

Newsletter

Newsletter di Diritto dell'Unione europea

I blocchi geografici e l'uso dei marchi nelle ricerche online: verso la realizzazione del mercato unico digitale europeo

Introduzione

Con decisione pubblicata il 25 gennaio 2019 ("**Decisione**"), la Commissione europea ("**Commissione**") ha inflitto a una casa di abbigliamento statunitense ("**Gruppo**") un'ammenda di circa 80 milioni di Euro – sanzione poi ridotta a circa la metà per effetto della riconosciuta collaborazione prestata alla Commissione dal Gruppo - per aver imposto in capo ai propri rivenditori, tra il 2014 e il 2017, una serie di restrizioni che avrebbero ostacolato le vendite transfrontaliere e consentito di mantenere artificialmente più elevati i prezzi dei prodotti venduti in alcuni Stati Membri dell'Europa centrale e orientale ([decisione nel caso AT. 40428](#)¹).

In particolare, il Gruppo commercializza abbigliamento e accessori con diversi marchi attraverso un sistema di **distribuzione selettiva**, all'interno del quale i rivenditori autorizzati sono scelti sulla base di criteri qualitativi. In tale contesto, gli accordi di distribuzione avrebbero impedito ai rivenditori autorizzati di:

- (i) utilizzare il nome e i marchi del Gruppo nella pubblicità a pagamento sui motori di ricerca online (c.d. "**trademark bidding**");
- (ii) realizzare vendite con consumatori stabiliti al di fuori dei territori assegnati a distributori autorizzati, creando così i c.d. **blocchi geografici**;
- (iii) effettuare vendite online senza **previa autorizzazione** da parte del Gruppo, che godeva di ampia discrezionalità in proposito;
- (iv) effettuare **forniture incrociate** ("cross-selling") tra grossisti e dettaglianti autorizzati, e

¹ Decisione della Commissione del 17 dicembre 2018, C(2018) 8455 final.

- (v) stabilire liberamente il **prezzo di rivendita** al dettaglio.

La decisione in commento fornisce utili indicazioni in merito ad alcune pratiche riguardanti la vendita e la pubblicità online.

Pubblicità online

Con riferimento alla pubblicità online, la Decisione deve ritenersi particolarmente innovativa in quanto, per la prima volta, la Commissione ha ritenuto anticoncorrenziale un divieto di c.d. **trademark bidding**, ovvero sia l'acquisto della parola chiave corrispondente a un marchio di un terzo per ottenere un miglior posizionamento negli annunci a pagamento sui motori di ricerca online.

Come anticipato, secondo la Commissione, il Gruppo avrebbe impedito ai propri rivenditori autorizzati l'utilizzo di alcuni marchi come parole chiave nella pubblicità a pagamento sui motori di ricerca. Secondo la Commissione, tale divieto era inteso a evitare che il portale ufficiale del Gruppo perdesse traffico a vantaggio dei siti internet dei singoli rivenditori. Così facendo, veniva quindi limitata la possibilità per ciascun rivenditore di raggiungere un maggior numero di consumatori, in particolare quelli localizzati in Stati Membri diversi dal territorio assegnato a ogni distributore. A tale riguardo, nel contesto della propria indagine settoriale sul commercio elettronico, la Commissione aveva già osservato che simili restrizioni possono sollevare criticità concorrenziali nel momento in cui limitano la possibilità dei rivenditori di indirizzare i clienti verso i loro siti internet².

Ciò detto, la questione non è del tutto nuova nel panorama antitrust. Già nel 2015, infatti, l'Autorità di concorrenza tedesca (*Bundeskartellamt*)³ aveva ritenuto un simile divieto in contrasto con la normativa antitrust nazionale e UE. Secondo quanto rilevato dal *Bundeskartellamt* nella predetta decisione, in particolare, il divieto di *trademark bidding* non poteva giustificarsi dal momento che tale restrizione non aveva equivalenti nella vendita in punti vendita "fisici", non assicurava o migliorava la qualità della distribuzione e non era giustificabile nemmeno in virtù di esigenze di protezione del marchio. Sotto quest'ultimo aspetto, il *Bundeskartellamt* ha ritenuto che un divieto *tout court* di uso del marchio fosse sproporzionato, essendo possibile l'adozione di misure meno invasive, quali ad esempio l'imposizione ai distributori di determinati requisiti per il "design" delle pubblicità online tali da evitare confusione nei consumatori circa l'origine dei prodotti.

A una simile conclusione è giunta di recente anche la *Federal Trade Commission* statunitense (FTC). In particolare, con decisione del novembre 2018, la FTC ha ritenuto in violazione delle norme antitrust un accordo tra un distributore online di lenti a contatto e i suoi concorrenti con il quale le parti si impegnavano ad astenersi reciprocamente dal competere per aggiudicarsi le parole chiave corrispondenti ai rispettivi marchi a cui associare le pubblicità sui motori di ricerca online. Un simile accordo, secondo la FTC, avrebbe effetti restrittivi della concorrenza

² "Given the importance of search engines for attracting customers to the retailers' website and improving the findability of their online offer, such restrictions could however raise concerns under Article 101 TFEU, should they restrict the effective use of the internet as a sales channel by limiting the ability of retailers to direct customers to their website. Conversely, restrictions on the ability of retailers to use the trademark/brand name of the manufacturer in the retailer's own domain name rather help avoiding confusion with the manufacturer's website" (Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, par. 632).

