

La distribuzione “vigilata” dei cosmetici nel mercato unico. Aspetti contrattuali

Carmelita Camardi

(Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract A new European Regulation (EC) No 1223/2009 on Cosmetic products provides a complete system of consumer protection, product traceability and market surveillance. In this context, a “responsible person” established in the Community shall be designated for each product placed on the market, in order to ensure compliance of the products with the rules set out in the Regulation. Also, the Regulation provides that distributors and all other persons involved in the supply chain are partially responsible for ensuring compliance with requirements relating to human health, safety and consumer information. The article analyses the impact of new Regulation on the supply chains organisation and the distribution contracts clauses, in a competition law perspective, considering previous European Court of Justice and European Commission decisions in this field.

Sommario 1. Considerazioni di apertura. – 2. La nuova organizzazione delle catene di fornitura. Principio di precauzione e obblighi di vigilanza. – 3. Qualche prospettiva analitica. – 4. La distribuzione selettiva nel settore dei cosmetici. – 5. (segue) Il problema dell'accesso alle grandi reti di distribuzione e della selezione dei candidati. – 6. (segue) Le clausole di accesso riservato.

1 Considerazioni di apertura

Il recente Regolamento UE n. 1223/2009, contenente la disciplina uniformata della circolazione dei prodotti cosmetici nel mercato unico ed entrato in vigore nel luglio del 2013, costituisce l'applicazione di un modello di regolazione amministrativa dei mercati ad un importante settore economico (quello dei cosmetici) interamente dominato dall'iniziativa privata, contraddistinto anche dalla ricorrenza di differenti e particolari forme di organizzazione commerciale, e tuttavia connotato da un livello di *rischio* che ha indotto l'UE ad adottare un punto di vista che tenta di coniugare e bilanciare la libertà economica degli operatori con i limiti provenienti dalla protezione degli interessi che quel *rischio* può invece danneggiare¹.

Relazione tenuta al convegno su *Il diritto dei cosmetici. Regolazione, responsabilità, bioetica*, tenutosi a Roma il 28 gennaio 2014.

¹ Non è nota ai più la cosiddetta *Cosmetic Law*, o disciplina relativa alla produzione e circolazione dei prodotti cosmetici, originariamente attuata in Italia con l. 11 ottobre 1986, n. 713,

Tanto si evince già in prima battuta dall'indicazione dei seguenti principi generali della materia, presente nei *considerando* del Regolamento:

- a) la protezione della salute dei consumatori e perciò il (rafforzamento del) principio della *responsabilità per la sicurezza* del prodotto (c. 26), esteso - se del caso - a tutti i soggetti che vengono a contatto con i cosmetici; e il richiamo del *principio di precauzione*, riferito alle azioni della Commissione e degli Stati membri (c. 36);
- b) l'istituzione di un mercato "vigilato" da autorità competenti e perciò l'introduzione di un *principio di rintracciabilità del prodotto* cosmetico (c. 12) nel suo cammino dal fabbricante all'utilizzatore finale.

Entrambi confluenti poi nella menzione nell'art. 1 dell'obiettivo principale del Regolamento, individuato nel «*corretto funzionamento del mercato interno*» e nella definizione di un «*livello elevato di tutela della salute umana*»².

che recepiva la Direttiva del Consiglio n. 76/768 CEE del 27 luglio 1976, e imperniata quasi esclusivamente su taluni profili di responsabilità civile, quali egregiamente delineati da G. Ponzanelli, *Appunti civilistici in merito alla L. 11 ottobre 1986, n.713, sulla produzione e la vendita dei cosmetici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 79 (ivi altre indicazioni bibliografiche); e in precedenza, prima del recepimento della Direttiva, da M.V. DE GIORGI, *Produzione dei cosmetici e tutela della salute*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 839. Più di recente una sistemazione della disciplina di questo settore è offerta da M.C. PAGLIETTI, *Cosmetic Law e tutela del consumatore. La disciplina dei cosmetici tra persona e mercato, soluzioni contrattuali e aquiliane*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 2013, n. 1, p. 133, che giustamente indica quale esempio di sviluppo sistematico della riflessione dottrinarica in materia i contributi della letteratura francese, non a caso elaborati in un paese, come la Francia, dove l'industria cosmetica è decisamente più che un leader mondiale. Dello stesso A. si veda adesso *Beauty rules: la circolazione giuridica dei cosmetici alla luce del Reg.1223/2009*, in *Diritto, mercato, tecnologia*, 2013, n. 4, p. 65. Il Regolamento attuale qui in commento per taluni aspetti, consultabile al link <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:342:0059:0209:it:PDF>, è destinato invece alla introduzione uniformata nei paesi dell'UE di una *cosmetic law* di matrice comune, da integrare nei sistemi nazionali di regolazione economica.

2 Il Regolamento citato riproduce in tal senso principi ampiamente affermati nelle politiche di regolazione dell'UE, ad esempio nella disciplina dei rapporti di consumo, ma più in generale della circolazione dei prodotti di consumo. La sicurezza dei consumatori è uno dei pilastri dell'azione dell'UE, e la si trova sviluppata in una serie di azioni (le si veda al link http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/index_it.htm) che toccano i più disparati settori di prodotti (da quello alimentare, a quello dei giocattoli, dei dispositivi medici, degli impianti, ecc.), e di servizi, con disposizioni di carattere generale e di carattere specifico. Da ultimo la Commissione ha varato un nuovo «*Pacchetto sicurezza dei prodotti e vigilanza del mercato*», con Comunicazione della Commissione del 13 febbraio 2013, COM(2013) 74 final, che comprende fra l'altro due proposte di regolamento sulla sicurezza e sulla vigilanza (lo si veda in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0074:FIN:IT:PDF>). Nel nostro ordinamento, sono significative le disposizioni contenute nel Codice del Consumo, nella parte dedicata alla Sicurezza e Qualità (artt. 102-113), ove ampiamente delineati i principi del modello regolatorio adottato, che ritroveremo nel Regolamento in oggetto, e che si articolano sulla definizione dello standard di sicurezza; sulla previsione di obblighi imposti ai produttori e ai distributori a garanzia della sicurezza dei

Alla introduzione di tali principi si deve dunque l'istituzione di un modello di regolazione del mercato dei cosmetici per taluni aspetti originale, in quanto, per un verso si dichiara coerente con i postulati del Trattato UE in materia di libera circolazione delle merci (richiamato espressamente all'art. 9), prevedendo anche una specifica disciplina di protezione dei diritti del consumatore (artt. 19-21), funzionale anche questa – come noto – al corretto sviluppo del mercato interno³; ma per altro verso introduce obblighi ed oneri di natura pubblicistica, o comunque connessi alla vigilanza del mercato, imposti non solo alle autorità pubbliche a ciò deputate dagli Stati membri, ma anche al fabbricante e ai soggetti della filiera commerciale, cioè a soggetti privati, la cui posizione – in teoria – dovrebbe essere quella di “vigilati” piuttosto che di “vigilanti”⁴. Il modello si presenta perciò in grado

prodotti; sull'individuazione delle Autorità preposte alla vigilanza e dei relativi poteri; sulla definizione delle procedure di sorveglianza del mercato ai fini della garanzia di un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza dei consumatori.

3 Scolastico, ma necessario il riferimento ai principi del Trattato che garantiscono la libertà di circolazione e la libera concorrenza, comunque richiamati dal Regolamento in esame. Sul punto, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 365 ss.

4 Sta esattamente in questo aspetto, e cioè nel coinvolgimento dei soggetti privati, l'aspetto originale del modello di regolazione adottato dall'UE per la garanzia della sicurezza e della salute dei consumatori. Si tratta di un modello di vigilanza per così dire “ibrido”, nel quale – come scrive ad es. L. Torchia – emerge una peculiare conformazione dell'interesse pubblico (non più il perseguimento di un obiettivo sostanziale specifico, ma l'indicazione di un obiettivo generale di sistema, ad es. il mantenimento di un determinato equilibrio), accompagnata da una peculiare conformazione dell'esercizio dell'attività privata (sempre finalizzata al profitto, ma onerata anche della garanzia di interessi terzi), il cui risultato è per l'appunto una sorta di confusione tra diritto pubblico e diritto privato: dove il potere pubblico acquisisce taluni tratti propri dei moduli di azione consensuali, mentre la condotta privata si ispira a valori propri del soggetto pubblico (trasparenza, *accountability*, partecipazione). In tal senso, efficacemente, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, reperibile nella pagina http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/11/Torchia_Regolazione_mercato.pdf. Sottolinea ampiamente questo aspetto del modello di vigilanza adottato dal Regolamento anche il contributo di S. AMOROSINO, *La disciplina dei cosmetici: caso di studio per il diritto dell'economia*, in *Cosmetici. Diritto, regolazione, bioetica*, a cura di V. Zeno Zenchovin, Roma, 2014, p. 23. Indicazioni generali sui modelli di vigilanza quali modelli di regolazione del mercato, nell'ambito della letteratura oramai vastissima sul tema, si trovano in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, pp. 610, 612 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 339, ove la funzione regolatoria è finemente analizzata dal punto di vista dei soggetti – le Autorità indipendenti – che tipicamente la esercitano; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, partic. p. 89 ss. (una sintesi di questo efficacissimo volume si trova nelle Lezioni di diritto amministrativo, Torino, 2013, p. 176 ss.); ID., *Le regole globali: limiti e rimedi*, in *Governare l'economia globale. Nella crisi e oltre la crisi*, a cura di G. Amato, Firenze-Antella, 2009, p. 119 (reperibile anche nella pagina <http://www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/12-03-2009/D-Alberti.pdf>); E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2005, p. 97 ss., ove i modelli dell'attività regolatoria di vigilanza sono costruiti sulle più significative esperienze della vigilanza nei settori bancario e finanziario e delle relative Autorità (indicazioni più generali sulle tipologie di vigilanza si trovano comunque alle pp. 105 ss.). Per una ricostruzione anche teorica del concetto di regolazione, si rinvia invece alla voce *Mercati (regolazione dei)*, di A. ZITO, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 805,

di incidere – indirettamente ma forse profondamente – sull’attuale sistema di produzione e distribuzione dei prodotti cosmetici, a sua volta fortemente consolidato su modelli di distribuzione selettiva, da una parte; e sull’esistenza di canali paralleli di distribuzione, dall’altra, che conoscono sviluppi orientati verso la grande distribuzione organizzata (GDO) e il *mass market*, e comunque verso la diffusione capillare di questa tipologia di prodotti⁵.

