CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JAN MAZÁK

presentate il 3 marzo 2011¹

I — Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è sorta nell'ambito di un ricorso con cui la Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS (in prosieguo: la «PFDC»), ha chiesto l'annullamento e, in subordine, la modifica della decisione del Conseil de la concurrence (Consiglio della concorrenza francese, in prosieguo: il «Consiglio») 29 ottobre 2008, 08-D-25. In tale decisione si è riscontrato che la PFDC aveva violato l'art. L.420-1 del Code de Commerce (Codice di commercio) e l'art. 81 CE (ora art. 101 TFUE), imponendo di fatto ai suoi distributori selezionati (autorizzati), nei suoi accordi di distribuzione selettiva, un divieto generale e assoluto di vendita su Internet di prodotti cosmetici e di igiene personale agli utilizzatori finali. Il Consiglio ha ritenuto il divieto di vendita su Internet derivante dal requisito, previsto nei contratti di distribuzione della PFDC, che la vendita dei prodotti di cui trattasi fosse effettuata nell'ambito di uno spazio fisico in presenza di un laureato in farmacia.

1 — Lingua originale: l'inglese.

II — Controversia nella causa principale e questione pregiudiziale

2. Il gruppo Pierre Fabre commercializza varie gamme di prodotti farmaceutici, omeopatici e parafarmaceutici. La PFDC ha come attività la fabbricazione e la commercializzazione di prodotti cosmetici e per l'igiene personale e dispone di più filiali, tra cui i laboratori cosmetici Avène, Klorane, Galénic e Ducray. Nel 2007, i gruppi Pierre Fabre e Cosmétique Active France, filiale de l'Oréal, erano preponderanti con il 20% e, rispettivamente, il 18,6% delle quote di mercato in ragione della loro anzianità e del loro «portafoglio» di marche.

3. I contratti concessi dalla PFDC per la distribuzione dei prodotti cosmetici e di igiene personale relativi ai marchi Avène, Klorane, Galénic e Ducray precisano che tali vendite devono essere realizzate in uno spazio fisico e con l'obbligatoria presenza di un laureato

in farmacia². Il giudice del rinvio afferma che è pacifico tra le parti che tali requisiti escludono, di fatto, tutte le forme di vendita via Internet.

4. Con decisione 27 giugno 2006, il Consiglio ha proceduto d'ufficio all'esame di pratiche attuate nel settore della distribuzione dei prodotti cosmetici e dell'igiene personale. Con decisione 8 marzo 2007, 07-D-07, il Consiglio ha accettato e reso vincolanti gli impegni proposti dalle imprese poste sotto esame, ad eccezione del gruppo Pierre Fabre, consistenti nel modificare i loro contratti di distribuzione selettiva al fine di prevedere la possibilità per i membri della loro rete di vendere i loro prodotti su Internet. L'esame delle pratiche del gruppo Pierre Fabre è stato stralciato dal relatore generale il 30 ottobre 2006.

5. I prodotti oggetto d'esame sono i prodotti cosmetici e di igiene personale distribuiti mediante sistemi di distribuzione selettiva e offerti con il consiglio di un farmacista. Tali prodotti, che fanno parte del più ampio

settore dei prodotti cosmetici e di igiene personale, sono, a tale titolo, assoggettati a vari requisiti relativi alla loro composizione e alla loro etichettatura. Tuttavia, non rientrando nella categoria dei medicinali e non essendo così assoggettati al monopolio dei farmacisti, nulla osta a che tali prodotti vengano liberamente commercializzati al di fuori della rete farmaceutica.

6. La concorrenza tra produttori sul mercato dei prodotti cosmetici e dell'igiene personale è viva in ragione, in particolare, della natura dei prodotti, per i quali l'innovazione svolge un ruolo centrale. La loro distribuzione è essenzialmente effettuata dalle farmacie, dalle parafarmacie indipendenti o integrate nei supermercati alimentari, nonché dalle profumerie. Le farmacie restano tuttavia il canale di distribuzione privilegiato, con oltre i due terzi delle vendite: tale situazione si spiega con il monopolio di distribuzione detenuto fino alla fine degli anni '80 e con la rete territoriale di cui esse dispongono, nonché in ragione dell'immagine positiva data dalla presenza di un farmacista e dalla prossimità della vendita di medicinali dispensati su ricetta. Nel contempo, le vendite su Internet, considerati tutti i prodotti, hanno conosciuto un forte progresso. Secondo il Consiglio, se è ancora troppo presto per misurare l'evoluzione delle vendite su Internet dei prodotti cosmetici e di igiene personale, le grandi marche di lusso nel settore della profumeria, della gioielleria o degli accessori hanno sviluppato

2 — L'art. 1.1 delle condizioni generali di tali contratti impone a ciascun distributore «di dimostrare la presenza fisica e permanente nel suo punto di vendita, e per tutta la durata del suo orario, di almeno una persona specificamente qualificata grazie alla sua formazione professionale per (...) consigliare all'istante nel punto di vendita il prodotto della [PFDC] più adatto agli specifici problemi di igiene e di cura, in particolare della pelle e delle fanere, che le vengono sottoposti. Tale persona deve essere titolare, a tal fine, di un diploma in farmacia rilasciato o riconosciuto in Francia». L'art. 1.2 precisa che tali prodotti potranno essere venduti solo «in un punto di vendita materiale ed individuato».

recentemente, in Francia o all'estero, i propri siti di vendita su Internet.

7. Nel corso della loro audizione dell'11 marzo 2008 presso la relatrice, i rappresentanti, tra l'altro, della PFDC hanno spiegato le ragioni che hanno indotto il gruppo Pierre Fabre a vietare la vendita dei suoi prodotti su Internet: «La natura di tali prodotti necessita del consiglio di uno specialista farmaceutico in ragione dell'azione di tali prodotti, sviluppati in un'ottica di cura (...). I nostri prodotti rispondono a problematiche di pelle particolari, come pelli intolleranti, con un rischio di reazione allergica. Consideriamo di conseguenza che la vendita su Internet non risponderebbe alle attese dei consumatori e dei professionisti della salute sui nostri prodotti e di conseguenza alle esigenze che noi fissiamo nelle nostre condizioni generali di vendita. Tali prodotti sono anche raccomandati dalla comunità medica (...)».

8. Il Consiglio, tenuto conto della potenzialità di sensibile incidenza sul commercio intracomunitario³, ha esaminato le pratiche con riferimento alle disposizioni dell'art. L.420-1 del codice di commercio e dell'art. 81 CE. Nella decisione, il Consiglio ha rilevato che,

imponendo ai suoi distributori autorizzati un divieto di vendita dei prodotti su Internet, la società PFDC limita la libertà commerciale dei suoi distributori escludendo un mezzo di commercializzazione dei suoi prodotti cosmetici e di igiene personale. La PFDC restringe, inoltre, la scelta dei consumatori desiderosi di acquistare via Internet. Il Consiglio ha altresì rilevato che il divieto fatto ai distributori autorizzati priva questi ultimi della facoltà di procacciarsi clienti mediante l'invio di un messaggio o di soddisfare richieste spontanee indirizzate sul loro sito e che tale pratica equivale ad una limitazione delle vendite attive e passive dei distributori.

9. Secondo il Consiglio il divieto ha necessariamente un oggetto restrittivo della concorrenza, che viene ad aggiungersi alla limitazione della concorrenza inerente alla scelta stessa di un sistema di distribuzione selettiva da parte del fabbricante, il quale limita il numero di distributori autorizzati a distribuire il prodotto e impedisce ai distributori di vendere tali prodotti a distributori non autorizzati. Poiché la quota di mercato dei prodotti Pierre Fabre è inferiore al 30%, il Consiglio ha esaminato se la pratica restrittiva sia coperta dal regolamento (CE) della Commissione 22 dicembre 1999, n. 2790, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate⁴, il che richiederebbe che le restrizioni non

3 — Dall'ordinanza di rinvio risulta chiaramente che l'incidenza sul commercio intracomunitario non è contestata dalle parti e che il giudice del rinvio la considera dimostrata.

4 — GU L 336, pag. 21.

costituiscono restrizioni gravi. Il Consiglio ha ritenuto che, per quanto la pratica di divieto di vendita via Internet non sia espressamente prevista nel regolamento comunitario, essa equivale ad un divieto di vendite attive e passive. Di conseguenza, il divieto praticato nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva costituisce, in forza dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, una restrizione grave, che non può fruire dell'esenzione automatica del regolamento.

10. La PFDC ha sostenuto, tra l'altro, di avere il diritto di vietare le vendite su Internet, poiché il gestore di una rete conserva il diritto di vietare vendite da parte di un distributore autorizzato «a partire da un luogo di stabilimento non autorizzato». La PFDC ha affermato che, quand'anche il divieto di vendita su Internet integrasse una restrizione grave, spetterebbe all'autorità della concorrenza dimostrare l'oggetto o l'effetto della pratica grazie ad un esame individuale della pratica che il relatore non avrebbe nella specie effettuato. La PFDC ha inoltre sostenuto che, tenuto conto della rete eccezionale ed omogenea costituita dai punti di vendita fisici dei distributori, tutti i consumatori hanno accesso ai rivenditori PFDC e che, così, la pratica è priva di ogni effetto sulla concorrenza tra marche.

