acquistare i prodotti contrattuali da altri distributori selettivi, anche allocati in altri Paesi UE;
- soddisfare ordini non sollecitati provenienti da clienti allocati in altre zone al di fuori della sua zona contrattuale.

Si può vietare a un distributore selettivo di vendere in Internet?

Quest'ultima regola della legislazione europea (illegittimità del divieto di vendite “passive”, ossia non sollecitate, a clienti allocati fuori della zona assegnata a ciascun distributore o rivenditore esclusivo) ci permette di rispondere alla domanda sull'ammissibilità del divieto alle vendite tramite Internet. La risposta è “no”, tali

¹ “... 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)



“L’esistenza di un sito Internet è considerata una forma di vendita passiva in quanto si tratta di un modo ragionevole di consentire ai clienti di raggiungere il distributore”.



vendite non possono essere vietate, salvo casi di prodotti o servizi particolari (peraltro al momento non ancora individuati dalla giurisprudenza), che richiedono necessariamente un rapporto personale tra venditore e acquirente. Va infatti premesso, anzitutto, che l’art. 101 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea) impone il divieto di qualsiasi intesa, sia essa un vero e proprio accordo o una pratica concordata che abbia per scopo o anche solo di fatto, come effetto, di “impedire, restringere o falsare” il gioco della concorrenza. Orbene, secondo la Corte di Giustizia Europea: “Una clausola contrattuale che, nell’ambito di un sistema di distribuzione

esclusiva, impone le vendite di prodotti cosmetici (...) in uno spazio fisico alla presenza obbligatoria di un farmacista laureato, con conseguente divieto di utilizzare Internet per tali vendite, costituisce una restrizione vietata ex art. 101 TFUE (...) se, a seguito di un esame del (...) contesto giuridico ed economico (...) risulta che alla luce delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, tale clausola non è oggettivamente giustificata. Una clausola contrattuale di questo genere, infatti, escludendo, di fatto, una modalità di commercializzazione di prodotti che non richiede lo spostamento fisico del cliente, riduce considerevolmente la possibilità per un distributore autorizzato di

vendere i prodotti oggetto del contratto a clienti situati al di fuori del suo territorio contrattuale o della sua zona di attività. Essa è dunque idonea a restringere la concorrenza in tale settore” (S. Corte di Giustizia Europea 13.10.2011 nel proc. C-439/09). Nella sentenza citata, la Corte di Giustizia Europea, si badi, non esclude, in via di principio, che nell’ambito di una rete di distribuzione selettiva² si possa vietare ai singoli

² “... a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d’indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio, che le caratteristiche del prodotto di cui trattasi richiedano, onde conservarne la qualità e garantirne l’uso corretto, una simile rete di distribuzione e, infine, che i criteri definiti non vadano oltre il limite del necessario”.

distributori la vendita on-line di determinati prodotti, quando questi richiedono oggettivamente, per loro natura, una vendita personalizzata incompatibile con quella a mezzo Internet, ma “(...) Per quanto attiene, in particolare, alla vendita di prodotti cosmetici e di igiene personale, l’obiettivo di preservare l’immagine di prestigio di tali prodotti 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”. Lo stesso principio è chiaramente indicato negli “Orientamenti sulle restrizioni verticali” della Commissione Europea (2010/C 130/01), che al punto 52 recita come segue: “Internet rappresenta uno strumento straordinario per raggiungere clienti più numerosi e diversificati rispetto a quanto avverrebbe utilizzando solo metodi di vendita più tradizionali; per questo motivo determinate restrizioni dell’utilizzo di Internet vengono trattate come restrizioni delle (ri)vendite. In linea

“Il fornitore può negare l’accesso alla sua rete di distribuzione selettiva a quei distributori on-line che, tramite pubblicità, operino vendite attive mirate a territori in cui operano esclusivamente altri distributori esclusivi”.

di principio, a qualsiasi distributore deve essere consentito di utilizzare Internet per vendere prodotti. In generale, l’esistenza di un sito Internet è considerata una forma di vendita passiva in quanto si tratta di un modo ragionevole di consentire ai clienti di raggiungere il distributore. L’esistenza di un sito può produrre effetti al di fuori del territorio o gruppo di clienti del distributore; tuttavia, si tratta di una conseguenza della tecnologia, che consente un facile accesso da qualsiasi luogo (...).