Le nuove regole, infatti, seppur non riguardano direttamente i modelli contrattuali di distribuzione, che non sono oggetto di disciplina alcuna in questa sede, ridefiniscono tuttavia la posizione dei distributori all’interno delle catene di fornitura (in relazione ai principi sopra individuati), attribuendo agli stessi quegli obblighi ed oneri di natura pubblicistica connessi alla vigilanza del mercato, di cui si diceva, i quali si presume andranno ad incidere sui contenuti dei contratti di distribuzione. Se non altro perché “gravano” la funzione distributiva di compiti usualmente estranei alla *ratio* meramente circolatoria cui le attività di marketing si ispirano, estendendo tali compiti – in diversa misura – a tutti gli operatori o livelli della catena (dall’importatore al grossista al dettagliante che vende direttamente al consumatore) (c. 14). E poiché le catene commerciali sono tipicamente contrattuali (basate sulla concessione di vendita e sul *franchising*, principalmente), si può facilmente immaginare che le stesse provvederanno più o meno rapidamente ad adeguare le loro attuali strutture ai nuovi compiti strumentali alla vigilanza di questo settore di mercato.

Scopo di queste note è quello di sviluppare l’ipotesi appena formulata, e cioè i riflessi contrattuali della nuova disciplina della circolazione vigilata

ed ivi ampia bibliografia; nonché a M. LIBERTINI, *L’azione pubblica e i mercati*, in *Manuale di Diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, III, p. 402 ss.

5 Esistono studi di matrice aziendalistica sulla conformazione del mercato dei cosmetici, per i quali si rinvia per tutti a G. LUGLI, *Marketing channel. La creazione di valore nella distribuzione specializzata*, Torino, 2011, p. 173 ss. Dal punto di vista giuridico, invece, allo stato attuale della *cosmetic literature* il rinvio è d’obbligo ai classici contributi sulla distribuzione selettiva e prima ancora sull’integrazione verticale e sui contratti di distribuzione. La letteratura è, anche qui, ricchissima, a partire dai primi imprescindibili contributi di R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979 (del quale si veda da ultimo il contributo su *Le intese verticali*, reperibile nella pagina <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-43-2013.pdf>) e G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 1983. Tra i riferimenti più recenti e più interessanti per le riflessioni che si andranno a sviluppare, si vedano A. NERVI, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011; F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto della distribuzione*, Napoli, 2007; M.A. IMBRENDA, *I contratti di distribuzione, in I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà ed E. Gabrielli, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 647; C. CAMARDI, *I contratti di distribuzione come contratti di rete*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 225; A. FICI, *Il contratto di franchising*, Napoli, 2012, p. 153 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002; M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., pp. 191, 229 ss.; M. MELI, *Contratti di distribuzione*, reperibile alla pagina [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-di-distribuzione_(Diritto_on_line)/).

dei prodotti cosmetici, che si va adesso a ricostruire nelle parti che più direttamente interessano l'attività di distribuzione commerciale, provando a verificare per ciascun gruppo di norme rilevanti quale incidenza esse possano avere sul contenuto dei contratti, e quale ricaduta sull'organizzazione del mercato dal punto di vista degli effetti sulla concorrenza. È ben noto infatti che le catene di distribuzione dei cosmetici si presentano secondo il modello della distribuzione integrata e selettiva, e che pertanto qualunque modificazione del contenuto degli accordi è potenzialmente in grado di incidere non solo sull'equilibrio dei rapporti tra fabbricante e distributore, ma anche sull'assetto del mercato. E se questo effetto verrà verificato, allora il nuovo Regolamento si presenterà come l'agente di una regolazione del mercato davvero originale⁶. Ma questa è al momento una conclusione prematura.

2 La nuova organizzazione delle catene di fornitura. Principio di precauzione e obblighi di vigilanza

La nozione giuridica di distributore rilevante agli effetti del nuovo Regolamento è quella risultante dall'art. 2, lett. e + g), alla stregua del quale il distributore è la *persona* diversa dal fabbricante o dall'importatore *che, nella catena di fornitura, mette a disposizione (= fornisce per la distribuzione, il consumo o l'uso) un prodotto cosmetico sul mercato comunitario.*

Dal punto di vista per così dire tecnico-economico, la definizione non aggiunge nulla alla nozione acquisita di distribuzione commerciale. La novità normativa sta in ciò: la posizione del distributore è ridefinita alla luce del

6 Si precisa sin d'ora che il punto di osservazione del fenomeno si focalizzerà sull'applicazione della disciplina degli accordi verticali e di distribuzione selettiva quale posta dal Regolamento di esenzione per categoria n. 330/2010, sul quale si vedano gli Orientamenti della Commissione Europea sulle restrizioni verticali (testo 2010/C, 130/01), reperibili nella pagina <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:FULL:IT:PDF>; e i commenti di P. BARUCCI, A. BARONE, *Il nuovo regolamento europeo sulle restrizioni verticali*, in *Merc., conc., reg.*, 2010, p. 431; G. FAELLA, *Adelante con juicio: limiti e occasioni perse della nuova esenzione per categoria delle intese verticali*, *ibidem*, 2011, p. 29; Id., *La revisione della disciplina delle intese verticali nel settore automobilistico*, *ibidem*, 2008, p. 613; G. BRUZZON, A. SAIJA, *Le regole europee del 2010 sugli accordi verticali: approccio economico e utilizzo delle presunzioni giuridiche*, in *Contr. e impr. Eur.*, p. 635; R. BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milano, 2011, p. 45 ss.; FL. MEROLA, M.T. STILE, *Accordi internazionali fra imprese*, Torino, 2011, p. 77 ss.; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2012, pp. 31, 51 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 671, 674 ss.; B. CARUSO, *Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l'analisi economica e le modifiche mancate*; R. SICCA, *Il nuovo regolamento generale di esenzione delle intese verticali: elementi innovativi e interessi in gioco*, entrambi nel volume AA.VV., *Concorrenza e mercato*, a cura di G. Ghidini, P. Marchetti, M. Clarich, F. Di Porto, Milano, 2011, rispettivamente p. 765 e p. 811; M. LIBERTINI, *Le intese illecite*, in *I contratti nella concorrenza*, a cura di A. Catricalà, Torino, 2011, pp. 82 e 94 ss.

principio di responsabilità - per come realizzato attraverso l'individuazione della cosiddetta "persona responsabile" del prodotto, circostanza senza la quale non è possibile l'immissione di un cosmetico sul mercato -; e lo è alla stregua degli artt. 4 e 5 del Regolamento secondo il seguente duplice modello:

- a) se il distributore immette un prodotto cosmetico sul mercato (dove l'immissione si configura quale *prima messa a disposizione* ex art. 2, lett. h)) con il suo nome o marchio, ovvero modifica un prodotto già immesso sul mercato compromettendone la conformità con i requisiti applicabili, allora egli è direttamente "persona responsabile" ex artt. 4 e 5 e ne assume i relativi obblighi;
- b) se invece il distributore è tipicamente tale - cioè si limita a rendere disponibile il prodotto "altrui" sul mercato ex art. 2, lett. e/g) prima citato - allora, nel contesto della sua attività, egli assume gli obblighi specificamente indicati dall'art. 6 e agisce (cioè, deve agire) con *la dovuta attenzione*.

Per l'ipotesi *sub a)*, si applicheranno l'art. 5 e le norme dallo stesso richiamate, che non interessano strettamente le presenti riflessioni, atteso che, in tal caso, il distributore agisce in una veste simile a quella del fabbricante.

Per l'ipotesi *sub b)*, che è quella che più direttamente concerne il distributore, si applica invece l'art.6, il quale provvede a declinare la "responsabilità circolatoria" di quest'ultimo nel modo che segue.

