

Il report preliminare della Commissione sulle vendite on-line: i punti chiave e le implicazioni per le imprese nell'immediato

Contenuti

1. Gli esiti preliminari dell'indagine conoscitiva nel settore dell'e-commerce
2. Implicazioni per le imprese nell'immediato

Negli ultimi anni, l'attenzione della Commissione europea e delle autorità *antitrust* nazionali si è rivolta sempre più di frequente ai mercati *on-line*. È in questo contesto che, nel maggio 2015, la Commissione europea ha avviato una **indagine conoscitiva** sul commercio *on-line*, con cui si propone di acquisire *know-how* specifico in tale settore, sia al fine di valutare eventuali interventi legislativi, sia al fine di verificare la liceità dei comportamenti tenuti dai vari operatori ivi attivi.

Lo scorso 15 settembre, la Commissione europea ha pubblicato i primi risultati dell'indagine sotto forma di un *Report*, che rappresenta una preziosa opportunità per cogliere indicazioni circa aree che la Commissione europea e le autorità nazionali potrebbero ritenere di interesse in un'ottica di *enforcement* nel prossimo futuro, anche in ragione del fatto che negli ultimi anni si è assistito a numerosi casi controversi e zone grigie in ordine ai quali era opportuna una guida.¹

La Commissione ha annunciato la pubblicazione di un *report* definitivo nel primo trimestre del 2017, a valle dell'esame dei contributi pervenuti dagli operatori del settore. In questo contesto è lecito attendersi l'avvio, sia da parte della Commissione europea, sia da parte delle autorità *antitrust* nazionali, di procedimenti istruttori al fine di reprimere le condotte anti-competitive in tal modo identificate, conformemente alla prassi delle autorità *antitrust* ed alle dichiarazioni in tal senso rilasciate dal Commissario europeo per la concorrenza.²

1. Gli esiti preliminari dell'indagine conoscitiva nel settore dell'e-commerce

Il *report* preliminare sull'indagine conoscitiva nel settore dell'*e-commerce* appena pubblicato è piuttosto esteso e complesso. In linea generale, emerge un contesto competitivo piuttosto ricco e dinamico, con una notevole articolazione e varietà dell'offerta dei prodotti rinvenibili *on-line* ed una conseguente pressione al ribasso sui prezzi. La Commissione, però, ha anche individuato taluni possibili ostacoli al pieno dispiegarsi delle potenzialità connesse al commercio *on-line*, concentrandosi su quelli che risultano dagli accordi contrattuali tra i vari *players* del mercato, nell'ottica di verificare se gli stessi siano o meno compatibili con l'articolo 101 TFUE, che vieta per l'appunto gli accordi restrittivi della concorrenza.

In particolare, ci sembra che le indicazioni più rilevanti emerse dal *Report* siano le seguenti:

¹ Si segnala preliminarmente che il presente contributo ha esclusivamente ad oggetto i rilievi formulati dalla Commissione con riferimento al commercio *on-line* di beni e non anche di contenuti digitali.

² Anche limitando l'analisi ai soli procedimenti *antitrust* condotti a livello europeo – eccettuando, cioè, i ben più numerosi procedimenti avviati dai singoli Stati membri – a valle delle sole due ultime indagini conoscitive sono state coinvolte in procedimenti istruttori circa 50 imprese.

a. **Settori economici più esposti e fattispecie più problematiche**

La Commissione osserva che le pratiche potenzialmente problematiche si concentrano nei settori *clothing&shoes*, *cosmetics&healthcare*, *sports&outdoor*, *house&garden*, *media*, *toys&healthcare*, *household appliances*, *consumer electronics* e *computer games*. In generale, la Commissione è preoccupata:

- i. delle possibili differenze/discriminazioni tra i prezzi praticati *on-line* e *off-line* per i medesimi prodotti/servizi;
- ii. dalle possibili differenze e discriminazioni in relazione ai prezzi praticati per i medesimi prodotti/servizi a seconda dello Stato membro in cui si trova il cliente finale;
- iii. dalle situazioni in cui i produttori/fornitori impongano direttamente o indirettamente il prezzo di rivendita che i loro distributori/rivenditori devono praticare.

Si segnala che, sulla base dei risultati del *Report*, l'Italia è il Paese in cui è più alta la percentuale di distributori/rivenditori che sono vincolati da almeno una tipologia di tali restrizioni.

b. ***Geo-blocking/Geo-filtering***

La Commissione adotta una posizione molto netta, peraltro attesa, con riferimento agli accordi tra *manufacturers* e *retailers* che introducono pratiche di ***geo-blocking*** (*i.e.* pratiche commerciali che, direttamente o indirettamente, impediscano ai consumatori di un dato Stato membro di acquistare beni o servizi *on-line* in o da determinati altri Stati membri) e ***geo-filtering*** (*i.e.* pratiche che consentano ai consumatori di accedere ed acquistare beni o servizi *cross-border*, ma a termini e condizioni diversi da Stato membro a Stato membro), ritenendo che esse possano costituire gravi restrizioni della concorrenza.³ Ad esempio, rientra in tali pratiche l'impedimento da parte dei produttori/fornitori dell'accesso al proprio sito *internet* a consumatori siti in altri Stati membri.