11. Il Consiglio ha reputato che un sito Internet non è un luogo di commercializzazione, ma uno strumento di vendita alternativo. Il Consiglio ha inoltre constatato, tra l'altro, che le pratiche restrittive gravi ai sensi del regolamento n. 2790/1999 costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto, senza che si renda necessario dimostrare maggiormente in dettaglio sotto quale aspetto tale oggetto è restrittivo della concorrenza, né analizzare gli effetti delle pratiche.

12. Per quanto riguarda la questione dell'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE (ora art. 101, n. 3, TFUE) e dell'art. L.420-4 del codice di commercio, il Consiglio ha ritenuto che la PFDC non abbia dimostrato il progresso economico e il carattere indispensabile della restrizione di concorrenza in modo tale da poter fruire dell'esenzione individuale, rilevando tra l'altro che la PFDC non aveva dimostrato che la pratica controversa contribuisse a migliorare la distribuzione dei prodotti dermo-cosmetici prevenendo i rischi di contraffazione e di concorrenza parassitaria tra farmacie autorizzate né che essa garantisse il benessere del consumatore grazie alla presenza fisica del farmacista all'atto della consegna del prodotto.

13. Con la decisione, oltre a dichiarare la violazione dell'art. L.420-1 del codice di commercio e dell'art. 81 CE, da parte della PFDC, è stato intimato a quest'ultima di sopprimere, nei suoi contratti di distribuzione selettiva, tutte le menzioni equivalenti ad un divieto di

vendita su Internet dei suoi prodotti cosmetici e di igiene personale e di prevedere espressamente la possibilità per i suoi distributori di fare ricorso a tale modo di distribuzione entro un termine di tre mesi a partire dalla notifica della decisione. Alla PFDC è stato inoltre intimato di trasmettere a tutti i suoi punti vendita, entro un termine di tre mesi a partire dalla notifica della decisione, una lettera che annuncia loro le modifiche apportate ai loro contratti di distribuzione selettiva e, qualora lo ritenesse opportuno, di inquadrare la costruzione dei siti Internet della sua rete di distribuzione prevedendo criteri di presentazione o di configurazione dei siti e di informarne il Consiglio entro un termine di tre mesi a partire dalla notifica della decisione. Alla PFDC è stata inflitta una sanzione di EUR 17 000.

14. Il 24 dicembre 2008, la PFDC ha proposto ricorso dinanzi al giudice del rinvio chiedendo l'annullamento e, in subordine,

la modifica della decisione. A sostegno del suo ricorso la PFDC deduce, in primo luogo, il difetto di motivazione della decisione per quanto riguarda la qualifica dell'oggetto anticoncorrenziale. La PFDC ha dedotto, tra l'altro, la mancata analisi, da parte del Consiglio, del contesto giuridico ed economico nel quale si iscrive la pratica, obbligatoria per dimostrare l'esistenza di un'infrazione per oggetto. In secondo luogo, la PFDC sostiene che la decisione è affetta da errore di diritto in quanto ritiene un oggetto «necessariamente» anticoncorrenziale. La PFDC osserva, tra l'altro, che lo scopo perseguito dai suoi accordi di distribuzione selettiva non è quello di restringere il gioco della concorrenza, ma anzi, al contrario, di garantire il livello di servizio adeguato ai consumatori. Gli accordi sono solamente intesi a consentire ai clienti di chiedere e di ottenere in qualsiasi momento il parere di uno specialista sulla scelta più adeguata dei prodotti Pierre Fabre. La PFDC sostiene che la qualifica di infrazione per se della pratica sanzionata contrasta con l'evoluzione generale del diritto della concorrenza. Secondo la PFDC, la decisione le ha negato la possibilità di legittimare la pratica anticoncorrenziale posta in essere con giustificazioni oggettive. In terzo luogo, la PFDC sostiene che la decisione è affetta da errore di diritto e da errore manifesto di valutazione in quanto non ha riconosciuto alla pratica di cui trattasi il beneficio dell'esenzione per categoria previsto dal regolamento n. 2790/1999. Infine, la PFDC sostiene che la decisione è affetta da errore di diritto in quanto rifiuta alla pratica di cui trattasi il beneficio di un'esenzione individuale prevista dall'art. 81, n. 3, CE, sebbene il divieto di vendita via Internet garantisca il benessere del consumatore grazie alla presenza fisica di un laureato in farmacia all'atto della consegna del prodotto, prevenendo, inoltre, il rischio di contraffazione e di concorrenza parassitaria. Inoltre la soppressione di tale divieto non darebbe origine ad un'accresciuta concorrenza, e in particolare ad alcun calo dei prezzi.

15. Con documento datato 11 giugno 2009, la Commissione ha presentato osservazioni scritte alla Cour d'appel de Paris in applicazione dell'art. 15, n. 3, del regolamento (CE) del Consiglio n. 1/2003⁵. Secondo il giudice del rinvio, la Commissione ha osservato che ogni divieto generale e assoluto di vendere on-line i prodotti contrattuali agli utilizzatori finali, imposto dal fornitore ai propri distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, costituisce una grave restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, quale che sia la quota di mercato detenuta dal fornitore. La Commissione ha sostenuto che la qualifica della vendita on-line come vendita passiva o attiva non è pertinente nel caso della distribuzione selettiva nella misura in cui ogni restrizione alla rivendita, che si tratti di una vendita passiva o attiva, costituisce una grave restrizione. Inoltre, se la distribuzione dei prodotti contrattuali non è regolamentata, la Commissione ritiene che solo in circostanze eccezionali potrà essere fatta valere una giustificazione oggettiva di una grave restrizione. Per quanto riguarda l'applicazione dell'esenzione per categoria di cui al regolamento n. 2790/1999, la Commissione ha espresso il parere che un accordo di distribuzione selettiva contenente una restrizione grave della concorrenza, come quella consistente nel vietare ai distributori autorizzati la vendita on-line dei prodotti contrattuali, non può fruire dell'esenzione per categoria istituita dal regolamento poiché tale utilizzo di Internet non può essere assimilato all'apertura di un punto di vendita fisico nel luogo di stabilimento non autorizzato dal fornitore. Tuttavia, non è necessariamente escluso che la restrizione possa soddisfare le quattro condizioni cumulative relative all'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE e beneficiare così

di tale esenzione. A norma dell'art. 2 del regolamento (CE) n. 1/2003, l'onere della prova che le quattro condizioni siano soddisfatte grava sull'impresa che invoca il beneficio dell'esenzione.

16. In tali circostanze, con sentenza datata 29 ottobre 2009, la Cour d'appel de Paris ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il divieto generale e assoluto di vendere su Internet i prodotti contrattuali agli utilizzatori finali, imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, costituisca effettivamente una "grave" restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, che si sottrae all'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 2790/1999, ma che può eventualmente fruire di un'esenzione individuale in applicazione dell'art. 81, n. 3, CE».

5 — Regolamento 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, GU 2003, L 1, pag. 1.

III — Procedimento dinanzi alla Corte

17. Memorie scritte sono state presentate dalla PFDC, dall'Autorità della concorrenza francese (in prosieguo: l'«Autorità»)⁶, dai governi francese, polacco e italiano, dalla Commissione e dall'Autorità di vigilanza EFTA. L'11 novembre 2010 si teneva un'udienza.

IV — Osservazioni preliminari

18. A mio parere, come sostenuto dall'Autorità e dalla Commissione, la questione pregiudiziale sollevata dalla Cour d'appel de Paris può essere suddivisa, a fini di semplificazione, in tre questioni. In primo luogo, se il divieto generale e assoluto di vendere su Internet i prodotti contrattuali agli utilizzatori finali, imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, abbia un oggetto restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE. In secondo luogo, se tale restrizione possa beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 2790/1999. In terzo luogo, qualora la restrizione di cui trattasi non possa

beneficiare dell'esenzione per categoria, se possa beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE.

V — Prima questione — L'oggetto anticoncorrenziale

19. La PFDC sostiene che una restrizione grave ai sensi del regolamento n. 2790/1999 non costituisce, di per sé, un'infrazione per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE e, pertanto, non solleva l'autorità o il giudice competenti dall'obbligo di dimostrare, nella causa in esame, la sussistenza di tale infrazione. Secondo la giurisprudenza della Corte, le autorità garanti della concorrenza devono analizzare individualmente e concretamente l'accordo o la pratica, tenendo conto del contesto giuridico ed economico della stessa. La PFDC sostiene che, nella decisione, tale analisi non è stata effettuata, limitandosi essa a riscontrare che una restrizione grave costituisce un'infrazione per oggetto. La PFDC rileva, inoltre, che l'oggetto dell'accordo era favorevole alla concorrenza ed era volto a garantire ai consumatori il miglior livello di assistenza possibile nell'acquisto di uno dei suoi prodotti. Al fine di fornire il miglior livello di assistenza possibile, un farmacista deve procedere ad una diretta osservazione della pelle, dei capelli e del cuoio capelluto del cliente. Consigli di qualità equivalente non possono essere forniti nel caso di vendita via Internet. Inoltre, la PFDC ritiene che, autorizzando le vendite via Internet, il requisito della presenza di un farmacista in un punto di vendita fisico potrebbe essere considerato discriminatorio. La PFDC rileva, inoltre, che gli accordi di distribuzione selettiva non devono essere esaminati unicamente in base al prezzo, ma anche

6 — Sembra che l'Autorità sia succeduta al Consiglio ai sensi della legge 4 agosto 2008, n. 2008-776, di modernizzazione dell'economia (JORF n. 181 del 5 agosto 2008, pag. 12471).

tenendo conto dei servizi forniti ai consumatori. Per di più, atteso il livello molto elevato della concorrenza tra marche, risultante dalla presenza di oltre 23000 punti di vendita in Francia, un'analisi concreta dimostra che l'oggetto dell'accordo non è la restrizione della concorrenza.

relativa, tale sistema provoca una riduzione della concorrenza, rendendo in tal modo ancora più importanti le restanti possibilità di concorrenza.