A) Il principio di attribuzione condivisa della responsabilità (per la sicurezza del prodotto) lungo tutti gli anelli della catena (accompagnato da quello della tracciabilità), fa sì che il distributore - senza che la norma specifici se la regola si applichi al grossista o al dettagliante o a entrambi - assolva a taluni *obblighi preliminari* all'atto del rendere un cosmetico disponibile sul mercato. Si tratta della verifica di alcuni requisiti di presentazione del prodotto (quelli di cui alle lettere dell'art. 19 richiamate dall'art. 6, co. 2: informazioni sull'etichetta del prodotto e requisiti linguistici) e della (indicazione della) sua durata, in assenza dei quali si ritiene che il prodotto - in quanto connotato da una sorta di difetto di conformità - non possa essere reso disponibile per la circolazione.

Provando a immaginare realisticamente le ricadute di queste prime nuove regole sui contratti di distribuzione, si può innanzitutto ipotizzare che se la catena di distribuzione si sviluppa lungo una pluralità di livelli in senso verticale, è plausibile ritenere che l'assolvimento di questi obblighi debba entrare automaticamente nel contenuto di tutti i contratti, salva la strutturazione della clausola secondo modalità più o meno severe di controllo, conformemente al livello qualitativo che la catena intende proporre ai clienti.

Il criterio legale della «*dovuta attenzione*», prescritto in via generale dal comma 1 dell'art. 6 «*in relazione alle prescrizioni applicabili*», non

sembra tuttavia tale da determinare significative incidenze nelle dinamiche contrattuali della distribuzione, non sembrando il termine “dovuta” suscettibile di essere inteso con un senso diverso da quello della diligenza media del buon distributore, ma con riferimento semmai ad una opportuna graduazione dell’attenzione in rapporto al contenuto dei diversi obblighi volta per volta prescritti⁷.

B) Di carattere in parte differente e di contenuto più impegnativo, gli *obblighi più direttamente legati alla circolazione* del prodotto, e previsti dal co. 3 dell’art. 6, sono ispirati al principio di precauzione⁸, in applicazione del quale è fatto obbligo al distributore che «*ritenga o abbia motivo di ritenere*» che il cosmetico nella sua disponibilità non sia conforme al regolamento (evidentemente in relazione a tutte le caratteristiche di cui il regolamento si occupa) di non renderlo disponibile sul mercato, «*finché non è reso conforme ai requisiti applicabili*»; ovvero se il prodotto è già sul mercato, di verificare che siano adottate le misure necessarie «*per rendere conforme il prodotto*», oppure «*ritirarlo*» (dalla catena di fornitura) o «*richiamarlo*» (dalla disponibilità già resa all’utente finale) - «*se del caso*».

È qui che comincia a prender corpo significativamente la funzione di “vigilanza” assegnata ai distributori⁹. Immaginando il percorso del prodotto dal produttore al consumatore finale, e preso atto altresì che il controllo di conformità più importante sia quello affidato alla «*persona responsabile*», ciononostante i distributori sono configurati quali agenti attivi della

7 Sulla diligenza nell’adempimento delle obbligazioni, che pare qui richiamata nonostante il regolamento configuri i compiti di cui qui sta parlando alla stregua di obblighi di natura pubblicistica, più che di obbligazioni di natura civilistica in senso stretto, non resta ugualmente che rinviare, per tutti, a A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del Codice civile* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 409 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, nel *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 9, p. 56 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 459 ss.

8 Sul principio di precauzione si rinvia innanzitutto alla Comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000, reperibile alla pagina http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32042_it.htm; nonché al contributo del Comitato Nazionale di Bioetica, Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici e giuridici, giugno 2005, reperibile alla pagina http://www.governo.it/bioetica/pdf/principio_precauzione.pdf; in dottrina, per tutti, si veda A. ZEI, *Principio di precauzione* (voce), in *Dig. delle disc. pubbl.*, terza appendice di aggiornam., II, Torino, 2008, p. 670; AA.VV., *Un diritto per il futuro: teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004; AA.VV., *Il principio di precauzione tra filosofia, biodiritto e biopolitica*, a cura di L. Marini e L. Palazzani, Roma, 2008.

9 Secondo quel modello ibrido derivante dall’innesto nella disciplina tecnica della vigilanza da parte delle Autorità competenti proprio del principio di precauzione, i cui contenuti in un certo senso impongono -in questo settore come in altri, primo fra tutti quello ambientale- il coinvolgimento dei soggetti privati che a vario titolo vi operano.

filiera, con il compito di controllare che il percorso dalla “fabbrica” o dal luogo (e dal momento) della prima immissione sul mercato fino al loro punto vendita, ma anche oltre, sia avvenuto regolarmente. Nel silenzio della norma, sembra ragionevole ritenere che il controllo avrà ad oggetto l’integrità della confezione, sia dal punto di vista della completezza delle informazioni che devono essere contenute, che da quello della integrità specifica del prodotto. La «*dovuta attenzione*» del distributore, dunque, dovrebbe indirizzarsi verso la rilevazione di eventuali imperfezioni o (evidenti) alterazioni dell’involucro o del prodotto, in relazione alle esigenze di sicurezza e di informazione, quali definite dal regolamento¹⁰, e alla adozione o sollecitazione dei conseguenti provvedimenti.

Ancora una volta, se la catena di fornitura si sviluppa lungo una pluralità di livelli verticali nella forma della distribuzione verticale integrata, si deve presumere che - in teoria - l’assolvimento degli obblighi indotti dal principio di precauzione entri automaticamente nel contenuto dei contratti, trattandosi di obblighi legalmente imposti ai distributori. Ma è difficile pensare che ciò avvenga senza una qualche negoziazione (dei contenuti) della clausola di responsabilità attraverso la richiesta o l’imposizione contrattuale di misure organizzative appropriate, idonee a garantire che una qualunque sopravvenienza occorsa durante il cammino del prodotto nella catena di fornitura venga affrontata rapidamente ed efficacemente nell’interesse della catena e comunque del *brand*, e ciò con un duplice scopo. Quello di evitare possibili interruzioni della distribuzione per la necessità di dover richiamare o ritirare il prodotto; e quello di disincentivare eventuali comportamenti opportunistici posti da un distributore in danno di quello che opera nella fase successiva (ad es. dal grossista in danno del dettagliante)¹¹.

Al proposito, va comunque rimarcato che il principio della tracciabilità del prodotto, quale strutturato dall’art. 7 sebbene in vista di una possibile richie-

10 In particolare in relazione alla nozione di sicurezza definita all’art. 3, per il quale i cosmetici sono «*sicuri per la salute umana se utilizzati in condizioni d’uso normali o ragionevolmente prevedibili, tenuto conto*» della presentazione, dell’etichettatura, delle istruzioni per l’uso e l’eliminazione e di qualsiasi altra indicazione proveniente dalla persona responsabile.

11 Si vuol dire nel testo, e lo si specificherà meglio via via nello svolgimento del lavoro, che l’introduzione di tali obblighi di vigilanza potrà avere e probabilmente avrà influenza sulla struttura in cui si articolano i contratti della distribuzione commerciale e sulle eventuali restrizioni che il produttore potrà porre agli affiliati, al momento dell’accesso alla rete, o comunque in relazione alle modalità di vendita e alle altre clausole accessorie proposte/imposte ai rivenditori. È in questo contesto che possono innestarsi i fenomeni di c.d. parassitismo o opportunismo, per i quali alcuni distributori (i cosiddetti *free riders*) cercano di trarre indebito vantaggio dagli investimenti promozionali effettuati da altri distributori più “diligenti”; e i contro fenomeni di reazione dei fornitori, che possono allora avvalersi di clausole per un verso potenzialmente restrittive della concorrenza (concessione di esclusiva, fissazione di prezzi minimi di vendita), ma per altro verso idonee a compensare con vendite sicure i distributori “costretti” a rispettare vincoli di organizzazione delle vendite e perciò ad effettuare investimenti in tal senso. Sul punto, v. M.A. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 685 ss.

sta di un'autorità competente, disincentiva fortemente tali comportamenti nella misura in cui pone in capo al distributore, per ben tre anni dalla messa a disposizione del prodotto, un obbligo generalizzato di identificazione dei soggetti della catena di fornitura in tutte le direzioni, dalla persona responsabile ai distributori, e da ciascuno di questi verso la prima e verso i secondi.

Si può dunque presumere che, almeno per quei prodotti per i quali il fabbricante o il distributore intendono preservare uno standard di qualità elevato e altamente competitivo, l'introduzione di tali obblighi da espletare nello scorrimento della catena di circolazione induca a processi di rafforzamento dei meccanismi tipici della distribuzione selettiva, attraverso l'imposizione a ciascun partner contrattuale di requisiti organizzativi di ingresso e di permanenza nella catena idonei ad assicurare il puntuale assolvimento degli obblighi di legge, facendo di questi ultimi un preciso requisito di qualità. Ma sul punto si tornerà più avanti.

Precauzione e tracciabilità esaltano altresì gli obblighi aggiuntivi imposti ai distributori dalle altre regole dell'art. 6.

