

LE RETI DI DISTRIBUZIONE SELETTIVA: COSA SI PUÒ FARE, COSA NON SI PUÒ FARE E COSA SI PUÒ VIETARE

In occasione di questo numero di Marketplace facciamo chiarezza ed esaminiamo le principali regole delle reti di distribuzione selettiva nei termini di ciò che è previsto dalla vigente normativa di legge europea che regola tale tipo di accordi.



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.

Le reti di distribuzione selettiva

Le reti di distribuzione selettiva sono costituite dai produttori per canalizzare in ogni paese UE la vendita di prodotti di lusso, prestigio o di alta tecnologia, per i quali occorrono in capo ai rivenditori particolari competenze e "facilities" ossia capacità di svolgere servizi adeguati di gamma, presentazione, consulenza ed eventualmente assistenza ai clienti; i distributori esclusivi nazionali nominati o le filiali nazionali del produttore individuano, selezionano e nominano un certo numero di rivenditori esclusivi che possiedono le suddette qualità di eccellenza, costituendo quindi una rete di distribuzione selettiva nazionale che fa capo ad essi e, tramite loro, alla più vasta rete di distribuzione selettiva europea, così costituita.

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

Le reti di distribuzione selettiva, che godono di esenzioni rispetto alle ordinarie strette maglie delle regole dell'antitrust europeo, sono attualmente disciplinate dal Regolamento UE 330/2010, in vigore dall'1 giugno 2010 al 31 maggio 2022 detto anche VABER. Come tutti i regolamenti, il VABER 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 compre-

si quindi i giudici nazionali che sono tenuti ad interpretare e applicare le leggi nazionali in conformità ai regolamenti.

Quali accordi rientrano nell'esenzione di cui al Reg. 330/2010

Il VABER riguarda, con alcune eccezioni, i soli **accordi verticali tra imprese non concorrenti** (quindi, ad esempio, gli accordi tra Philips ed i suoi distributori e non gli accordi "orizzontali" tra Philips e Sony, Samsung e/o altri concorrenti). Eccezionalmente, sono compresi anche **alcuni accordi verticali tra imprese concorrenti**, tra cui: (1) Gli accordi verticali conclusi nell'ambito di un gruppo di acquisto o altra associazione di rivenditori, purché nessun rivenditore realizzi un fatturato annuo superiore ai 50 milioni di Euro (senza contare le transazioni con le sue collegate); (2) gli accordi di "doppia distribuzione" in cui il fornitore distribuisce anch'esso i beni da esso venduti ad un altro distributore, non concorrente.

Quali sono le condizioni per l'esenzione?

Gli accordi fruiscono dell'esenzione prevista dal VABER, malgrado alcuni contenuti che sarebbero normalmente vietati, se:

- non contengono restrizioni fondamentali della concorrenza
- il fornitore (= produttore, importatore, distributore nazionale), 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.

In particolare: (1), se la rete di distribuzione selettiva è composta di **"due gradini"** (Fornitore e Rivenditore autorizzato), il Fornitore non dovrà possedere una quota superiore al 30% del mercato rilevante di vendita e il Rivenditore autorizzato una quota superiore al 30% del mercato rilevante di acquisto; (2) se la rete è formata da tre **"gradini"** (Fornitore, Distributore autorizzato, Rivenditore autorizzato), il Fornitore e il Distributore non dovranno avere più del 30% del mercato "a valle" di ciascuno, ed il Distributore ed il Rivenditore non dovranno superare al quota del 30% dei rispettivi mercati "a monte".

Come si calcolano esattamente le quote di mercato?

Le quote di mercato si calcolano sul valore totale di tutto quanto il mercato nel corso dell'anno precedente (rispettivamente, come si è detto, a valle di chi vende e a monte di chi acquista); se non è disponibile il valore, il mercato può essere calcolato sulla base di altri elementi disponibili, quali ad esempio il volume.

Uso proprio o acquirenti integrati nella produzione o rete di vendita:

- (1) I prodotti destinati all'uso proprio ("in house production") del fornitore o dell'acquirente non vanno considerati ai fini del calcolo delle dimensioni del mercato su cui vanno calcolate le quote (potranno valere solo ai fini generali per analizzarne la struttura competitiva);
- (2) le vendite a fornitori del produttore/fornitore integrati nella produzione o a distributori/rivenditori integrati nella sua rete di vendita sono invece da considerarsi ai fini della quota di mercato del fornitore stesso.

Qual è il mercato rilevante su cui si calcolano le quote?