20. L'Autorità sostiene che il divieto, tenuto conto del suo oggetto anticoncorrenziale, costituisce una restrizione grave ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999 ed è proibito in forza dell'art. 81, n. 1, CE. Il divieto prevede la restrizione delle vendite attive e passive ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999. L'Autorità osserva che Internet rappresenta un canale di distribuzione nuovo ed un importante strumento per accrescere la concorrenza, che deve essere conciliato con canali più tradizionali, come la distribuzione selettiva, giustificando in tal modo l'imposizione di determinate condizioni. Tuttavia, il divieto generale e assoluto delle vendite su Internet e l'eliminazione totale dei loro evidenti vantaggi sotto il profilo della concorrenza sono sproporzionati. Il divieto è pregiudizievole per la concorrenza e per i consumatori e ostacola l'integrazione del mercato interno, contrastando, in tal modo, con uno degli obiettivi essenziali del Trattato. Il contesto economico e giuridico della causa principale non può rimettere in discussione tale conclusione. Sebbene un sistema di distribuzione selettiva sia legittimo ove conforme alla giurisprudenza ad esso

21. Il governo francese ritiene possibili due interpretazioni dell'art. 81, n. 1, CE nella causa in esame. In primo luogo, il divieto può essere considerato una restrizione per oggetto della concorrenza, che non solo produce un effetto negativo sulla struttura della concorrenza, dovuto all'imposizione di fatto di restrizioni territoriali ai distributori, ma pregiudica, inoltre, gli interessi dei consumatori e non è obiettivamente giustificato. In secondo luogo, il governo francese ritiene che attualmente vi sia scarsa esperienza circa il fatto se il divieto di cui trattasi abbia, per sua stessa natura, un oggetto restrittivo della concorrenza. Una valutazione degli effetti positivi e negativi del divieto di cui trattasi è pertanto indispensabile. Il governo francese osserva che il divieto potrebbe contribuire a rafforzare l'immagine del marchio del prodotto, a vantaggio della concorrenza tra marche. I governi italiano e polacco ritengono che il divieto generale e assoluto di vendere su

Internet costituisca un'infrazione per oggetto dell'art. 81, n. 1, CE.

volto a compartimentare i mercati nazionali o a rendere più ardua l'integrazione dei mercati nazionali, segnatamente vietando o limitando il commercio parallelo.

A — Restrizione grave/restrizione per oggetto

22. La Commissione sostiene che il divieto costituisce un'infrazione per oggetto dal momento che, per sua stessa natura, potrebbe ridurre considerevolmente la possibilità per un distributore di vendere a clienti al di fuori del suo territorio contrattuale o settore di attività. Ciò è vero, in particolare, nel contesto della distribuzione selettiva, che comporta il rischio di segmentazione del mercato. Tuttavia, la Commissione rileva che tale interpretazione non pregiudica il diritto di un produttore di scegliere i propri distributori sulla base di criteri specifici e di imporre condizioni qualitative in materia di pubblicità, presentazione e vendita dei prodotti di cui trattasi. L'Autorità di vigilanza EFTA sostiene che il divieto generale e assoluto di vendere su Internet prodotti contrattuali ad utilizzatori finali, imposto a distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, in primo luogo, può essere considerato commisurato, in linea con l'attuale giurisprudenza in materia di sistemi di distribuzione selettiva e, pertanto, compatibile con l'art. 101, n. 1, TFUE, unicamente qualora le condizioni legittime sulle quali il sistema di distribuzione selettiva si fonda non possano essere soddisfatte nel caso di vendita su Internet e, in secondo luogo, configura una restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, qualora, alla luce del contesto economico e giuridico, sia

23. Secondo l'ordinanza di rinvio, nella decisione si è constatato, tra l'altro, che il requisito previsto nei contratti di distribuzione della PFDC, secondo cui la vendita dei prodotti di cui trattasi deve essere effettuata nell'ambito di uno spazio fisico in presenza di un laureato in farmacia, costituiva un divieto de facto di vendita su Internet, equivale ad una limitazione delle vendite attive e passive dei distributori autorizzati ed ha necessariamente un oggetto restrittivo della concorrenza. Inoltre, si è ritenuto che il divieto limitasse la libertà commerciale dei distributori della PFDC escludendo un mezzo di commercializzazione dei suoi prodotti che restringe, inoltre, la scelta dei consumatori desiderosi di acquistare via Internet. Il giudice del rinvio ha posto la questione se, nel silenzio del regolamento n. 2790/1999 circa il divieto della vendita on-line, il divieto generale e assoluto di vendere su Internet i prodotti contrattuali agli utilizzatori finali imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di

distribuzione selettiva costituisca una grave restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE.

24. Ritengo che dal fascicolo sottoposto alla Corte risulti una certa confusione per quanto concerne i concetti distinti di restrizione della concorrenza per oggetto e di restrizione grave. Anche la PFDC ha fatto ampio riferimento a tale confusione nelle sue memorie difensive dinanzi alla Corte. Inoltre, dalle osservazioni scritte presentate dalla Commissione al giudice del rinvio ai sensi dell'art. 15, n. 3, del regolamento n. 1/2003 emergerebbe⁷ che la Commissione ha considerato il divieto di cui trattasi «una grave restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE»⁸. Nelle sue memorie presentate dinanzi alla Corte, tuttavia, la Commissione ha chiarito la sua posizione su tale punto affermando che, anche se possono sussistere legami tra i due concetti, una restrizione per oggetto e una restrizione grave sono due nozioni giuridiche distinte.

25. Dalla giurisprudenza della Corte emerge chiaramente che gli accordi verticali possono, in talune circostanze, essere finalizzati a restringere la concorrenza⁹. La nozione

di restrizione per oggetto si evince, come indicato dalla PFDC, dal tenore letterale dell'art. 81, n. 1, CE¹⁰. Qualora l'oggetto anticoncorrenziale dell'accordo sia accertato, non è necessario prendere in esame gli effetti sulla concorrenza¹¹. Tuttavia, sebbene nel caso di accertamento di infrazione per oggetto con riferimento ad un accordo non occorra esaminarne gli effetti anticoncorrenziali al fine di valutarne il carattere anticoncorrenziale, la Corte ha sostenuto che occorre segnatamente far riferimento, tra l'altro, al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi dallo stesso perseguiti nonché al contesto economico e giuridico in cui esso si colloca¹².

7 — Salvo verifica da parte del giudice del rinvio.

8 — V. paragrafi 11, 19 e 21 di tali osservazioni.

9 — Sentenze 30 giugno 1966, causa 56/65, LTM (Racc. pag. 235), e 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Commissione (Racc. pag. 299).

10 — Il quale si riferisce ad accordi che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. La differenza tra «infrazioni per oggetto» e «infrazioni per effetto» attiene alla circostanza che talune forme di collusione tra imprese, e precisamente le «infrazioni per oggetto», possono essere considerate, per loro stessa natura, nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. V. sentenza 20 novembre 2008, causa C-209/07, Beef Industry Development Society e Barry Brothers (Racc. pag. I-8637, punto 17; v., inoltre, punto 16).

11 — Nella sua sentenza 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services/Commissione (Racc. pag. I-9291 (in prosieguo: la «sentenza GSK»), al punto 55, la Corte ha confermato che, al fine di stabilire se una pratica rientri nel divieto enunciato dall'art. 81, n. 1, CE, l'oggetto e l'effetto anticoncorrenziale non sono condizioni cumulative, bensì alternative. L'alternatività di tali condizioni, espressa dalla disgiunzione «o», rende anzitutto necessario considerare l'oggetto stesso della pratica concordata, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, invece, l'analisi del tenore della pratica concordata non rivelasse un pregiudizio per la concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti e, per poterla vietare, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovino che il gioco della concorrenza sia stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile.

12 — V. sentenza GSK, cit. alla nota 11, punto 58, e 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, General Motors/Commissione (Racc. pag. I-3173, punto 66) (in prosieguo: la sentenza «General Motors»). V., inoltre, sentenza 4 giugno 2009, causa C-8/08, T-Mobile Netherlands e a. (Racc. pag. I-4529, punto 31), in cui la Corte fa riferimento al «contesto giuridico ed economico». L'elenco degli elementi individuati dalla Corte non sembrerebbe di natura esaustiva.

26. L'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può, pertanto, essere determinato utilizzando unicamente una formula astratta.

27. Di conseguenza, anche se talune forme di accordo sembrerebbero, dall'esperienza passata, infrazioni prima facie per oggetto, ciò non solleva la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza¹³ dall'obbligo di effettuare una valutazione individuale di un accordo. Ritengo che tale valutazione possa essere ridotta in taluni casi, ad esempio, qualora sia dimostrata in modo inequivocabile l'esistenza di intese orizzontali volte a controllare la produzione al fine di mantenere i prezzi, ma non può essere soppressa del tutto.