C) Se il prodotto cosmetico già immesso sul mercato presenti un«*rischio per la salute umana*», i distributori ne informano immediatamente le Autorità, indicando i dettagli e le misure correttive assunte (co. 3, parte finale, art. 6). L'assolvimento di quest'obbligo - non esattamente definito e solo apparentemente informativo - suppone che lungo la catena di fornitura venga sviluppato un processo minimo (ragionevolmente proporzionato all'attività commerciale del distributore) di monitoraggio degli effetti del cosmetico messo in circolazione sulla salute dei consumatori e degli utilizzatori finali, e tutto ciò implica che a ciascun livello siano presenti risorse o comunque mezzi idonei a rilevare il problema, analizzarne le possibili cause e adottare, o sollecitare, possibili misure correttive.

Si tratta perciò di un obbligo di vigilanza e di intervento, e non soltanto di mera informazione, il cui contenuto a dire il vero risulta di non facile determinazione dal punto di vista dei comportamenti imposti al distributore, se non altro perché la norma non definisce l'ambito delle circostanze rilevanti ai fini della rilevazione o individuazione del «rischio per la salute umana», e neppure la tipologia delle attività che i distributori debbono intraprendere per rilevare quel rischio - di cui debbono poi dare informazione dettagliata alla persona responsabile e alle competenti Autorità - ed eventualmente per adottare «*misure correttive*». Tale incertezza si riscontra anche nelle altre analoghe disposizioni che completano la disciplina di questo specifico obbligo di vigilanza.

Ed infatti, di natura analoga, in quanto funzionale alla tutela di interessi esterni all'ambito strettamente commerciale proprio dell'attività distributiva, è da reputarsi anche l'obbligo di «*notifica*» di cui al successivo art. 23, co. 1, lett. *a-c*), e co. 3, imposto sia ai distributori, che alla persona responsabile in caso di «*effetti indesiderabili gravi*» (definiti alla stregua dell' art. 2, lett. *p*), quali effetti che inducono incapacità, disabilità, ecc.

fino al rischio mortale o al decesso). Ed anche il contenuto di quest'obbligo, come quello del precedente, è formalmente strutturato come obbligo puramente informativo nei confronti delle autorità competenti, alle quali la norma impone di comunicare il nome del prodotto, gli effetti e le misure correttive adottate. E tuttavia lo stesso, unito al precedente, suppone in verità l'assolvimento di obblighi preliminari, intesi alla verifica di quegli effetti; suppone cioè che si intraprendano attività specifiche, in grado di incidere non banalmente sull'organizzazione del singolo distributore e dell'intera catena distributiva e che per questo motivo dovrebbero avere - non solo sul piano strettamente civilistico - un contenuto più esattamente determinato.

Ed infatti, se il distributore viene a conoscenza o verifica in qualche modo effetti indesiderabili gravi a carico del prodotto che ha messo in commercio, si suppone che le eventuali misure correttive da adottare siano da riferire esclusivamente alla dimensione circolatoria, e possano quindi consistere nel ritiro o nel richiamo del prodotto, non potendosi immaginare misure correttive degli effetti in senso stretto, o del prodotto, salvo che si voglia intendere la norma nel senso di stravolgere la funzione del distributore, trasformando l'impresa commerciale in un presidio medico o industriale! In tali casi, è pure evidente che tali misure correttive debbano essere corredate da una campagna di adeguata informazione dei consumatori, e tanto non solo nell'interesse commerciale proprio della catena distributiva, ma anche nell'interesse dei consumatori e pure per evitare una eventuale ulteriore diffusione degli effetti indesiderabili, delle cui conseguenze i distributori non hanno certamente alcun interesse a rispondere.

La norma in esame non prevede né implica soltanto questo. La lett. a) dell'art. 23, infatti, e seppur il contenuto letterale non sia del tutto chiaro, estende l'obbligo informativo non soltanto agli effetti indesiderabili *già «noti»* al distributore, ma anche a quelli *«che si possono ragionevolmente presumere ... noti»*. In altre parole, non solo i distributori devono notificare le informazioni sugli effetti gravi dei quali *effettivamente* vengano a conoscenza direttamente ovvero, ad esempio, ad opera di terzi (segnalazioni ricevute da subfornitori o da clienti), ma devono anche - ed è qui la questione interpretativa - notificare informazioni non "note" ma presumibilmente e ragionevolmente tali, cioè informazioni delle quali si può presumere che «non potevano non essere a conoscenza». Se così fosse tuttavia, la presunzione normativa di conoscenza non sarebbe del tutto comprensibile, in quanto comporterebbe l'attribuzione ai distributori di funzioni di vigilanza per taluni aspetti eccessive, atteso che - di norma - questi ultimi non potrebbero trasmettere informazioni che non possiedono già. Bisogna dunque procedere ad una interpretazione della norma secondo la sua (presumibile) *ratio*. Il criterio della ragionevolezza richiamato dalla norma induce in primo luogo a ritenere che la presun-

zione di conoscenza possa riguardare esclusivamente l'ambito delle informazioni collegate all'attività distributiva in quanto tale, e che pertanto gli oneri correlati non siano coincidenti con quelli propri - e più ampi - della 'persona responsabile', ma si limitino alle notizie che un distributore può normalmente acquisire nel contesto della sua attività in quanto svolta con la «*dovuta attenzione in relazione alle prescrizioni applicabili*» ex art. 6, co. 1, cioè con la diligenza richiesta al distributore ai sensi del Regolamento.

Ciò sembrerebbe escludere che il distributore, intendendo quest'ultimo come il distributore mediamente diligente ed attento secondo lo standard professionale richiesto dall'art. 6, debba sempre e comunque e autonomamente andare in cerca di informazioni sugli effetti indesiderabili ancorché gravi concernenti ciascuno dei prodotti che mette in circolazione, istituendo un ufficio di monitoraggio completo degli effetti dei prodotti sulla salute umana, eventualmente dislocato a tutti i livelli della catena di fornitura. Ma sembrerebbe piuttosto implicare che, una volta venuto a conoscenza di informazioni sugli effetti indesiderabili del prodotto nell'esercizio normale e diligente della sua attività, il distributore debba ritenersi onerato di quella "attenzione" supplementare volta a comprendere, sulla base di un processo logico deduttivo a sua volta basato sulle conoscenze medie che gli standard professionali gli impongono, se gli effetti noti siano o possano essere forieri di effetti ulteriori gravi sulla salute, e in tal caso prendere le misure correttive precauzionali e prudenziali adeguate e procedere immediatamente alla notifica. Il che non significa né che sia esonerato dal richiedere o acquisire con mezzi propri informazioni supplementari utili ad accertare rischi e/o effetti indesiderabili; e nemmeno che debba attivarsi per acquisire tali informazioni sopportando costi eccessivi ed impropri in relazione e in proporzione alla sua posizione di distributore e al contesto concreto nel quale opera, valutata secondo standard medi di attenzione e diligenza. Se la presunzione di legge (certamente relativa) concerne ciò che "non poteva non sapere", il distributore dovrà attivarsi in questi limiti, dati da ciò che "mediamente" gli si può richiedere in termini di attenzione dovuta. Giusto per esemplificare, potrebbe essere buona pratica di distribuzione quella per la quale i dettaglianti accompagnino la vendita del prodotto, o di alcuni prodotti, con un questionario o un simile documento inteso a raccogliere informazioni sugli effetti dei prodotti in generale o per tipi di problemi o per fasce di clientela, e poi sviluppino i dati così acquisiti secondo le loro conseguenze e nei limiti sopra evidenziati, bilanciando l'interesse all'efficienza e continuità della distribuzione nella catena di fornitura nell'ambito del mercato interno, con l'interesse alla tutela della salute, della quale, nella misura evidenziata, essi devono

proporzionalmente farsi carico¹². Con tali criteri si ritiene che le autorità competenti debbano poi valutare l'operato dei distributori.

D) Tornando all'art. 6 (co. 4), i distributori «*garantiscono*» anche che, fin quando il prodotto si trovi sotto la loro responsabilità/disponibilità, le condizioni di stoccaggio e di trasporto non pregiudichino la conformità del prodotto. Il che ancora una volta potrebbe implicare che l'ingresso in una rete distributiva comporti per l'aspirante l'onere di dimostrare di essere in grado di garantire condizioni "di magazzino" e di trasporto appropriate rispetto ai descritti obblighi di conservazione dei prodotti. E potrebbe anche trattarsi di requisiti di accesso che - in relazione alla specificità di ciascun cosmetico o del mercato di riferimento - richiedono investimenti preliminari che il fabbricante, o l'importatore o il grossista non intendono assumere in prima persona, ovvero intendono "imporre" ai distributori trasferendo loro il relativo rischio attraverso la richiesta di standard pre-determinati di efficienza¹³.

E) Quanto all'obbligo finale di cooperazione con le autorità competenti (art. 6, co. 5), imposto ai distributori «*per qualsiasi azione intesa ad evitare i rischi presentati dai prodotti che essi hanno reso disponibili sul mercato*» (ad es. di effetti indesiderabili per la salute umana ex art. 2, lett. o, p)), ancora una volta esso si traduce non soltanto nell'obbligo di fornire documentazioni e informazioni probatorie sotto il profilo della responsabilità, ma per l'appunto anche in quello di intraprendere eventuali "azioni", cioè attività o iniziative concrete idonee a prevenire quei rischi dei quali gli operatori della catena abbiano a qualsiasi livello palesato la possibilità. Il che -ancora una volta- suppone la capacità dei soggetti della catena di predisporre i mezzi organizzativi idonei ad ottemperare a tale richiesta di cooperazione delle autorità competenti. Va peraltro segnalato che, a completamento di quanto disposto dall'art. 6 in esame, il successivo art. 26

12 In altre parole, sembrerebbe di poter collegare l'assolvimento di tale obbligo a quello riferito all'informazione e all'assistenza dei clienti al momento dell'acquisto, o con modalità che i singoli distributori potranno elaborare. Sui primi, si veda il contributo al presente Convegno di F. MACARIO, *Profili consumeristici della regolazione dei cosmetici*, in *Cosmetici. Diritto, regolazione, bioetica*, cit., p. 107.