La Commissione, in un documento ufficiale del 1997

--><https://bit.ly/2PmCgpm> definisce il mercato rilevante sulla base di due elementi da prendere entrambi in considerazione:

- (1) Mercato rilevante del prodotto: è il mercato dei beni/servizi considerati equivalenti o sostituibili dal consumatore medio per caratteristiche, prezzi o uso perseguito;
- (2) Mercato rilevante geografico: è l'area geografica in cui le imprese interessate si occupano della fornitura dei relativi prodotti/servizi e in cui sussistono condizioni di concorrenza abbastanza omogenee, che si distinguono da quelle delle aree contigue in cui sussistono condizioni di concorrenza apprezzabilmente distinte (ad es. un mercato nazionale).



E se non si applica il regolamento di esenzione?

Possiamo avere in tal caso le seguenti situazioni:

Raggiungimento parziale: Se la quota del 30% è raggiunta da alcuni prodotti ma non da altri, il VABER di esenzione vale solo per i prodotti che non integrano la suddetta quota; per gli altri non vale l'esenzione.

Periodo di tolleranza: se la quota di mercato supera in un anno il 30% ma non il 35%, il VABER continua ad applicarsi per due anni consecutivi e non oltre; se supera il 35%, per un solo anno successivo.

Le percentuali del 30% + 30% sono superate, o non ricorrono le altre condizioni di esenzione ed il VABER non si applica: in tal caso la checklist da seguire per verificare la legittimità o meno dell'accordo si articola in tre passaggi:

(1) L'accordo ha un effetto rilevante nel commercio tra Stati membri (o all'interno del mercato nazionale?)

Sussiste in proposito una presa di posizione della Commissione sugli accordi di minore importanza (De Minimis Notice: <https://bit.ly/38hSMjr>) ai sensi del quale la Commissione informa che normalmente non inizierà procedimenti nel caso di accordi tra: - Piccole o medie imprese, o - Grandi imprese con quote di mercato nei mercati rilevanti non superiori, a seconda dei casi, al 15% (accordi tra non concorrenti), al 10% (accordi tra concorrenti) o al 5% (cumulo di più accordi verticali paralleli).

(2) L'accordo contiene restrizioni espressamente vietate? Gli accordi finalizzati, ad esempio, al mantenimento dei prezzi, o a impedire il commercio parallelo tra stati membri, sono sempre vietati, anche se di minore importanza.

--><https://bit.ly/2DZ9GW7>

(3) L'accordo, se la risposta ai punti 1 e 2 è sì, merita dell'esenzione prevista all'art. 101 n. 3 o (quanto al diritto italiano) all' articolo 2, n.3 della L.287/90)?

--><https://bit.ly/38o2ikK>

Il caso delle start-up:

Nel caso di **start up che richiedono ingenti investimenti iniziali** per iniziare e/o sviluppare un nuovo mercato (ad esempio: lancio di un nuovo marchio o di marchio non nuovo in un determinato mercato, o di un nuovo prodotto di un determinato marchio) in cui non c'era precedente domanda per un deter-

minato prodotto o per un determinato prodotto da un determinato produttore, si ritiene che restrizioni alla concorrenza normalmente vietate ex art. 101 TUFE (quindi in ipotesi, in presenza di quote superiori al 30%) siano ammesse per un periodo iniziale di due anni da quando il prodotto è immesso per la prima volta sul mercato. Si noti che mancano in punto precedenti concreti e che il tenore letterale del documento della Commissione *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, che al paragrafo 61 illustra tale esenzione, è relativamente vago.

In cosa consiste l'esenzione?

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:

Clausole normalmente vietate ma esonerate (esempi):

- **Obbligo di fornire:** Obbligo del fornitore di vendere i prodotti contrattuali ai soli distributori o rivenditori autorizzati (il che non può mai tradursi, tuttavia, in un'esclusiva per il distributore/rivenditore, posto che il fornitore dovrà poter vendere a terzi modelli o prodotti diversi da quelli pattuiti e comunque non sarà responsabile per le vendite dei prodotti pattuiti da parte di terzi nella zona);
- **Obbligo di acquistare:** Obbligo del distributore autorizzato di acquistare i prodotti contrattuali solo dal fornitore e del rivenditore autorizzato di acquistarli solo dal distributore.
- **B2B: Divieto di vendite attive:** divieto

ai distributori e ai rivenditori autorizzati di cercare attivamente altri distributori o rivenditori a cui vendere i prodotti contrattuali al di fuori della zona assegnata. Quanto al concetto di «vendita attiva» a mezzo internet: «La Commissione considera la pubblicità on-line specificamente indirizzata a determinati clienti una forma di vendita attiva a tali clienti. I banner che mostrino un collegamento territoriale su siti Internet di terzi rappresentano ad esempio una forma di vendita attiva sul territorio in cui tali banner sono visibili ... Il pagamento di un compenso ad un motore di ricerca o ad un provider pubblicitario on-line affinché vengano presentate inserzioni pubblicitarie specificamente agli utenti situati in un particolare territorio»