28. La nozione di «restrizione grave» non risulta dal Trattato CE né, di fatto, dalla normativa comunitaria, ma vi viene fatto riferimento nelle linee direttrici della Commissione sulle restrizioni verticali¹⁴ (in prosieguo: le «linee direttrici») che, al paragrafo 46, statuiscano che il «[regolamento n. 2790/1999]¹⁵ contiene, all'articolo 4, una lista di restrizioni

gravi che comportano l'esclusione dell'accordo verticale nella sua totalità dal campo d'applicazione [di detto regolamento]»¹⁶. Tali restrizioni gravi comprendono, pertanto, la restrizione della facoltà dell'acquirente di determinare il proprio prezzo di vendita, la restrizione relativa al territorio in cui, o ai clienti ai quali, l'acquirente può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, la restrizione delle vendite attive o passive^{17 18} agli utenti finali da parte dei membri di un sistema di distribuzione selettiva operanti nel commercio al dettaglio e la restrizione delle forniture incrociate tra distributori all'interno di un sistema di distribuzione selettiva. A mio parere, sebbene l'inclusione di siffatte restrizioni in un accordo darebbe luogo a timori quanto

16 — Vorrei rilevare che nello stesso art. 4 del regolamento di esenzione per categoria non vengono utilizzati i termini «restrizione grave».

17 — I termini «vendite attive» e «vendite passive» non sono definiti nel regolamento n. 2790/1999. Tuttavia, le linee direttrici, che non sono vincolanti per la Corte (v. paragrafo 4 delle linee direttrici), prevedono, al punto 50, la seguente definizione: «vendite "attive": il contatto attivo con singoli clienti all'interno del territorio esclusivo o del gruppo di clienti esclusivo di un altro distributore, ad esempio per posta o mediante visite ai clienti, oppure il contatto attivo con uno specifico gruppo di clienti, o con clienti situati in uno specifico territorio attribuito in esclusiva ad un altro distributore attraverso inserzioni pubblicitarie sui media o altre promozioni specificamente indirizzate a quel gruppo di clienti o a clienti in quel territorio, oppure l'apertura di un deposito o punto vendita all'interno del territorio esclusivo di un altro distributore; vendite "passive": la risposta ad ordini non sollecitati di singoli clienti, incluse la consegna di beni o la prestazione di servizi a tali clienti. Sono vendite passive le azioni pubblicitarie o promozioni di portata generale realizzate attraverso i media o via Internet che raggiungano clienti all'interno del territorio esclusivo o del gruppo di clienti esclusivo di un altro distributore, ma che costituiscano un modo ragionevole per raggiungere clienti al di fuori di tali territori o gruppi di clienti, ad esempio per raggiungere clienti in territori non concessi in esclusiva o all'interno del proprio territorio».

18 — Ritengo che il divieto generale e assoluto delle vendite su Internet restringa effettivamente sia le vendite attive, sia le vendite passive, dal momento che riduce le possibilità per un distributore autorizzato di vendere agli utilizzatori finali in altri Stati membri. Il divieto di cui trattasi rende più ardua l'integrazione dei mercati nazionali e, di conseguenza, costituisce una restrizione ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, impedendo, pertanto, l'applicazione dell'esenzione per categoria di cui all'art. 2 di detto regolamento. L'assenza di una menzione specifica delle vendite su Internet nell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, non contrasta con questa conclusione.

13 — Nell'applicare l'art. 81, n. 1, CE.

14 — Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sulle restrizioni verticali, GU 2000, C 291, pag. 1.

15 — Come indicato dal titolo, il regolamento n. 2790/1999 è relativo all'applicazione dell'art. 81, n. 3, piuttosto che dell'art. 81, n. 1, del trattato CE e trova fondamento giuridico nel regolamento del Consiglio 2 marzo 1965], n. 19, relativo all'applicazione dell'art. [81, n. 3, CE] a categorie di accordi e pratiche concordate (GU 1965, n. 36, pag. 533).

alla conformità di tale accordo con l'art. 81, n. 1, CE¹⁹ e potrebbe, di fatto, dopo l'esame, tra l'altro, dell'accordo specifico e del contesto economico e giuridico del quale fa parte, far concludere, in effetti, nel senso di una restrizione per oggetto, non esiste presunzione legale che l'accordo violi l'art. 81, n. 1, CE.

le condizioni previste da un regolamento di esenzione²¹ non ha, necessariamente, per oggetto o effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE.

29. A tale riguardo, la Corte ha recentemente riaffermato, nella sentenza *Pedro IV Servicios*²⁰, le modalità di applicazione dei distinti paragrafi dell'art. 81, n. 1, CE. Pertanto, «qualora un accordo non soddisfi tutte le condizioni previste da un regolamento di esenzione, esso ricade nel divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE solo se ha per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente la concorrenza all'interno del mercato comune e se può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. In quest'ultimo caso, e in mancanza di esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE, tale accordo sarebbe nullo di pieno diritto, conformemente al n. 2 dello stesso articolo». A mio parere, il passo citato sottolinea il fatto che un accordo che non soddisfa tutte

30. Si rende pertanto necessario un esame individuale, al fine di valutare se un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, anche qualora contenga una restrizione che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, escludendo, in tal modo, la clausola restrittiva dal beneficio di un'esenzione ai sensi di tale regolamento.

A — Giustificazione oggettiva

31. La PFDC ritiene che il divieto di cui trattasi sia obiettivamente giustificato in ragione della natura dei prodotti di cui trattasi e del loro utilizzo. Essa sostiene che l'uso sbagliato dei suoi prodotti potrebbe pregiudicare i consumatori, giustificando in tal modo la necessità di un servizio che fornisca una consulenza di elevata qualità. Solo la presenza di

19 — A condizione che sia idonea ad incidere sensibilmente sul commercio tra Stati membri.

20 — Sentenza 2 aprile 2009, causa C-260/07 (Racc. pag. I-2437, punto 68).

21 — Quale il regolamento n. 2790/1999.

un farmacista può garantire ai consumatori un livello di consulenza ottimale. Contrariamente a quanto affermato dalla Commissione e dall'Autorità, la PFDC considera la nozione di giustificazione oggettiva più ampia rispetto alle questioni di sicurezza e sanità pubblica. La PFDC ritiene che l'approccio restrittivo dell'Autorità e della Commissione sia contrario alla giurisprudenza della Corte, la quale ha riconosciuto, con riferimento ad altri rami del diritto, che la validità di talune pratiche deve essere esaminata alla luce di principi diversi dalla sicurezza e la sanità pubblica. La PFDC ha citato, in proposito, il punto 37 della sentenza della Corte nella causa Copad²² che statuisce che «il titolare del marchio può invocare i diritti conferiti dal marchio stesso nei confronti di un licenziatario che viola una clausola del contratto di licenza con cui si vieta, per ragioni di prestigio del marchio, la vendita a rivenditori di partite in saldo (...) purché venga accertato che tale violazione (...) danneggia lo stile e l'immagine di prestigio che attribuiscono a detti prodotti un'aura di lusso».

32. La PFDC afferma che, in ogni caso, il divieto di vendita su Internet è giustificato da motivi di sicurezza e sanità pubblica. In udienza, in seguito ad un quesito posto dalla Corte, la PFDC ha affermato che il divieto di cui trattasi è volto a garantire il corretto

utilizzo dei suoi prodotti da parte dei singoli consumatori.

33. L'Autorità sostiene che la nozione di giustificazione oggettiva deve essere interpretata in modo restrittivo ed è applicabile solo in due ipotesi: in primo luogo, quando la pratica risulta direttamente da una normativa nazionale o comunitaria intesa a tutelare la sfera pubblica e, in secondo luogo, quando la pratica è obiettivamente necessaria per l'esistenza di quel tipo di accordo. Di conseguenza, possono essere fatte valere solo giustificazioni oggettive esterne all'impresa in questione e alle sue scelte commerciali. Le due ipotesi illustrate non sono applicabili agli accordi di distribuzione selettiva della PFDC. La Commissione sostiene che, come specificato al punto 51 delle linee direttrici, una restrizione delle vendite su Internet non rientra nel divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE qualora sia obiettivamente giustificata. In casi eccezionali, una restrizione non rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione qualora sia obiettivamente necessaria per l'esistenza di un accordo di tale tipo. La Commissione sostiene che, quando la commercializzazione dei prodotti contrattuali non è regolamentata, una giustificazione oggettiva di una restrizione grave non è in genere applicabile. Le imprese non possono, in linea di principio, sostituirsi alle autorità pubbliche competenti nello stabilire ed applicare le disposizioni concernenti la sicurezza dei prodotti e la tutela della sanità pubblica. La Commissione rileva inoltre che, a seguito dell'inchiesta del Consiglio, altre imprese in situazioni simili a

²² — Sentenza 23 aprile 2009, causa C-59/08 (Racc. pag. I-3421).

quella della PFDC hanno potuto organizzare i propri sistemi di distribuzione selettiva in assenza di un divieto assoluto di vendita su Internet.

in merito alla sanità pubblica e alla sicurezza sembrerebbero, quindi, oggettivamente infondate.