Al riguardo, il *Report* dà altresì conto delle esplicite lamentele inoltrate da alcuni distributori/rivenditori per le misure di ritorsione adottate dai produttori/fornitori a seguito della conclusione di vendite in Stati membri diversi da quello in cui tradizionalmente operavano.⁴

c. ***On-line marketplaces***

Il *Report* affronta apertamente il tema molto controverso – su cui peraltro pende un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁵ – della compatibilità con la normativa *antitrust* delle condotte con cui un produttore/fornitore impedisca ai propri distributori di vendere attraverso piattaforme *on-line*.⁶ La Commissione assimila a questi divieti anche le pratiche con cui il produttore/fornitore si riserva una approvazione preventiva per qualunque *marketplace* su cui il

³ La Commissione rileva inoltre la diffusione di altre restrizioni contrattuali indirettamente in grado di limitare il commercio intracomunitario, come ad esempio obblighi, per il *retailer*, di tradurre il proprio sito *web* nella lingua propria di ciascuno Stato membro in cui intende consegnare il prodotto (Cfr. paragrafo 373 del *Report*).

Peraltro, è interessante notare che nel paragrafo 393 la Commissione arricchisce la lista delle pratiche che possano considerarsi "vendite attive", ritenendo vi ricada l'apertura di un sito *web* che sia diretto ad uno specifico Stato membro: a questo riguardo, si considera "*country-specific*" (e dunque vendita attiva) l'apertura di un sito *internet* che abbia uno specifico dominio nazionale (ad esempio .it per l'Italia).

⁴ Cfr. paragrafo 375 del *Report*.

⁵ Cfr. caso C-230/16, *Coty Germany GmbH vs Parfümerie Akzente GmbH*.

⁶ Ciò può avvenire sia direttamente che indirettamente, ad esempio imponendo al distributore/rivenditore di rivendere solo su siti il cui dominio contenga la ditta di quest'ultimo (Cfr. paragrafo 435 del *Report*).

distributore/rivenditore intenda vendere i propri prodotti.

Al riguardo la Commissione innanzitutto riconosce, in linea di continuità con i propri *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, che tali restrizioni non possano essere considerate di per sé *hardcore*. In secondo luogo, sebbene il *Report* identifichi taluni criteri generali per valutare la liceità di tali pratiche, la Commissione non esclude che, in determinate circostanze, esse possano risultare comunque in contrasto con l'articolo 101 TFUE.⁷

d. **Fissazione diretta o indiretta del prezzo di vendita**

Come noto, le pratiche con cui un fornitore imponga i prezzi di rivendita al proprio distributore/rivenditore o renda di fatto vincolanti i prezzi raccomandati costituiscono restrizioni gravi della concorrenza. Sotto questo profilo, la Commissione rileva nell'indagine come dai questionari ricevuti siano emerse numerose evidenze di pratiche di questo genere, specialmente nei settori *clothing&shoes, house&garden e consumer electronics*.⁸

e. **Price-comparison tools**

Il *report* affronta altresì il tema delle piattaforme di comparazione di prezzo, che si limitano a mettere a confronto le varie offerte rinvenibili *on-line*.

Al riguardo, la Commissione ritiene che l'imposizione da parte del fornitore di una restrizione al distributore/rivenditore di avvalersi di questi strumenti di promozione possa essere giustificata se fondata su criteri oggettivi di natura qualitativa, tali da generare incrementi di efficienza.

Il punto rimane comunque aperto, atteso che la Commissione in questi esiti preliminari mantiene un approccio cauto in attesa dei contributi che perverranno nel prosieguo dell'indagine.

f. **Distribuzione selettiva e "rivenditori *on-line* puri"**

La Commissione sembra avere iniziato un percorso di ripensamento rispetto alla facoltà, fin qui generalmente ammessa, per un produttore/fornitore di accettare nel proprio sistema distributivo solo quegli operatori che avessero almeno un punto di vendita fisico (con conseguente possibilità di escludere i *pure on-line resellers* dalla propria rete di distribuzione).