Una rete di distribuzione esclusiva può comprendere negozi on-line?

Per rispondere a questa domanda va anzitutto precisato che, come ci spiegano gli “Orientamenti sulle restrizioni verticali”, alle vendite “passive” tramite Internet di un distributore esclusivo possono tuttavia essere imposte alcune restrizioni, quali:

(a) anzitutto, il fornitore può chiedere al distributore esclusivo, pur senza limitare le vendite passive on-line, che lo stesso disponga di uno o più punti vendita off-line

ossia non virtuali e che una certa quantità di prodotti (in valore o in volume), da stabilirsi obiettivamente e individualmente, senza intenti discriminatori, sia commercializzata presso tali punti;

(b) inoltre, il fornitore può richiedere - beninteso se ciò è materialmente possibile nel caso concreto - che anche nella vendita on-line siano soddisfatti gli standard qualitativi richiesti per ogni altra vendita del prodotto da parte del distributore selettivo;

(c) può essere altresì concordato un compenso fisso (quindi non proporzionale alle vendite) per sostenere gli sforzi di vendita off-line da parte del rivenditore;

(d) il fornitore può richiedere che i rivenditori utilizzino per le vendite on-line piattaforme di terzi solo a certe condizioni “(...) Ad esempio, qualora il sito Internet del distributore sia ospitato da una piattaforma di terzi, il fornitore può richiedere che i clienti non entrino nel sito del distributore attraverso un sito recante il nome o il logo della piattaforma di terzi”;

(e) al fine di prevenire le vendite via Internet a distributori non autorizzati,

il fornitore può chiedere ai propri distributori selezionati che non venga venduta on-line a un singolo utente finale più di una certa quantità di prodotti oggetto del contratto;

(f) il fornitore può richiedere al rivenditore autorizzato che il sito Internet di quest’ultimo offra una serie di link ai siti Internet di altri distributori autorizzati e/o del fornitore stesso.

In conclusione:

- sembra possibile costituire una rete di distribuzione selettiva formata da rivenditori prevalentemente “on-line”, posto che, tramite le restrizioni contrattuali che il fornitore può inserire nel contratto di distribuzione selettiva, è possibile conciliare con la vendita tramite Internet il rispetto di certi criteri di qualità e di specializzazione propri di una determinata rete di distribuzione selettiva;

- tuttavia, posto che una rete di distribuzione selettiva può sussistere solo “(...) a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d’indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali

e applicati in modo non discriminatorio, che le caratteristiche del prodotto di cui trattasi richiedano, onde conservarne la qualità e garantirne l’uso corretto (...)”³, sembra quanto mai problematico l’inserimento di uno o più distributori selezionati prevalentemente “on-line” in una rete composta da distributori selezionati prevalentemente “off-line”, salvo, beninteso, che la specificità del prodotto commercializzato consenta nel caso concreto di giudicare equivalenti “secondo criteri oggettivi d’indole qualitativa” i servizi resi ai clienti dai distributori off-line selezionati con quelli resi dai distributori on-line selezionati.

- in ogni caso, il fornitore può negare l’accesso alla sua rete di distribuzione selettiva a quei distributori on-line che, tramite pubblicità (per esempio, attraverso banner che contengano un collegamento territoriale ai siti Internet di terzi) operino vendite attive mirate a territori in cui operano esclusivamente altri distributori esclusivi. **MP**

³ (S. Corte di Giustizia Europea 13.10.2011 nel proc. C-439/09).