34. Dal fascicolo sottoposto alla Corte emerge chiaramente che i prodotti di cui trattasi non sono medicinali²³ e che non esiste alcuna prescrizione normativa, né a livello nazionale, né a livello dell'Unione, che ne imponga la vendita nell'ambito di uno spazio fisico ed esclusivamente in presenza di un farmacista laureato²⁴ giustificando, in tal modo, il divieto generale e assoluto di vendita su Internet di cui trattasi²⁵. Le affermazioni della PFDC

35. Non escluderei, in talune circostanze eccezionali, che misure volontarie private²⁶, che limitano la vendita di prodotti o servizi via Internet, possano essere obiettivamente giustificate a motivo della natura di tali prodotti o servizi, o dei clienti destinatari della vendita. Concordo, pertanto, con quanto sostenuto dal governo polacco nelle sue memorie, secondo il quale possono esistere altre situazioni, in cui il divieto di vendita su Internet è obiettivamente giustificato, anche in assenza di una normativa nazionale o comunitaria. Misure volontarie private, ove incorporate in un accordo, possono non rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 81, n. 1, CE²⁷, a condizione che le limitazioni imposte siano opportune tenendo conto dell'obiettivo legittimo perseguito e che non vadano oltre quanto necessario ai sensi del principio di proporzionalità. A mio parere, l'obiettivo legittimo perseguito deve avere natura pubblicistica²⁸ ed essere, pertanto, volto a tutelare un bene pubblico ed estendersi al di là della protezione dell'immagine dei prodotti in questione o del modo in cui un'impresa desidera commercializzare i suoi prodotti.

23 — La Corte ha sottolineato il carattere del tutto particolare dei medicinali, che si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per via dei loro effetti terapeutici. Tali effetti terapeutici implicano che, se i medicinali sono assunti senza necessità o in modo scorretto, essi possono nuocere gravemente alla salute senza che il paziente sia in grado di prenderne coscienza al momento della somministrazione. V. sentenza 19 maggio 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e a. (Racc. pag. I-4171, punti 31 e 32).

24 — V. paragrafo 5 supra.

25 — Ritengo che, per analogia con la sentenza 11 dicembre 2003, causa C-322/01, Deutscher Apothekerverband (Racc. pag. I-14887), se imposto dalla normativa nazionale tale divieto generale e assoluto di vendita su Internet dei prodotti in questione nella causa principale violerebbe le norme sulla libera circolazione delle merci. In detta causa, la Corte ha ritenuto che un divieto a carattere nazionale di vendita per corrispondenza di medicinali la cui vendita è riservata esclusivamente alle farmacie dello Stato membro interessato costituisce, in tal senso, una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. L'art. 30 CE può, tuttavia, essere invocato per giustificare tale divieto nazionale di vendita per corrispondenza di medicinali, purché esso riguardi i medicinali soggetti a prescrizione medica. Nondimeno, l'art. 30 CE non può essere invocato per giustificare un divieto assoluto di vendita per corrispondenza dei medicinali che non sono soggetti a prescrizione medica nello Stato membro interessato. V. inoltre, per analogia, la recente sentenza della Corte 2 dicembre 2010, causa C-108/09, Ker-Optika (Racc. pag. I-12213), in merito alla commercializzazione di lenti a contatto via Internet.

26 — In contrapposizione alle limitazioni imposte a livello nazionale o comunitario.

27 — Taluni prodotti o servizi possono, in effetti, essere intrinsecamente inadatti alla vendita via Internet.

28 — V., per analogia, sentenza 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a. (Racc. pag. I-1577).

36. Restrizioni volte a tutelare l'immagine dei prodotti o la modalità della loro commercializzazione devono, a mio parere, essere esaminate alla luce della giurisprudenza della Corte in materia di distribuzione selettiva²⁹.

37. Ritengo, pertanto, che gli argomenti della PFDC concernenti l'utilizzo corretto dei suoi prodotti e la necessità di consulenza da parte di un farmacista non costituiscano una giustificazione oggettiva per il divieto generale e assoluto di vendita su Internet.

38. La PFDC sostiene, inoltre, che il divieto è obiettivamente giustificato dal grave rischio di aumento dei prodotti contraffatti conseguente alle vendite su Internet, con i rischi che ne derivano per la salute dei consumatori³⁰, e dal rischio di concorrenza parassitaria, che potrebbe condurre al venir meno dei servizi e dell'assistenza prestati in farmacia, dal momento che i proprietari di siti Internet potrebbero sfruttare indebitamente gli investimenti dei distributori che non dispongono di tali siti.

39. A mio parere, il rischio di contraffazione e il rischio di concorrenza parassitaria sono preoccupazioni legittime nel contesto della distribuzione selettiva.

40. Tuttavia, nutro dubbi circa il fatto che la distribuzione dei prodotti di un produttore via Internet da parte di un distributore selezionato possa, di per sé, condurre ad un aumento della contraffazione e che eventuali effetti pregiudizievoli risultanti da tali vendite non possano essere evitati mediante misure di sicurezza. Quanto alla questione della concorrenza parassitaria, atteso che la creazione e la gestione di un sito Internet di livello elevato comporta indubbiamente dei costi, non può presumersi che i distributori online sfruttino gli investimenti di distributori che operano a partire da un punto di vendita fisico. Inoltre, ritengo che un produttore possa imporre condizioni commisurate e non discriminatorie ai propri distributori selettivi che effettuano vendite su Internet, allo scopo di contrastare tale parassitismo, garantendo in tal modo il funzionamento equilibrato ed «equo» della rete di distribuzione del produttore. Alla luce delle considerazioni che precedono, sembrerebbe che il divieto generale ed assoluto sia inadeguato e non commisurato al rischio di cui trattasi.

41. Le affermazioni della PFDC concernenti la contraffazione e la concorrenza parassitaria sembrerebbero pertanto infondate, salvo verifica da parte del giudice nazionale.

²⁹ — V. paragrafo 44 e segg. *infra*.

³⁰ — La PFDC sostiene, di fatto, che grazie al divieto i consumatori sanno che qualsiasi prodotto venduto su Internet con il marchio della PFDC è contraffatto.

C — *Restrizione delle vendite attive e passive*

42. La decisione sembrerebbe basata sul fatto che il divieto de facto di vendita su Internet³¹ equivale ad una restrizione delle vendite attive o passive dei distributori e, nel contesto di un sistema di distribuzione selettiva, viola necessariamente l'art. 81, n. 1, CE³². Anche se, come correttamente indicato dalla Commissione, la Corte ha dichiarato che, in linea di principio³³, gli accordi intesi a vietare o

limitare il commercio parallelo³⁴ sono diretti ad impedire la concorrenza³⁵, a mio avviso il mero fatto che gli accordi di distribuzione selettiva di cui trattasi nella causa principale possono limitare il commercio parallelo³⁶ può non essere, di per sé, sufficiente a dimostrare che l'accordo ha per oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE³⁷. In effetti, secondo giurisprudenza costante, i sistemi di distribuzione selettiva

31 — La decisione si fonda, tra l'altro sul paragrafo 51 delle linee direttrici, il quale statuisce che: «[q]ualsiasi distributore deve essere libero di utilizzare Internet per pubblicizzare o vendere prodotti». Nondimeno, nello stesso paragrafo 51, la Commissione ammette che «il fornitore può esigere il rispetto di standard qualitativi in relazione all'uso di siti Internet per la rivendita dei suoi beni, così come può farlo in relazione ad un punto vendita o all'attività pubblicitaria e promozionale in generale. Quest'ultimo aspetto può essere importante, in particolare, per la distribuzione selettiva. Un divieto assoluto di vendere via Internet o su catalogo è possibile solo se vi è una giustificazione oggettiva».

32 — V. paragrafi 8 e 9 supra.

33 — In alcune occasioni la Corte ha riconosciuto la compatibilità con l'art. 81, n. 1, CE di taluni accordi che restringono, direttamente o indirettamente, gli scambi commerciali paralleli. I casi interessati sono, a mio avviso, di carattere eccezionale e si limitano, forse, ai fatti delle cause di cui trattasi. Tuttavia, sono sufficienti per stabilire il principio che gli accordi che restringono, direttamente o indirettamente, il commercio parallelo non hanno automaticamente un oggetto restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE. Pertanto, la mera valutazione dei termini di un accordo, che non preveda, ad esempio, la verifica del contesto economico e giuridico in cui esso è stato redatto ed opera attualmente, non è, a mio avviso, sufficiente. V., ad esempio, sentenze 19 aprile 1988, causa 27/87, Erauw-Jacquery (Racc. pag. 1919), e 28 aprile 1998, causa C-306/96, Javico (Racc. pag. 1983). V., inoltre, sentenza 6 ottobre 1982, causa 262/81, Coditel e a. (in prosieguo: la «sentenza Coditel II») (Racc. pag. 3381), che a mio avviso deve essere letta in combinato con la causa 62/79, Coditel e a. («Coditel I»), Racc. 1980, pag. 881. Per quanto riguarda le cause Coditel, si vedano tuttavia le recenti conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa C-403/08, Football association Premier League e a. (sentenza 4 ottobre 2011, Racc. pag. I-9083), punti 193-202; v. anche punti 243-251.

34 — Vorrei sottolineare che la decisione, salvo verifica da parte del giudice nazionale, non sembra riferirsi specificamente ai termini «commercio parallelo». Tuttavia, a mio avviso, una restrizione delle vendite attive o passive ha il potenziale di restringere il commercio parallelo tra Stati membri.