13 Sulle condizioni e requisiti di accesso alle reti di distribuzioni, mediante selezione indotta dal fabbricante, si veda più avanti dettagliatamente. In questa sede si può anticipare che, sulla base dei modelli contrattuali standard più adottati dalle case produttrici di cosmetici, la procedura di selezione prevede non solo che l'aspirante debba mostrare di disporre di locali confacenti al prodotto e di un punto vendita adeguato (dislocato in un certo contesto e con certe caratteristiche), ma anche che il fabbricante possa svolgere un'ispezione dei luoghi prima di consentire l'accesso alla rete. Queste clausole, spesso portate all'attenzione delle autorità della concorrenza per il loro possibile effetto restrittivo, si presume diventeranno la regola necessaria dei prossimi accordi di distribuzione. Per una anticipazione, si veda M.A. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 715 ss., con riferimento proprio alle clausole utilizzate dai produttori di cosmetici in merito alle caratteristiche dei punti vendita (localizzazione, struttura modalità espositive, servizi pre e post-vendita, ecc.).

dispone che proprio le autorità competenti «chiedono» ai distributori di adottare tutte le misure correttive volte a rendere conforme il prodotto, a ritirarlo o richiamarlo, «in proporzione alla natura del rischio», in caso di non conformità agli obblighi di cui all'art. 6.

Esaurita brevemente l'illustrazione degli obblighi di vigilanza imposti ai distributori in quanto tali, non ci vuol molto a comprendere che, qualora il distributore principale o il fabbricante del prodotto cosmetico intendano – per così dire – cavalcare la nuova regolamentazione quale strumento di competitività, l'unico mezzo al quale potranno ricorrere per raggiungere tale obiettivo potrà essere quello della distribuzione selettiva, trattandosi per l'appunto dell'unica soluzione idonea a sbarrare la strada agli aspiranti distributori che non fossero in grado di garantire il funzionamento della catena offrendo quei servizi (di monitoraggio, di intervento, ma anche di magazzino o di trasporto) che la legge impone nell'interesse pubblico alla sicurezza dei prodotti cosmetici, e che taluni *brand* – ma non tutti forse – potranno assumere quale strumento di rinnovata competitività nel mercato interno.

Si vuol dire in altre parole che, posto che alla stregua dell'art. 26 del Regolamento tutti i distributori della catena di fornitura rispondono in forma specifica avanti alle autorità competenti della ottemperanza agli obblighi loro imposti dal precedente art. 6, in proporzione alla natura del rischio a ciascuno di essi attribuito, a seguito dell'adozione a regime della nuova disciplina il mercato potrà risultare riorganizzato in diversi compartimenti a seconda del modo in cui gli operatori si predisporranno all'assolvimento di questi obblighi: se in termini di “mero adempimento”, ovvero in termini di adeguamento competitivo. Nel primo caso la catena si adeguerà senza particolarmente distinguersi nel mercato. Nel secondo caso la catena si distinguerà per aver trasformato gli investimenti aggiuntivi in termini di sicurezza, vigilanza, precauzione, ecc., in un elemento di maggiore competitività selettiva dei distributori e per questa via di conquista del mercato.

Un' ultima segnalazione concerne la trasparenza della catena distributiva a seguito delle regole di identificazione e tracciabilità del prodotto cosmetico in circolazione imposte da Regolamento. Ai sensi dell'art. 13, infatti, ed alla stregua del più volte menzionato principio di precauzione, la Commissione esercita la funzione di vigilanza generale e accentrata della circolazione dei cosmetici nel mercato unico attraverso lo strumento della *notifica*. Più in particolare, la persona responsabile trasmette alla Commissione le informazioni richieste dall'art. 13, e la Commissione le mette a disposizione delle autorità competenti allo scopo di agevolare la sorveglianza del mercato e valutare le informazioni fornite ai consumatori agli effetti della loro protezione. Ma anche i distributori che operano nel commercio transfrontaliero da uno Stato membro all'altro, semplicemente operando una “traduzione” anche parziale dell'etichetta del prodotto al fine di “rispettare il diritto nazionale”, devono fornire alla Commissione

una serie di informazioni idonee a re-identificare il prodotto e la persona responsabile, tracciandone il passaggio da uno Stato all'altro (art. 13, co. 3, con norma che si applica a decorrere dall'11 gennaio 2013).

Analogo obbligo di notifica, alla persona responsabile e da questa alla Commissione, è posto in capo al distributore per i prodotti già in circolazione prima della data dell'11 gennaio 2013, ma non in tale data e poi reimmessi successivamente in circolazione in uno Stato membro (art. 13, co. 4).

3 Qualche prospettiva analitica

Si era anticipato che lo scopo di queste riflessioni è quello di verificare le ricadute delle disposizioni che ridisegnano la distribuzione commerciale nel settore dei prodotti cosmetici sull'assetto dei rapporti contrattuali propri del settore, e per questa via sul complessivo assetto del mercato, intendendo quest'ultimo obiettivo con riferimento alle dinamiche concorrenziali che il nuovo Regolamento potrà o meno stimolare.

A partire da quanto osservato in merito alla nuova posizione giuridica dei distributori, è sembrato possibile ipotizzare che il nuovo Regolamento possa offrirsi come incentivo non di poco peso al rafforzamento delle catene di distribuzione selettiva, e di conseguenza - attesa l'imperatività delle norme indicate - come una sorta di occasione o giustificazione non di mero fatto per l'esenzione per categoria ovvero per settore merceologico dall'applicazione delle sanzioni *antitrust* agli "accordi verticali" che inevitabilmente i produttori tenderanno a stipulare con i distributori, rafforzando gli aspetti di chiusura e selezione all'ingresso nelle reti distributive, con presumibile effetto di restrizione della concorrenza¹⁴.

Sarebbe perciò interessante verificare più puntualmente se e come le prescrizioni del nuovo Regolamento possano incidere sulle più comuni clausole dei contratti di distribuzione frequentemente poste al vaglio delle autorità antitrust, e se le eventuali restrizioni della concorrenza che ne derivassero possano o meno ricadere nell'ambito del regolamento di esenzione n. 330 del 2010, ovvero ricevere l'esenzione individuale, ai sensi dell'art. 101 TFUE¹⁵.

Alla luce del nuovo Regolamento, infine, e della verifica ora prospettata, si potrebbe forse riesaminare la precedente giurisprudenza comunitaria in materia di contratti di distribuzione selettiva dei cosmetici, per esempio rispetto alle clausole imposte da taluni produttori in ordine alla presenza di "esperti" nel punto di vendita e al conseguente divieto così indirettamente imposto di distribuire il prodotto per corrispondenza o tramite vendita *on line*.

14 Sugli accordi verticali si vedano i contributi citati in nt. 5.

15 Sulle procedure di esenzione dall'applicazione delle sanzioni *antitrust*, v. nt. 6.

Il lavoro da fare dunque – in attesa che l’esperienza ci dica quale complessivo impatto il nuovo regolamento abbia prodotto sul mercato – è quello di riprendere in mano i *leading cases* comunitari, che contengono una valutazione delle clausole tipiche dei contratti di distribuzione selettiva, fino alle più recenti decisioni del 2013, e individuare quelle più significative sulle quali il nuovo regolamento potrebbe avere un impatto rilevante dal punto di vista degli effetti sulla competitività.

Dal punto di vista metodologico, va sottolineato che l’analisi alla quale ci si propone di dedicarsi è la tipica analisi che di questi contratti e della loro validità, anche parziale, viene fatta dal punto di vista del diritto della concorrenza, in particolare dal punto di vista degli effetti distorsivi della concorrenza che gli stessi possono generare non in quanto singoli accordi bilaterali, bensì in quanto “rete” o “blocco” di contratti standardizzati (im) posti dal produttore, i quali vanno ad incidere sul mercato di riferimento proprio in quanto “blocco” e con un “effetto cumulativo”¹⁶. Da questo punto di vista, in altre parole, l’effetto cosiddetto *escludente* riconducibile in teoria ad una clausola di esclusiva territoriale, ovvero al rifiuto del produttore di contrarre con candidati distributori privi dei requisiti (sempre più impegnativi) richiesti dalle sue strategie di vendita, ovvero ad altre clausole ancora (siano o meno discriminatorie), non viene misurato guardando al singolo contratto, bensì all’insieme dei contratti “identici” che contemporaneamente operano sul mercato di riferimento realizzando – come noto – un unico programma economico-giuridico, quello in virtù del quale si discorre di questi contratti in termini di “rete” o più propriamente di integrazione verticale¹⁷.