Clause non esonerate (esempi):

• **B2B – Liceità delle vendite incrociate tra membri della rete:** sono sempre permesse, e non si possono vietare, le vendite dei prodotti contrattuali tra distributori o tra rivenditori autorizzati, anche residenti in stati europei diversi, facenti parte della medesima rete di distribuzione selettiva, anche se pan europea. Si possono invece vietare le vendite ad altri distributori e/o rivenditori che NON fanno parte della rete.

• **B2B: Liceità delle vendite passive:** non è possibile vietare a distributori o a rivenditori autorizzati di vendere i prodotti contrattuali ad altri distributori o a rivenditori (anche non membri della rete) – che ne facciano spontaneamente richiesta (un esempio tipico di vendita “ passiva” è la vendita a mezzo internet).

• **B2B: Liceità del divieto di vendite attive:** divieto ai distributori e ai rivenditori autorizzati di cercare attivamente altri distributori o rivenditori a cui vendere i prodotti contrattuali al di fuori della zona assegnata.

• **B2C: Liceità delle vendite attive e passive ai clienti finali:** i rivenditori autorizzati (ma non i distributori autorizzati che operino, in quanto tali, esclusivamente come “ grossisti”) devono essere sempre liberi di vendere ai consumatori finali, sia attivamente, sia passivamente.



Alcuni punti fermi stabiliti dalla Commissione UE e dalla Corte di Giustizia Europea:

Per completare il quadro espositivo riporto, in modo necessariamente conciso, alcuni importanti punti fermi relativi all'interpretazione della normativa sulle reti di distribuzione selettiva:

(1) **“In linea di principio, a qualsiasi distributore deve essere consentito di utilizzare internet per vendere i prodotti. In generale, l'esistenza di un sito internet è considerata una forma di vendita passiva...”** (Linee Guida sulle Restrizioni verticali, n. 52).

(2) La Commissione evidenzia una specifica criticità **nella richiesta ai rivenditori che fanno parte di una rete di distribuzione selettiva di possedere almeno un punto vendita fisico.** Secondo la Commissione, infatti, 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. Da qui una particolare attenzione delle autorità di sorveglianza su questo punto.

(3) A certe condizioni (ossia: effettiva necessità di tutelare l'immagine di prestigio o di lusso di un prodotto, ordinariamente venduto tramite una rete di distribuzione selettiva) **è possibile vietare a un rivenditore autorizzato di vendere su marketplace i prodotti ordinariamente commercializzati tramite una rete di distribuzione selettiva.** (CGUE causa C-230/16 Coty Germany GmbH/ Parfumerie Akente GmbH).

(4) **Possibilità di vietare ad un terzo, che non fa parte di una rete di distribuzione selettiva, di vendere on line prodotti di lusso o di prestigio destinati dal fabbricante ad una propria rete di distribuzione selettiva.** (CGUE, sen-

tenza del 23 aprile 2009, caso C-59/08 Copad c. Christian Dior e altri).

(5) **Possibilità per il titolare di un marchio di opporsi (sulla base del marchio stesso) alle importazioni parallele del prodotto di proprio marchio da altro Stato UE o SEE,** sulla base di tre condizioni: (a) l'esistenza di una rete di distribuzione selettiva; (b) trattarsi di un prodotto di lusso o prestigio; (c) sussistenza di un pregiudizio, effettivo o potenziale, all'immagine di lusso o di prestigio a seguito della commercializzazione tramite importazione parallela. Concorrendo le tre condizioni, il fornitore TIZIO, titolare del marchio (ai sensi dell' art.7.2 della Direttiva 2008 /95/ CE, disposizione attuata in Italia dal Codice della Proprietà Intellettuale, art. 5) può sostenere che il prodotto non è mai stato immesso legittimamente in commercio e conseguentemente che il proprio diritto di marchio non si è mai esaurito; egli può quindi agire non solo (contrattualmente) contro il distributore autorizzato che ha in ipotesi violato il contratto, ma, sulla base della tutela del marchio, direttamente contro il terzo che ha acquistato i prodotti da quest' ultimo per importarli in un altro Stato Membro.