35 — V. sentenza GSK, cit. alla nota 11, punto 59. Un accordo tra produttore e distributore allo scopo di ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo del Trattato, diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. La Corte ha così ripetutamente qualificato accordi diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali o rendendo più ardua l'integrazione dei mercati nazionali, segnatamente quelli diretti a vietare o a limitare le esportazioni parallele, come accordi aventi ad oggetto la limitazione della concorrenza ai sensi del detto articolo del Trattato. V. sentenza 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélou kai Sia (Racc. pag. I-7139, punto 65, e giurisprudenza *ivi* citata). Nella sentenza General Motors (cit. alla nota 12), la Corte ha ritenuto, al punto 67, che un accordo in materia di distribuzione ha un oggetto restrittivo ai sensi dell'art. 81 CE se manifesta chiaramente la volontà di trattare le vendite all'esportazione in maniera meno favorevole rispetto alle vendite nazionali e porta così ad una compartimentazione del mercato in questione.

36 — Limitando le vendite attive e passive dei prodotti mediante un divieto di vendita su Internet.

37 — Ciò non significa che la questione dell'incidenza sul commercio parallelo non sia pertinente nel contesto degli accordi di distribuzione selettiva. In effetti, la Corte ha ritenuto che gli accordi di distribuzione selettiva possono, in talune circostanze, violare l'art. 81, n. 1, CE, in conseguenza della restrizione al commercio parallelo. V. sentenza 24 ottobre 1995, causa C-70/93, Bayerische Motorenwerke (Racc. pag. I-3439). La Corte ha ritenuto che la concessione della protezione territoriale assoluta ai rivenditori della BMW fosse preclusa ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE. V., inoltre, sentenza 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad/Commissione (Racc. pag. 883).

influiscono necessariamente sulla concorrenza³⁸, poiché non solo limitano la concorrenza mediante i prezzi³⁹, ma incidono anche sul commercio parallelo⁴⁰, dal momento che i distributori possono vendere solo ad altri distributori autorizzati o a utilizzatori finali. Nondimeno, malgrado tali restrizioni, la Corte ha ritenuto che, in talune circostanze, gli accordi di distribuzione selettiva non sono finalizzati a restringere la concorrenza.

43. Inoltre, sebbene il divieto di vendita su Internet sembrerebbe limitare il commercio parallelo in maniera più estesa rispetto alle restrizioni inerenti a qualsiasi accordo di distribuzione selettiva e, di conseguenza, deve essere tenuto in considerazione dal giudice del rinvio, la valutazione se le clausole nel sistema di distribuzione selettiva di cui trattasi nella causa principale abbiano per oggetto la restrizione della concorrenza deve essere effettuata, a mio avviso, tenendo conto della natura degli accordi di distribuzione selettiva e della giurisprudenza relativa, che costituisce parte del contesto economico e giuridico nel quale gli accordi sono stati conclusi e sono operanti.

D — Distribuzione selettiva

38 — Sentenza 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG-Telefunken/Commissione (Racc. pag. 3151) (in prosieguo: la «sentenza AEG»), punto 33.

39 — Nella sentenza 22 ottobre 1986, causa 75/84, Metro/Commissione (in prosieguo: la «sentenza Metro II») (Racc. pag. 3021) la Corte ha affermato che una certa limitazione della concorrenza mediante i prezzi è inerente a qualsiasi sistema di distribuzione selettiva, data l'assenza di concorrenza tra commercianti specializzati e commercianti non specializzati, ma che tale assenza della concorrenza mediante i prezzi era compensata da una concorrenza concernente la qualità delle prestazioni fornite ai clienti, che non è normalmente possibile se non vi è un margine di utile adeguato che consenta di sopportare le maggiori spese causate da queste prestazioni. Nella sentenza 25 ottobre 1977, causa 26/76, Metro SB-Großmärkte/Commissione (in prosieguo: la «sentenza Metro I») (Racc. pag. 1875, punto 21), la Corte ha ammesso che nei sistemi di distribuzione selettiva l'accento non cade esclusivamente né essenzialmente sulla concorrenza dei prezzi. Pertanto, sebbene la concorrenza nei prezzi non possa essere eliminata, essa non è la sola forma di concorrenza né quella cui si debba dare in ogni caso la preminenza assoluta. Nella sentenza AEG (cit. alla nota 38), punto 42, la Corte ha fatto riferimento alla compensazione tra la concorrenza sui prezzi e la concorrenza basata su fattori diversi dal prezzo.

40 — V. in tal senso, sentenza 13 gennaio 1994, causa C-376/92, Cartier (in prosieguo: la sentenza «Metro III») (Racc. pag. I-15, punti 26-29). L'effetto, de facto, prodotto sul commercio parallelo può variare in funzione, ad esempio, del grado di «ermeticità» di un sistema di distribuzione selettiva. Il grado di ermeticità, in questo contesto, si riferisce alla misura in cui i prodotti oggetto di un accordo di distribuzione selettiva giungono ai consumatori solo attraverso distributori autorizzati.

44. Dal fascicolo sottoposto alla Corte, risulterebbe che la presenza di un farmacista presso il punto di vendita rafforza l'immagine dei prodotti di cui trattasi⁴¹. Nella sua sentenza nella causa Copad⁴², la Corte ha statuito che le caratteristiche dei prodotti non risultano solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dall'aura di lusso che li circonda. La

41 — V. paragrafo 6 supra.

42 — In tale causa (cit. alla nota 22) si afferma, tra l'altro, che, qualora un distributore autorizzato venda prodotti oggetto di un accordo di distribuzione selettiva ad un distributore non autorizzato, un titolare di marchio può far valere i diritti conferiti dal marchio - oltre a poter proporre un'azione fondata sul diritto dei contratti - nei confronti del distributore autorizzato, qualora la vendita da parte del distributore non autorizzato danneggi lo stile e l'immagine di prestigio che attribuiscono a detti prodotti un'aura di lusso. Inoltre, in tali circostanze i diritti di marchio non possono essere esauriti.

Corte ha inoltre affermato che le caratteristiche e le modalità intrinseche ad un sistema di distribuzione selettiva sono di per sé idonee a conservare le qualità e a garantire l'uso corretto di tali prodotti⁴³, in quel caso, prodotti di prestigio⁴⁴.

adeguati consigli di vendita ai clienti, o obblighi concernenti la presentazione di tali prodotti con modalità che ne rafforzi l'immagine, il produttore può creare e gestire un sistema di distribuzione selettiva, al fine di scegliere i propri distributori conformemente a tali specifiche.

45. Allorché un produttore intenda imporre condizioni riguardo alle modalità di vendita dei suoi prodotti, come l'obbligo che i distributori e il loro personale siano specializzati nella vendita di tali prodotti e forniscano

46. Nella sentenza Metro I⁴⁵, la Corte ha dichiarato che natura ed intensità della concorrenza variano, tra l'altro, a seconda dei prodotti o dei servizi considerati. Un produttore può, pertanto, adattare le proprie modalità di distribuzione in modo da soddisfare le esigenze dei propri clienti e, in talune circostanze, i sistemi di distribuzione selettiva possono costituire uno degli elementi di concorrenza conformi all'art. 81, n. 1, CE. Pertanto, nella sentenza AEG⁴⁶, la Corte ha affermato che la salvaguardia di un commercio specializzato in grado di fornire prestazioni specifiche per prodotti di alto livello qualitativo e tecnico⁴⁷ possono giustificare la limitazione della concorrenza sui prezzi a vantaggio della concorrenza riguardante aspetti diversi dai prezzi. Una limitazione della concorrenza sui prezzi è giustificata, tuttavia, solo in condizioni di

43 — Dalla sentenza nella causa Copad (cit. alla nota 22) risulta chiaramente che le modalità con cui taluni prodotti contrassegnati da un marchio vengono commercializzati possono nuocere alla loro immagine e, in definitiva, alla loro stessa qualità, agli occhi dei consumatori. In detta causa, la Corte ha affermato, con riferimento a prodotti di prestigio, che la loro qualità non risulta solo dalle loro caratteristiche materiali, ma anche dallo stile e dall'immagine di prestigio che conferisce loro un'aura di lusso. Poiché i prodotti di prestigio costituiscono articoli esclusivi, l'aura di lusso che li circonda è un elemento essenziale affinché i consumatori li distinguano da altri prodotti simili. Pertanto, un danno a tale aura di lusso può compromettere la qualità stessa di tali prodotti. V., inoltre, sentenza 12 dicembre 1996, causa T-88/92, Leclerc/Commissione (Racc. pag. II-1961, punto 109) (in prosieguo: la «sentenza Leclerc»), nella quale il Tribunale ha ritenuto che la nozione di caratteristiche dei cosmetici di lusso non può essere limitata alle caratteristiche materiali dei detti prodotti, ma ricomprende altresì la percezione specifica che ne hanno i consumatori e, in particolare, la loro aura di lusso.

44 — Sebbene la causa sia fondata su prodotti di marca, ritengo che, in talune circostanze, tale ratio possa essere estesa a prodotti non di marca e, di fatto, a servizi dove la modalità di presentazione dei prodotti e servizi incide sulla percezione della loro qualità da parte dei consumatori. È chiaro, tuttavia, che per far valere diritti di marchio, un marchio deve essere registrato per i prodotti e servizi. Pertanto, al punto 35 della sentenza Copad (cit. alla nota 22), la Corte ha dichiarato che sebbene non abbia escluso che i servizi forniti nell'ambito del commercio al dettaglio di prodotti siano ricompresi nella nozione di «servizi» ai sensi della Prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/104/CEE, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (GU 1989, L 40, pag. 1), come modificata dall'Accordo sullo Spazio economico europeo 2 maggio 1992 (GU 1994, L 1, pag. 3), occorre che il marchio sia stato registrato per tali servizi.