E tuttavia, in presenza del nuovo Regolamento, l’indagine sulla validità delle clausole dovrà verificare certamente l’idoneità di queste ultime a generare effetti di restrizione della concorrenza, ma dovrà farlo comparando e bilanciando tale complessivo effetto *negativo* con la funzionalità delle clausole a realizzare contestualmente l’effetto *positivo* della pronta tutela degli interessi “altri” che il Regolamento vuole garantire, anche a costo del sacrificio della concorrenza. Tali sono gli interessi dei consumatori alla

16 È questa la specifica prospettiva nella quale si muove l’analisi di A. NERVI, *op. cit.*, pp. 110 e 117 ss.; analogamente M.A. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 707.

17 Ancora A. NERVI, *op. cit.*, p. 110 ss., il quale tiene distinti due piani di indagine sui contratti di distribuzione: quello relativo al singolo contratto di distribuzione nella tradizionale prospettiva civilistica, e quello relativo all’insieme dei contratti che ciascun produttore propone e stipula in serie con diversi distributori, questa volta nella prospettiva di una “rete” alla quale come insieme guarda il diritto *antitrust* e lo stesso legislatore europeo. L’adozione di questo duplice punto di vista (quello bilaterale del singolo contratto, e quello della rete come insieme con effetto cumulativo) si riflette anche nella valutazione delle singole clausole contrattuali e della loro validità, o di singoli comportamenti contrattuali (il rifiuto di contrarre, ovvero l’imposizione di obblighi organizzativi, la clausola di esclusiva: pp. 114, 121, 122), in relazione ai differenti contesti di mercato.

protezione della salute e l'interesse pubblico ad una vigilanza del mercato dei cosmetici che possa garantire la soddisfazione dei primi, entrambi affidati *anche* all'attività dei distributori privati.

4 La distribuzione selettiva nel settore dei cosmetici

Come noto, la distribuzione dei prodotti cosmetici si articola su molteplici canali, tra loro differenti, organizzati in relazione alle strategie di vendita dei produttori (operanti di norma in mercati cosiddetti di "lusso"), come pure in relazione alle generali preferenze commerciali dei consumatori¹⁸. Elementi non irrilevanti nell'indagine che si sta per intraprendere.

E così, da una parte si evidenziano canali ordinariamente specializzati di distribuzione, incentrati sulle classiche "profumerie", ovvero sui punti vendita localizzati nei centri della grande distribuzione organizzata (GDO); dall'altra si evidenziano canali iperspecializzati, di cui sono protagoniste le farmacie, che offrono cosmetici con posizionamento salutistico e di confine incerto rispetto ai farmaci veri e propri¹⁹, caratterizzati da qualità paraterapeutiche a loro volta "vendute" quale esito di apposite attività di "ricerca e sviluppo". Qualità, a dire il vero, reclamizzate sempre più anche dalle case cosmetiche più prestigiose.

Da altro punto di osservazione, quello della segmentazione del mercato, mentre le profumerie specializzate indipendenti si articolano in profumerie meramente commerciali, di lusso o "boutique", e marginali; la distribuzione organizzata si articola variamente in catene con *brand* specifico²⁰, oppure in gruppi associati d'acquisto; mentre nei grandi magazzini i punti vendita delle varie case si affiancano in reparti *ad hoc* definiti "multi marche"²¹.

18 Si veda lo studio di LUGLI, citato in nt. 5.

19 Sulla distinzione tra farmaci e cosmetici nell'ambito del Regolamento n.1223/2009 si veda M.C. PAGLIETTI, *Cosmetic law*, cit., p. 137 ss., partic. p. 141 ss.

20 Prevale in molti casi la formula del *franchising* in esclusiva, con contratti *intuitu personae*, stipulati all'esito di un corso di formazione e incredibili, aventi ad oggetto il trasferimento pieno del know-how tecnico, commerciale, pubblicitario, amministrativo, ecc. del produttore. Un'immagine completa e attuale si trova nella decisione della Commissione del 17 dicembre 1986, che concede l'esenzione al gruppo Yves Rocher, a seguito di una dettagliata analisi dei modelli di *franchising* adottati nel mercato europeo. Si legge nella pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31987D0014&qid=1397401071568&from=IT>.

21 Si tratta spesso di una caratteristica imposta dagli stessi produttori, che sembrano avversare il monomarchismo (sul quale vedi M.A. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 680), e preferire invece la clausola "multimarche", con la quale si impone ai distributori di vendere un assortimento minimo di un certo numero di marche, con un effetto auspicato di incentivazione all'acquisto per il beneficio che la concorrenza *interbrand* si ritiene possa generare nel consumatore (ancora M.A. IMBRENDA, *op. cit.*, p. 725). In argomento v. anche M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, cit. p. 237 ss.

Infine, dal punto di vista dei servizi offerti al consumatore e delle politiche di prezzo, si evidenziano sempre più le catene distributive convergenti verso il cosiddetto *mass market* (Limoni, Marionnaud), che praticano servizi innovativi (*make up* gratuiti, regali personalizzati) e prezzi competitivi accompagnati da tecniche di *merchandising*; e, di contro, la reazione delle “profumerie” nonché delle grandi case di produzione che tendono a rafforzare i meccanismi della integrazione verticale attraverso il consolidamento di severi criteri di selezione dei distributori, ma anche enfatizzando la specializzazione, il coinvolgimento degli stilisti nella presentazione del cosmetico, la consulenza professionale e personalizzata del servizio e la migliore qualità del prodotto.

Considerando dunque tale variegato assetto di mercato quale contesto di verifica degli effetti del nuovo Regolamento, alla stregua delle illustrate novità che lo stesso introduce nella posizione dei distributori, la prima questione da affrontare riguarda la domanda se possa o meno ritenersi giustificato il ricorso a sistemi di distribuzione selettiva dei cosmetici.

Al proposito, la nozione giuridica di distribuzione selettiva la troviamo nel citato Regolamento di esenzione n. 330/2010, alla stregua del cui art. 1, lett. e), tale si definisce quel sistema «*nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi ... solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati e nel quale questi distributori si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema*». La nozione è rilevante agli effetti dell'applicazione o meno dell'esenzione di questi sistemi dall'applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE, in quanto sistemi che realizzano accordi verticali contenenti a loro volta restrizioni verticali della concorrenza, ma nell'ambito di quanto consentito ai sensi del par. 3 del suddetto articolo. Più in particolare, i sistemi di distribuzione suddetti risultano esentati pur se prevedono la suindicata restrizione delle vendite a distributori non autorizzati nel territorio di riserva (restrizione di regola non consentita e tale da privare della esenzione gli accordi verticali che la prevedessero: art. 4, lett. b), del regolamento), e pur se proibiscono ad un membro del sistema di svolgere la sua attività in un luogo non autorizzato (laddove invece di regola non possono essere poste restrizioni di vendita agli utenti finali, pena la disapplicazione della esenzione: art. 4, lett. c), del regolamento). Mentre non possono prevedere la restrizione delle forniture incrociate tra distributori della stessa rete, pena anche in questo caso la disapplicazione dell'esenzione (art. 4, lett. d), del regolamento).

I sistemi di distribuzione selettiva, dunque, possono evitare di cadere sotto la scure dell'art. 101 TFUE, riconoscendosi negli stessi i vantaggi di cui al co. 3 dello stesso art. 101, vantaggi i quali bilanciano positivamente gli effetti restrittivi della concorrenza che gli stessi inevitabilmente determinano (precisamente: il miglioramento della produzione o distribuzione del prodotti, la promozione del progresso tecnico o economico, riservando

agli utilizzatori una congrua parte dell'utile, ma evitando di imporre restrizioni non indispensabili e di provocare restrizioni per una parte sostanziale dei prodotti)²².

Con riguardo al mercato dei cosmetici, in particolare, il massiccio ricorso a tali pratiche da parte dei grandi produttori ha ricevuto da tempo positiva sanzione da parte della giurisprudenza europea, segnatamente in relazione alla qualifica del mercato dei cosmetici come mercato di *beni di lusso*.