³ *Bundeskartellamt*, decisione del 26 agosto 2015, confermata dalla Corte Federale tedesca il 12 dicembre 2017.

(non consentendo ai consumatori di visualizzare le migliori offerte degli altri distributori di lenti) e, per di più, danneggerebbe società come Google, le quali vedrebbero diminuire i propri profitti per effetto della mancata presentazione di offerte “al rialzo” nelle gare per l’utilizzo delle parole chiave su AdWords⁴.

Vendite transfrontaliere

Secondo la Commissione, il Gruppo avrebbe impedito a ciascun distributore autorizzato di realizzare vendite con consumatori stabiliti al di fuori del territorio assegnato. Tali restrizioni avrebbero riguardato sia le vendite attive, ossia quelle derivanti da ordini sollecitati dei clienti, sia le **vendite passive**, ossia quelle in risposta ad ordini non sollecitati di singoli clienti.

Sotto questo ultimo profilo, come sottolineato dalla stessa Commissione, la Decisione “è complementare” rispetto alle previsioni del regolamento (UE) 2018/302 sui blocchi geografici applicabile dal 3 dicembre 2018⁵ (il “**Regolamento**”), che, a determinate condizioni, vieta le restrizioni di vendite *passive* transfrontaliere imposte in capo a un distributore.

Il Regolamento, che si inserisce nel quadro della strategia per il mercato unico digitale europeo lanciata dalla Commissione nel maggio del 2015, introduce specifiche misure finalizzate a evitare la **discriminazione** basata sulla nazionalità, sul luogo di residenza o di stabilimento, nell’ambito di transazioni **transfrontaliere**, sia online che offline, tra un **professionista** (sia esso persona fisica o giuridica) e un **cliente** (sia esso un consumatore o un’impresa, purché operi in qualità di utente finale) per la vendita di beni o la fornitura di servizi all’interno dell’UE.

Il Regolamento prevede altresì che, a partire dal 23 marzo 2020, saranno da considerarsi **nulle** le previsioni riguardanti le vendite passive, e contenute in accordi conclusi prima del 2 marzo 2018, volte a imporre ai professionisti di agire in violazione ai divieti di cui agli artt. 3, 4 e 5 del Regolamento⁶. È questo, solo per fare un esempio, il caso in cui un fornitore francese vieti a un proprio rivenditore italiano di servire clienti francesi che abbiano autonomamente scoperto il sito (italiano) del rivenditore e intendano utilizzare tale versione del sito per effettuare i loro acquisti.

Conclusioni

La decisione in commento impone agli operatori un’attenta revisione dei propri sistemi di distribuzione al fine di garantirne la conformità con la normativa antitrust e, a partire dallo scorso dicembre, con il Regolamento.

A tal riguardo, sarà utile altresì tenere in considerazione le risultanze del **procedimento di revisione**, avviato dalla Commissione UE nel novembre 2018, del regolamento (UE) n.

⁴ Maggiori informazioni sono disponibili al seguente indirizzo <<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/141-0200/1-800-contacts-inc-matter>>.

⁵ Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell’ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE (GU L 60 I del 2.3.2018, pag. 1).

⁶ Per converso, il Regolamento non incide sull’applicazione delle norme sulla concorrenza, in particolare gli articoli 101 e 102 TFUE e fa salvi gli accordi che limitano le vendite attive ai sensi del regolamento (UE) n. 330/2010 o quelli riguardanti le vendite passive che non ricadono nell’ambito di applicazione degli artt. 3, 4 e 5 del Regolamento.

330/2010. Nel contesto di tale procedimento, finalizzato principalmente a verificare l'attualità della disciplina sugli accordi verticali con la sempre maggiore rilevanza dell'e-commerce e delle piattaforme digitali, gli operatori potranno formulare le loro osservazioni in una fase di **consultazione pubblica** prevista per il primo quadrimestre del 2019.

Contatti

Stefania Bariatti

Of Counsel - Chiomenti
Dipartimento diritto dell'Unione europea,
internazionale e antitrust
T. +39 02 721 5 7410
stefania.bariatti@chiomenti.net

Cristoforo Osti

Partner - Chiomenti
Dipartimento diritto dell'Unione europea,
internazionale e antitrust
T. +39 02 7215 71
cristoforo.osti@chiomenti.net

Emilio Cucchiara

Counsel - Chiomenti
Dipartimento diritto dell'Unione europea,
internazionale e antitrust
T. +39 02 7215 7457
emilio.cucchiara@chiomenti.net