45 — Cit. alla nota 39.

46 — Cit. alla nota 38.

47 — A mio avviso il Tribunale ha giustamente rilevato, nella sentenza Leclerc (cit. alla nota 43), punto 107, che tali sistemi di distribuzione possono essere istituiti in settori economici diversi da quello dei beni di consumo durevoli, di alta qualità e tecnicità, senza infrangere l'art. 81, n. 1, CE.

rafforzamento della concorrenza riguardante fattori diversi dai prezzi⁴⁸.

professionali dei distributori selezionati del gruppo Pierre Fabre e del loro personale⁵¹ e al fatto che la vendita dei prodotti debba essere effettuata nell'ambito di uno spazio fisico.

47. Secondo giurisprudenza costante, i sistemi di distribuzione selettiva sono consentiti purché la scelta dei distributori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del distributore, del suo personale e dei suoi impianti, questi requisiti siano stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio⁴⁹. Un produttore non può, pertanto, rifiutare di ammettere distributori che possiedano i requisiti qualitativi del sistema di distribuzione⁵⁰.

49. La Corte ha ritenuto che, in linea di principio, qualora l'accesso ad una rete di distribuzione selettiva sia subordinato a condizioni che vanno al di là di una semplice selezione obiettiva d'indole qualitativa, tali condizioni ricadono, in via di principio, sotto il divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE, specialmente se si fondano su criteri di selezione⁵² quantitativi⁵³. A tale riguardo, la giurisprudenza distingue chiaramente tra criteri di selezione qualitativi e quantitativi.

48. Gran parte della giurisprudenza della Corte di giustizia si è concentrata sulla questione di stabilire se i distributori vengano scelti in maniera uniforme e non discriminatoria. La questione relativa all'accesso al sistema di distribuzione selettiva del gruppo Pierre Fabre non è, di per sé, in discussione nella causa principale, dal momento che nulla suggerisce che il sistema di selezione del gruppo operi con modalità discriminatorie. Piuttosto, ciò che viene messo in dubbio è la legalità, ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, dei criteri di selezione scelti. Vorrei rilevare, in proposito, che i criteri di selezione, che nella decisione sono stati giudicati in contrasto con l'art. 81, n. 1, CE, si riferiscono, in sostanza, alle qualifiche

50. Tuttavia, non tutti i criteri qualitativi per la selezione dei distributori sono ammessi ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE⁵⁴.

51. Un produttore che gestisce un sistema di distribuzione selettiva deve quindi,

48 — V. punto 33.

49 — V. sentenza 10 luglio 1980, causa 99/79, Lancôme e Cosparfrance Nederland (Racc. pag. 2511, punto 20).

50 — Sentenza AEG, cit. alla nota 38, punto 45.

51 — Il requisito che la vendita dei prodotti di cui trattasi sia effettuata in presenza di un laureato in farmacia.

52 — Ad esempio il raggiungimento di determinate cifre d'affari e l'obbligo di acquistare un quantitativo minimo e di accumulare delle scorte.

53 — V. sentenza 11 dicembre 1980, causa 31/80, L'Oréal (Racc. pag. 3775, punto 17).

54 — Vorrei sottolineare l'utilizzo, da parte della Corte, del termine «in particolare», al punto 17 della sentenza Metro I (cit. alla nota 39).

conformemente alla giurisprudenza, imporre criteri qualitativi che vanno oltre la portata della normativa nazionale o comunitaria che disciplina la vendita di tali prodotti⁵⁵, le proprietà dei prodotti in causa devono necessitare, per preservarne la qualità ed assicurarne un buon uso, di un sistema di distribuzione selettiva⁵⁶ e i criteri non devono eccedere quanto necessario⁵⁷ per distribuire tali prodotti in maniera adeguata, tenendo conto non solo delle loro caratteristiche materiali, ma anche della loro aura o immagine⁵⁸.

52. A mio parere, criteri qualitativi stabiliti in un accordo di distribuzione selettiva, che soddisfano le summenzionate condizioni, ma che comportano una restrizione del commercio parallelo più estesa rispetto alla restrizione inerente a qualsiasi accordo di distribuzione selettiva, non hanno per

oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE.

53. Ritengo, salvo verifica da parte del giudice del rinvio, che i prodotti di cui trattasi nella causa principale siano idonei alla distribuzione mediante un sistema di distribuzione selettiva. Ritengo inoltre, salvo verifica da parte del giudice del rinvio, che i requisiti imposti dal gruppo Pierre Fabre nei suoi accordi di distribuzione selettiva, in base ai quali la vendita dei suoi prodotti deve essere effettuata nell'ambito di uno spazio fisico in presenza di un laureato in farmacia, non siano intesi a restringere il commercio parallelo, bensì a mantenere l'immagine che i suoi prodotti hanno acquisito grazie ai servizi particolari, disponibili ai clienti direttamente e immediatamente presso il punto di vendita⁵⁹.

54. Sebbene il giudice del rinvio abbia sottolineato l'immagine positiva data dalla presenza di un farmacista e dalla prossimità della vendita di medicinali dispensati su ricetta, tale giudice dovrebbe, a mio avviso, verificare se un divieto generale ed assoluto di vendita su Internet sia commisurato. È concepibile che possano sussistere circostanze in cui la vendita di taluni prodotti via Internet può compromettere, tra l'altro, l'immagine e quindi la qualità di tali prodotti, giustificando, in tal modo, un divieto generale e assoluto di vendita su Internet. Tuttavia, atteso che un

55 — Nella sentenza L'Oréal (cit. alla nota 53), punto 16, la Corte ha dichiarato che un sistema di distribuzione selettiva non è necessario per preservare la qualità e il buon uso di un prodotto quando tali obiettivi siano già stati raggiunti tramite una regolamentazione nazionale di accesso alla professione del rivenditore o tramite le condizioni di vendita del prodotto in causa.

56 — Sentenza L'Oréal (cit. alla nota 53), punto 16. Nella sentenza 27 febbraio 1992, causa T-19/91, Vichy/Commissione (Racc. pag. II-415), il Tribunale ha statuito che taluni prodotti hanno caratteristiche tali da non poter essere utilemente offerti al pubblico senza l'intervento di distributori specializzati (punto 65).

57 — V. per analogia, sentenza L'Oréal, cit. alla nota 53, punto 16.

58 — Nella sentenza Leclerc (cit. alla nota 43), il Tribunale ha osservato che risponde all'interesse dei consumatori attratti dai cosmetici di lusso il fatto che tali prodotti siano presentati in buone condizioni nei punti di vendita e venga preservata in tal modo la loro immagine di lusso. Ne consegue che nel settore dei cosmetici di lusso, in particolare dei profumi di lusso, criteri qualitativi di selezione dei rivenditori che non superano quanto necessario per garantire che tali prodotti siano posti in vendita in buone condizioni di presentazione non sono, in via di principio, vietati dall'art. 85, n. 1, CE, purché siano obiettivi, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio.

59 — L'Autorità di vigilanza EFTA ha affermato che «nessun elemento nell'ordinanza di rinvio sembra indicare che il divieto sia destinato al commercio parallelo o ad altre forme di vendita transfrontaliera. Piuttosto, essa sembrerebbe fondarsi sulla natura dei prodotti e sulle modalità con cui la Pierre Fabre desidera commercializzare i propri prodotti».

produttore può, a mio avviso, imporre condizioni adeguate, ragionevoli e non discriminatorie concernenti le vendite via Internet⁶⁰ e in tal modo tutelare l'immagine del proprio prodotto, un divieto generale e assoluto di vendita su Internet imposto da un produttore ad un distributore è, a mio avviso, commisurato solo in circostanze realmente eccezionali.

55. Nella causa principale, il giudice del rinvio dovrebbe verificare, ad esempio, se informazioni e consigli individualizzati sui prodotti di cui trattasi possano essere adeguatamente forniti agli utilizzatori a distanza, via Internet, con la possibilità che questi ultimi formulino domande pertinenti circa i prodotti, senza l'obbligo di recarsi presso una farmacia⁶¹. I distributori del gruppo Pierre Fabre potrebbero inoltre specificare, in tali casi, che consigli individuali e diretti sono a disposizione degli utilizzatori presso taluni punti di vendita fisici.

60 — Una possibilità cui viene fatto riferimento al paragrafo 51 delle linee direttrici (cit. alla nota 14). V., inoltre, le linee direttrici sulle restrizioni verticali recentemente adottate dalla Commissione (GU 2010, C. 130, pag. 1), in prosieguo: le «nuove linee direttrici». Anche se non legate ratio temporis ai fatti in questione nella causa principale e non vincolanti per la Corte, le nuove linee direttrici forniscono orientamento in merito a talune condizioni in un accordo di distribuzione, che la Commissione considera ammissibili con riferimento alle vendite via Internet. V., ad esempio, paragrafi 52 (c) e 54 delle nuove linee direttrici.

61 — V., in tal senso, per quanto concerne la vendita di medicinali via Internet, la sentenza *Deutscher Apothekerverband*, cit. alla nota 25, punto 113 e, per la vendita di lenti a contatto via Internet, la sentenza *Ker-Optika*, cit. alla nota 25, punto 73.