La prima decisione in materia è la storica sentenza l'Oréal del dicembre 1980, la quale apre la strada ad un metodo di valutazione degli accordi selettivi in questo settore basato, oltre che sul contenuto dei criteri utilizzati per la selezione degli aspiranti distributori²³, sulla verifica delle caratteristiche del prodotto in questione, intesa ad accertare se le stesse

22 Sulle restrizioni fondamentali contenute negli accordi di distribuzione esclusiva, e in particolare sulle restrizioni territoriali e della clientela, v. G. FAELLA, *Adelante con juicio, cit.*, p. 44 ss. La disciplina delle restrizioni e della esenzione ripropone la nota questione della ammissibilità delle distribuzioni parallele, sulle quali v. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 405 ss., nell'ottica per la quale le misure nazionali che abbiano per effetto quello di canalizzare le importazioni, a vantaggio di alcuni e a detrimento di altri operatori, costituirebbero misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative vietate dall'art. 34 TFUE; sul punto, C. Giust., Grande Sezione, 16 settembre 2008 (cause riunite da C-468/06 a C-478/06), in *Giur. it.*, 2009, p. 1898, con nota di A. GENOVESE, *Regole di concorrenza e commercio parallelo di farmaci*; sulla stessa decisione v. anche il commento di G. COLANGELO, *Rifiuto di fornitura ed esportazione parallela*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 549, e di C. DESOGUS, *Il commercio parallelo disincentiva la ricerca farmaceutica, ibidem*, p. 335; mentre ancora sul commercio dei farmaci si segnala la decisione del Trib. I grado, sez. V - Sentenza del 26 ottobre 2000, in *Dir. ind.*, 2002, p. 59, con nota di L. CASSON; ma in argomento v. già la decisione del Trib. I Grado delle Comunità Europee, 29 settembre 2006, causa T-168/01, in *Foro it.*, 2007, IV, p. 38, con nota di G. COLANGELO, *Farmaci, commercio parallelo e obiettivi dell'Antitrust: il caso "Glaxo"*, p. 39, con la quale il giudicante esclude che, in linea di principio, la limitazione del commercio parallelo costituisca automaticamente una restrizione della concorrenza, dovendosi previamente verificare che non ricorrano effetti positivi legati al progresso della produzione e della distribuzione dei prodotti; più di recente si veda poi decisione di Trib. Palermo, 28 febbraio 2013, in *Corr. giur.*, 2014, p. 210, con nota di commento di M. LASCIALFARI, *L'interferenza con un sistema di distribuzione selettiva costituisce davvero un atto di concorrenza sleale?*, ove il problema è trattato sotto il profilo della tutela del segno distintivo, garantito "ermeticamente" dai sistemi selettivi, a fronte delle vendite realizzate da distributori indipendenti; in senso parzialmente contrario Trib. Bari, Sez. spec. proprietà industriale e intellettuale, 11 luglio 2008, in *Dir. ind.*, 2009, p. 139, con commento di C. MANFREDI, p. 144 ss.. Altre indicazioni in Cass., 21 dicembre 2007, n. 27081, in *Giur. it.*, 2008, p. 2223 ss., con nota di A. SARACENO, *Note in tema di importazioni parallele, contraffazione di marchi e concorrenza sleale*, p. 2223 ss.

23 Sentenza della Corte 11 dicembre 1980, causa 31/80, reperibile nella pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61980CJ0031&qid=1397374495892&from=EN>, punto 15, ove si giudicano ammissibili criteri qualitativi oggettivi, concernenti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti; stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e valutati in modo non discriminatorio. E si aggiunge poi che gli stessi devono rendersi necessari ed essere proporzionati rispetto al fine perseguito (punto 16). La controversia traeva origine dalla richiesta de l'Oréal di inibire ad un distributore rimasto escluso dalla rete selettiva di una linea di prodotti per capelli la possibilità di offrire in vendita quei prodotti. La convenuta eccepeva così l'illegittimità del sistema di vendita selettiva, sulla quale la Corte si esprime nel senso che si è appena detto.

richiedano, «*onde conservarne le qualità e garantirne l'uso corretto*», un sistema di distribuzione selettiva. E che i prodotti cosmetici rientrino in tale categoria, insieme con i prodotti durevoli ad alta tecnologia, è affermato a chiare lettere da un'altra significativa decisione, secondo la quale «*i cosmetici di lusso ... sono prodotti ricercati e di alta qualità, dotati di un'immagine di lusso distintiva*», corrispondente alla «*percezione specifica che ne hanno i consumatori*» e costituente «*parte della loro stessa natura*». Sicché risponde all'interesse dei consumatori che tali prodotti siano venduti in condizioni tali che ne venga preservata la loro immagine di lusso²⁴.

In merito a tale argomento si è osservato che, in verità, lo stesso costituisce una sorta di capovolgimento dell'impostazione del rapporto tra caratteristiche del prodotto e sistema di distribuzione selettiva, atteso che per i cosmetici sarebbe la vendita selettiva a rendere il prodotto di lusso e non la qualità dei prodotti a rendere necessaria la distribuzione selettiva²⁵.

Indipendentemente da tale ultima valutazione, al giorno d'oggi non più formulabile in presenza dell'evoluzione commerciale dei *brand* legati alle case cosmetiche, se si volesse sviluppare la giustificazione astratta dei sistemi di distribuzione selettiva articolata sulle qualità intrinseche del prodotto, ci si dovrebbe chiedere se il nuovo regolamento non abbia fatto acquistare ai cosmetici una nuova "qualità", che si aggiunge alla lussuosità, ovvero alla originalità (che richiede di essere protetta anche contro la contraffazione); una qualità nuova, o meglio vecchia ma mai dichiarata, che si connette alla "rischiosità" per la salute umana, così tanto presa in considerazione dal nuovo Regolamento da farne la premessa di un complesso sistema di vigilanza e tracciabilità della circolazione del prodotto, almeno in parte affidato – come prima si è detto – ai distributori privati, che ne portano almeno in parte la responsabilità²⁶.

24 Così la sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1996, causa T-19/92, promossa dal Groupement d'achat Leclerc contro la decisione della Commissione, alla pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992TJ0019&qid=1397375577634&from=EN>, a proposito dell'esenzione degli accordi di distribuzione selettiva proposti dalla Yves Saint Laurent parfums SA ed altri, punto 11 della massima. Gli argomenti sono poi ripresi e sviluppati nei punti 114 e seguenti contenenti le motivazioni del Tribunale, secondo il quale la cosiddetta "aura di lusso" costituisce una irrinunciabile caratteristica immateriale dei cosmetici, come tale percepita dai consumatori, nel cui interesse dunque deve riconoscersi la liceità di sistemi di distribuzione selettiva che non offuschino, ma valorizzino quell'aura (punto 120). Nello stesso senso la decisione della Commissione del 24 luglio 1992, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art.85 Trattato CEE attivato dalla Parfums Givenchy. La si legge nella pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992D0428&qid=1397384630200&from=EN>

25 Così R. LOLLI, Yves Saint Laurent parfums e Givenchy: *i recenti sviluppi del diritto comunitario in tema di distribuzione selettiva*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1204, ed *ivi* altra bibliografia. Sulla garanzia dell'aura di lusso, svolta dai sistemi di distribuzione selettiva, v. anche C. Giust., 23 aprile 2009, causa C-59/08, in *Dir. ind.*, 2009, p. 538, con nota di N. LANDI, *ivi*, p. 542 ss.

26 Sulla rischioosità dei cosmetici, e sul principio di sicurezza nel mercato dei cosmetici, v.

Se queste considerazioni non sono infondate, non dovrebbero esserci dubbi circa l'ammissibilità in astratto, dal punto di vista del diritto della concorrenza quale fin qui applicato, dei sistemi di distribuzione selettiva dei cosmetici, leciti dunque ai sensi dell'art. 101 TFUE e del regolamento di esenzione del 2010, certamente opportuni dal punto di vista del principio di precauzione, se non addirittura necessari. Come negare, infatti, che sia «nell'interesse dei consumatori» e degli utilizzatori finali che i cosmetici vengano venduti in condizioni tali che ne venga preservata (oltre che la loro immagine di lusso) anche la loro utilità, o non rischiosità, per i consumatori medesimi? E come far sì che i distributori garantiscano quelle «condizioni», senza una preventiva valutazione delle risorse che sono in grado di impiegare nella distribuzione e una conseguente adeguata selezione dei candidati e dei loro «punti vendita»?

Ipotizzando dunque - per quanto ora detto - l'ammissibilità della distribuzione selettiva quale sistema possibile per la circolazione dei cosmetici, l'analisi deve spostarsi in primo luogo sulla procedura di selezione e ammissione dei candidati alla catena distributiva; e successivamente sulle clausole del contratto attraverso le quali il fabbricante attua - attraverso la selezione - la propria strategia commerciale.

5 (segue) Il problema dell'accesso alle grandi reti di distribuzione e della selezione dei candidati

In merito al primo aspetto, e secondo i dettami condivisi della giurisprudenza europea, l'esame della procedura di valutazione e selezione dei candidati fa emergere l'esistenza di una delle quattro condizioni dalle quali dipende il giudizio di conformità dei sistemi selettivi all'art. 101, par. 3, TFUE, e precisamente quella per cui «*la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio*»²⁷. Di particolare interesse a tal proposito si presenta la decisione della Commissione del 24 luglio 1992²⁸, originata dalla richiesta di esenzione presentata dalla società Parfums Givenchy avente ad oggetto un "contratto tipo" di distribuzione selettiva predisposto per la vendita dei prodotti nel mercato interno. La Commissione valuta il procedimento istituito per l'esame delle domande dal punto di vista dei tempi prestabiliti per decidere; delle motivazioni di un eventuale rifiuto della domanda; e della opportunità di

M.C. PAGLIETTI, *Cosmetic law*, cit., p. 134 e p. 147 ss.