In particolare, sebbene attualmente questo genere di clausole sia espressamente esentato ai sensi della disciplina sugli accordi verticali (a condizione che le parti non abbiano quote di mercato superiori al 30%),⁹ la Commissione sembra aver rilevato che tale limitazione possa porre problemi competitivi, specie nell'ambito di sistemi di distribuzione selettiva.

g. **Altri generi di restrizioni**

La Commissione segnala di aver ricevuto alcuni limitati riscontri in merito all'esistenza di divieti assoluti imposti dai produttori/fornitori alle proprie controparti di non vendere su *internet*. Come noto,

⁷ Cfr. paragrafi 472-473 del *Report*.

⁸ Cfr. paragrafo 537 del *Report*.

⁹ Cfr. paragrafo 228 del *Report*.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Roma

Piero Fattori
Tel. +39 06 478751
pfattori@gop.it

Alberto Pera
Tel. +39 06 478751
apera@gop.it

Matteo Padellaro
Tel. +39 06 478751
mpadellaro@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Hong Kong

Londra

New York

www.gop.it

Settembre 2016

4

tali divieti assoluti di vendita *on-line* sono di per sé contrari all'articolo 101 TFUE.

La Commissione inoltre si occupa, per il momento fuggacemente, di un tema rilevante a ciò connesso e cioè le limitazioni che il produttore/fornitore possa imporre ai *retailers* con riferimento all'utilizzo da parte di questi ultimi del proprio *brand* e dei propri marchi per la promozione sul *web*.

La Commissione sembrerebbe perplessa rispetto a restrizioni che trovino applicazione anche quando l'utilizzo da parte dei *retailers* non violi la disciplina sui diritti di proprietà intellettuale. La Commissione inoltre nutre dei dubbi sulla compatibilità di clausole che restringano la possibilità di utilizzare o effettuare *bid* utilizzando il marchio del fornitore come parola-chiave al fine di avere una visibilità preferenziale sui motori di ricerca, come ad esempio *Google adverts*, anche in termini di posizione nel *ranking*.

Infine, si segnalano le preoccupazioni espresse nel *Report* con riferimento alle restrizioni territoriali, che possono assumere forme diverse. Ad esempio, la Commissione menziona il caso in cui il *manufacturer* non conceda una garanzia valida su tutto il territorio dell'Unione.¹⁰

2. Implicazioni per le imprese nell'immediato

Il *report* sembra suggerire alle imprese interessate due linee di azione parallele al fine di non farsi trovare impreparate dinanzi a tali sviluppi.

In primo luogo, si segnala che il *report* è aperto a consultazione pubblica, con termine per presentare le osservazioni fissato al 18 novembre 2016. Data la rilevanza che riveste il documento al fine di definire le *policy* europee di intervento nei prossimi anni in un settore tanto significativo, le imprese potrebbero presentare osservazioni sul testo del *Report*, in quanto ciò rappresenta una preziosa opportunità di instaurare un contraddittorio preventivo con la Commissione europea nella fase di definizione delle *policy* di intervento delle autorità *antitrust* nei prossimi anni. Invero, la Commissione ha già dimostrato in situazioni analoghe di prestare ascolto alle istanze degli *stakeholders*.

In secondo luogo, come rilevato, la Commissione ha posto particolare enfasi sulla illiceità di talune pratiche restrittive, che possono risultare tanto da pattuizioni contrattuali, quanto da comportamenti di fatto, quali la fissazione di prezzo o le varie condotte di *geo-blocking* e *geo-filtering*. Alla luce del fatto che la Commissione ha ricevuto delle specifiche rimostranze in tal senso da parte dei distributori/rivenditori (i quali potrebbero anche agire per il risarcimento del danno dinanzi alla corti civili), le imprese dovrebbero verificare accuratamente la loro esposizione al rischio *antitrust* per quanto riguarda le pratiche *on-line* e ciò anche nell'ambito degli eventuali programmi di *antitrust compliance* esistenti o in corso di predisposizione. Da questo punto di vista, è interessante notare come la Commissione europea stessa abbia precisato che uno degli obiettivi del *report* è proprio quello di fornire alle imprese una guida circa le priorità di *enforcement* delle autorità *antitrust*, al fine di indirizzare correttamente gli sforzi di prevenzione del rischio degli operatori del mercato.

¹⁰ La Commissione non fornisce, per il momento, indicazioni particolarmente rilevanti o innovative in merito ai rapporti tra produttori/fornitori, da un lato e piattaforme di e-commerce, dall'altro. Il punto controverso è se – ed a quali condizioni – le piattaforme di e-commerce possano essere ritenute "agenti genuini" ai sensi del diritto *antitrust*. Ove ciò fosse il caso, alcune restrizioni *hardcore* concordate con le piattaforme suddette sfuggirebbero all'applicazione delle regole della concorrenza (e ciò perché le condotte poste in essere dai cc.dd. agenti genuini non sono considerate "intese tra imprese indipendenti" ai sensi dell'articolo 101 TFUE).