56. Inoltre, sebbene dal fascicolo sottoposto alla Corte la concorrenza all'interno della stessa marca appaia già forte, considerata la vendita dei prodotti in numerosissimi punti di vendita fisici in Francia, un divieto generale e assoluto di vendita su Internet elimina un moderno strumento di distribuzione, che consentirebbe ai clienti di effettuare l'acquisto di tali prodotti al di fuori del normale bacino di riferimento di tali punti di vendita, in tal modo potenzialmente migliorando ancora la concorrenza all'interno della marca. Le vendite su Internet possono, inoltre, rafforzare la concorrenza all'interno della marca, poiché siffatte vendite possono aumentare la trasparenza dei prezzi consentendo, in tal modo, il raffronto tra i prezzi dei prodotti di cui trattasi⁶².

57. Ritengo, pertanto, che il divieto generale e assoluto di vendere su Internet prodotti agli utilizzatori finali, imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, che limiti o restringa il commercio parallelo in maniera più estesa rispetto alle restrizioni inerenti a qualsiasi contratto di distribuzione selettiva e che ecceda quanto obiettivamente necessario per distribuire tali prodotti in maniera adeguata, tenendo conto non solo delle loro caratteristiche materiali, ma anche della loro aura o immagine, abbia un oggetto restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE.

62 — E tra i prodotti di cui trattasi e altre marche (concorrenza tra marche).

VI — Seconda questione — Il regolamento n. 2790/1999

58. Ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 2790/1999, l'art. 81, n. 1, CE è inapplicabile a talune categorie di accordi verticali e pratiche concordate conclusi tra due o più imprese e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi⁶³. Ai sensi dell'art. 4, lett. c) del regolamento n. 2790/1999, l'esenzione di cui all'art. 2 di tale regolamento non si applica agli accordi di distribuzione selettiva volti alla restrizione delle vendite attive o passive agli utenti finali da parte dei membri del sistema di distribuzione operanti nel commercio al dettaglio. Tuttavia, viene fatta salva la possibilità di proibire ad un membro di tale sistema di svolgere la propria attività in un luogo di stabilimento non autorizzato.

59. A mio parere, il divieto generale e assoluto delle vendite su Internet restringe sia le vendite attive, sia le vendite passive⁶⁴,

63 — Ai sensi dell'art. 3, n. 1, l'esenzione di cui a tale regolamento si applica a condizione che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato di cui trattasi, in cui esso vende i beni o i servizi oggetto del contratto. Nella sua domanda, il giudice del rinvio ha dichiarato che il gruppo Pierre Fabre aveva una quota di mercato del 20%.

64 — V. nota 18 supra.

escludendo, in tal modo, le clausole di cui trattasi negli accordi di distribuzione selettiva della PFDC dalla possibilità di esenzione prevista dal regolamento n. 2790/1999, a meno che le vendite via Internet si possano considerare come effettuate a partire da un luogo di stabilimento non autorizzato.

60. La PFDC sostiene che le vendite su Internet non equivalgono a vendite effettuate a partire da un luogo di stabilimento fisico autorizzato; esse devono, pertanto, essere considerate come vendite effettuate a partire da un altro luogo di stabilimento (virtuale). Anche la natura stessa di tali vendite è diversa e le vendite in presenza di un farmacista non possono essere assimilate a vendite via Internet. Inoltre, l'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, non fa riferimento a vendite su Internet, consentendo quindi ad un produttore di opporsi alla vendita di prodotti contrattuali da parte di un distributore autorizzato a partire da un luogo di stabilimento non autorizzato, che si tratti di un punto di vendita fisico o di un sito Internet.

61. L'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999 non fa riferimento a vendite via Internet⁶⁵. Tuttavia, a mio avviso, Internet

65 — V. nota 18 supra. V. anche art. 4, lett. c), del regolamento (UE) della Commissione 20 aprile 2010, n. 330, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU L 102, pag. 1), che non fa riferimento a vendite su Internet. Il regolamento n. 330/2010 è entrato in vigore il 1° giugno 2010 ed ha effettivamente sostituito il regolamento n. 2790/1999 giunto a scadenza il 31 maggio 2010. V., tuttavia, l'art. 9 del regolamento n. 330/2010 sul periodo transitorio. Il regolamento n. 330/2010 non è rilevante ragione temporis ai fini della causa principale.

non può essere considerato in questo contesto un luogo di stabilimento (virtuale), ma piuttosto un moderno strumento di comunicazione e commercializzazione di prodotti e servizi. Pertanto, anche se ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999, la libertà di un distributore autorizzato di spostare il suo punto di vendita/luogo di stabilimento può essere limitata senza previo consenso del produttore, garantendo in tal modo che quest'ultimo possa, tra l'altro, controllare la qualità e la presentazione di tali punti di vendita/luoghi di stabilimento, ritengo che un divieto generale e assoluto di vendita su Internet in un accordo di distribuzione selettiva escluda il beneficio dell'esenzione ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999. Come affermato al paragrafo 54 supra, un produttore può, a mio avviso, imporre condizioni adeguate, ragionevoli e non discriminatorie concernenti le vendite via Internet, garantendo in tal modo la qualità della presentazione e della distribuzione dei prodotti e servizi pubblicizzati e commercializzati nel modo descritto.

62. Ritengo, pertanto, che un accordo di distribuzione selettiva contenente un divieto generale e assoluto di vendita su Internet non possa beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 2790/1999, dal momento che tale divieto opera una

limitazione alle vendite attive e passive ai sensi dell'art. 4, lett. c), di detto regolamento. La vendita via Internet di prodotti contrattuali da parte di un rivenditore autorizzato non costituisce svolgimento di attività a partire da un luogo di stabilimento non autorizzato ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999.

VII — Terza questione — Esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE

63. Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di chiarire se, nel caso in cui il divieto generale e assoluto di vendita su Internet non possa beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 2790/1999, possa beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE.

64. Soltanto nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse constatare che il divieto di cui trattasi restringe la concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE e che non beneficia dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento n. 2790/1999, si renderebbe necessaria una valutazione, da parte di tale giudice, sulla base dell'art. 81, n. 3 CE. Inoltre, qualsiasi accordo restrittivo della concorrenza può, in linea di principio, beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE. Pertanto, come correttamente rilevato dalla Commissione nelle sue memorie, anche qualora si accerti

che un accordo abbia per oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, tale accordo non è automaticamente escluso dal beneficio di cui all'art. 81, n. 3, CE.

all'impresa che invoca l'applicazione dell'articolo 81, n. 3, CE incombe l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte. Tuttavia, gli elementi di fatto fatti valere da detta impresa possono essere tali da obbligare la controparte a fornire una spiegazione o una giustificazione, in mancanza della quale è lecito ritenere che l'onere della prova sia stato soddisfatto⁶⁷.

65. L'applicabilità dell'esenzione prevista dall'art. 81, n. 3, CE è assoggettata alle quattro condizioni cumulative previste da tale disposizione. In primo luogo, occorre che l'intesa in esame contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o servizi in esame, oppure a promuovere il progresso tecnico o economico; in secondo luogo, che una congrua parte dell'utile che ne deriva sia riservata agli utilizzatori; in terzo luogo, che essa non imponga alle imprese interessate restrizioni non indispensabili e, in quarto luogo, che essa non fornisca a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti o servizi in questione⁶⁶.

67. Poiché dagli atti sottoposti alla Corte non risultano elementi sufficienti sull'argomento, ritengo che la Corte non sia in condizione di fornire al giudice del rinvio indicazioni concernenti l'applicazione specifica dell'art. 81, n. 3, CE ai fatti nella causa principale.

66. Inoltre, ai sensi dell'art. 2 del regolamento n. 2790/1999, intitolato «Onere della prova»,

68. Ritengo, pertanto, che un accordo di distribuzione selettiva contenente un divieto generale e assoluto di vendita su Internet possa beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE, purché siano soddisfatte le quattro condizioni cumulative previste da tale disposizione.

66 — V., in tal senso, sentenza 17 gennaio 1984, cause riunite 43/82 e 63/82, VBVB e VBVB/Commissione (Racc. pag. 19).

67 — V. sentenza GSK, cit. alla nota 11, punto 83.

VIII — Conclusione

69. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni sottoposte dalla Cour d'appel de Paris:

- 1) Il divieto generale e assoluto di vendere su Internet prodotti agli utilizzatori finali, imposto ai distributori autorizzati nell'ambito di una rete di distribuzione selettiva, che limiti o restringa il commercio parallelo in maniera più estesa rispetto alle restrizioni inerenti a qualsiasi contratto di distribuzione selettiva e che ecceda quanto obiettivamente necessario per distribuire tali prodotti in maniera adeguata, tenendo conto non solo delle loro caratteristiche materiali, ma anche della loro aura o immagine, ha un oggetto restrittivo della concorrenza ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE.
- 2) Un accordo di distribuzione selettiva contenente un divieto generale e assoluto di vendita su Internet non può beneficiare dell'esenzione per categoria prevista dal regolamento (CE) della Commissione 22 dicembre 1999, n. 2790, relativo all'applicazione dell'articolo 81, n. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, dal momento che tale divieto opera una limitazione alle vendite attive e passive ai sensi dell'art. 4, lett. c), di detto regolamento. La vendita via Internet di prodotti contrattuali da parte di un rivenditore autorizzato non costituisce svolgimento di attività a partire da un luogo di stabilimento non autorizzato ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999.
- 3) Un accordo di distribuzione selettiva contenente un divieto generale e assoluto di vendita su Internet può beneficiare di un'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE, purché siano soddisfatte le quattro condizioni cumulative previste da tale disposizione.