27 Così Trib. di primo grado, 12 dicembre 1996, cit., punto 11 della massima.

28 È il caso Givenchy, 92/428/CEE, reperibile nella pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992D0428&qid=1397374989221&from=EN>.

eliminare ogni rischio di arbitrarietà del produttore nella decisione, la quale non potrebbe configurarsi del tutto discrezionale e insindacabile. Il tutto alla stregua del par. 3 dell'art. 85, oggi 101, TFUE. E propone perciò al produttore modifiche del contenuto contrattuale intese a conciliare nella tempistica sia le esigenze di quest'ultimo (ispezioni del punto vendita, formazione del personale, ecc.), che quelle del rivenditore (eseguire i lavori di trasformazione in modo razionale); anche allo scopo di non superare il limite di quanto necessario per garantire un'integrazione "morbida" dei nuovi rivenditori nella rete di distribuzione. D'altra parte, l'introduzione dell'obbligo di motivare il rifiuto mette il rivenditore in condizioni di contestare le modalità di applicazione del procedimento nei suoi confronti e di lamentare, se del caso, l'applicazione discriminatoria avanti alle autorità nazionali competenti, oppure avanti alla Commissione. Ciò posto, la Commissione, nel dichiarare l'esenzione, impone alla Givenchy l'obbligo di relazionare ogni due anni in merito all'andamento della rete, o a taluni aspetti della stessa.

L'aspetto appena esaminato concerne il problema della eventuale discriminazione dei candidati praticata dal produttore attraverso le modalità di selezione, ma nei confronti di singoli distributori specificamente individuati²⁹.

E tuttavia, la procedura di selezione può nascondere un secondo effetto discriminatorio, riferibile non a singoli candidati bensì ad intere categorie di distributori, configurandosi addirittura come sistema di esclusione "a priori" di talune tipologie di vendita, con un effetto restrittivo della concorrenza paralizzante e perciò non accettabile ai sensi dell'art. 85, ora 101, del TFUE.

È questa la problematica affrontata nella decisione *Leclerc c. Commissione*, concernente i contratti proposti dalla Yves Saint Laurent SA³⁰, da leggersi in relazione alla segmentazione del mercato dei cosmetici ed alla presenza di negozi cosiddetti di lusso (le profumerie tradizionali) e di esercizi commerciali genericamente appartenenti al sistema della grande distribuzione organizzata (ipermercati, centri commerciali di medie o grandi dimensioni). Ed infatti, la controversia è aperta dalla catena commerciale *Leclerc*, la quale presenta ricorso avanti alla Commissione, contestando l'intento di quest'ultima di concedere l'esenzione, principalmente sull'argomento per il quale il sistema selettivo di YSLP escluderebbe "d'ufficio" la grande distribuzione, per effetto dell'operare del cumulo di criteri selettivi arbitrari e discrezionali in base ai quali soltanto alcuni magazzini o catene

29 In argomento si veda anche R. LOLLI, *op. cit.* p. 1231, con riguardo al sistema di selezione della YSLP.

30 Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 dicembre 1996, *Groupement d'achat Eduard Leclerc (GALEC) c. Commissione* - causa T-19/92, cit., punto 16 della massima, e poi *amplius*.

(Lafayette, ad esempio) potrebbero essere ammessi alla rete, mentre altri – come la Leclerc – ne verrebbero esclusi, nonostante siano per mezzi ed esperienza in grado di garantire tutte le esigenze legate alla distribuzione di prodotti di lusso; ovvero sarebbero obbligati ad abbandonare i propri consolidati metodi di commercializzazione³¹.

La risposta della Commissione è di estremo interesse, ed ancora fruibile in relazione agli interrogativi che ci si è posti a seguito dell'emanazione del nuovo Regolamento.

Sul piano più strettamente metodologico, la Commissione non accetta l'argomento del ricorrente per il quale il sistema selettivo YSLP escluderebbe *a priori* talune catene distributive, e ritiene invece che l'esistenza di ostacoli all'accesso alla rete debba essere dimostrata attraverso un ricorso contro l'eventuale diniego. Così come ritiene che non si possa presumere l'applicazione automatica dell'art. 85, n. 1, ora 101 del Trattato per il semplice fatto dell'esistenza di sistemi di distribuzione selettiva, a meno che non si dimostri che tali sistemi «*non lasci(no) posto ad altre forme di distribuzione imperniate su una politica concorrenziale di natura diversa o si risolva(no) nella rigidità della struttura dei prezzi non compensata da altri fattori concorrenziali fra articoli della stessa marca e dall'esistenza di una concorrenza effettiva tra marche diverse*»³². Analogamente, non si può presumere un effetto cumulativo di blocco della distribuzione, a beneficio di taluni soltanto dei canali esistenti, senza dimostrare il concreto ostacolo all'accesso ovvero la mancanza di una concorrenza efficace in materia di prezzi³³.

Mantenendosi su questo piano argomentativo, l'introduzione del nuovo Regolamento, con la crescente misura di obblighi di vigilanza imposti ai

31 Al punto 66 si legge che «Il Galec sostiene principalmente che il cumulo dei criteri di selezione approvati dalla decisione ha l'effetto di escludere a priori dalla rete Yves Saint Laurent alcuni ipermercati che operano con l'insegna É. Leclerc, nonostante essi siano idonei a porre in commercio profumi di lusso in modo corretto, valorizzando gli articoli. Accanto a questa censura principale, il Galec fa valere nel ricorso tre gruppi di motivi, attinenti, rispettivamente, ad insufficienze della motivazione, ad errori di fatto e ad errori di diritto. Con tali motivi, la cui portata si sovrappone, vengono sostanzialmente formulate le quattro censure seguenti: a) la decisione sarebbe viziata da insufficienze della motivazione e/o da errori manifesti di fatto laddove i metodi di valorizzazione applicati dai centri commerciali di grandi o medie dimensioni (in prosieguo: la «grande distribuzione») vengono ritenuti non idonei alla distribuzione dei profumi di lusso; b) la decisione sarebbe viziata da insufficienze della motivazione e/o da errori manifesti di fatto in ordine alle esigenze e alle aspettative dei consumatori; c) la decisione sarebbe viziata da errori di diritto e/o da insufficienze della motivazione laddove la Commissione ha stabilito che i criteri sintetizzati nella parte II.A.5 non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato; d) la decisione sarebbe viziata da errori di diritto e/o da errori di fatto manifesti e/o da insufficienze della motivazione con riguardo all'applicazione dell'art. 85, n. 3, del Trattato». Tali argomenti sono poi sviluppati nei punti successivi (partic. 68-82).

32 Così al punto 179 della decisione.

33 Punto 182. In argomento anche R. LOLLI, *op. cit.*, p. 1222 ss..

distributori, non potrà che rafforzare – verosimilmente – l’orientamento di favore per i sistemi di distribuzione selettiva, consentendo di aggiungere ai tradizionali argomenti anche quello basato sulla “nuova” necessità di selezionare l’accesso alle reti distributive soltanto da parte di candidati che siano in grado di assicurare il soddisfacente assolvimento di quegli obblighi, senza che ne vada a detrimento quell’aura di lusso che connota il mercato dei cosmetici e ne giustifica – per l’appunto – la distribuzione selettiva.

Ciò posto, si tratta adesso di verificare l’impatto del Regolamento sulle clausole più comunemente riprodotte nei contratti di distribuzione per garantire l’interesse e la sicurezza dei consumatori: obiettivo già presente nelle strategie commerciali dei produttori, ma adesso imposto dal Regolamento quale obiettivo primario della regolazione del mercato dallo stesso introdotta.

6 (segue) Le clausole di accesso riservato

Viene principalmente all’attenzione al proposito la clausola che riserva l’accesso alle reti distributive di cosmetici soltanto ai candidati laureati in farmacia e già titolari di una farmacia. Si tratta del noto caso Vichy³⁴, i cui contratti prevedevano una clausola che limitava soltanto alle farmacie l’accesso alla rete distributiva, escludendo (parrebbe di sì questa volta) tutti gli altri circuiti commerciali operanti nel settore dei cosmetici. La Commissione bocciava la clausola, ritenuta inammissibile in quanto tale da porre un criterio di selezione quantitativo, atteso che il circuito dei farmacisti è disciplinato in molti dei paesi membri dell’UE alla stregua di un numero chiuso; elemento che, limitando artificialmente il numero dei potenziali distributori, rende sproporzionato il criterio selettivo rispetto agli obiettivi perseguiti dal produttore. Nemmeno potrebbe dirsi che la farmacia rappresenta il luogo ideale per la distribuzione dei cosmetici, perché questa appare una petizione di principio non dimostrata, che è indice invece della scelta deliberata del produttore di optare per una rete costituita da un numero limitato di punti vendita: il che costituisce una grave restrizione della concorrenza.

Il Tribunale conferma la valutazione, specificando che, «quando la limitazione del numero dei punti vendita non deriva dal normale gioco del mercato, il criterio di ammissione ... va considerato avere natura quantitativa», nonché «atto a pregiudicare il commercio intracomunitario», tanto più se si considera «l’effetto cumulativo risultante dall’esistenza di

34 Tribunale di primo grado, 27 febbraio 1992, causa T-19/91, reperibile alla pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991TJ0019&qid=1397376220551&from=EN>, ampiamente commentata da R. LOLLI, *op. cit.*, p. 1225 ss.

sistemi paralleli di distribuzione esclusiva in farmacia per tutti i marchi di cosmetici venduti nel circuito farmaceutico»³⁵.

Se la valutazione esposta tiene conto principalmente dell'effetto della "chiusura" del sistema distributivo e conseguente restrizione della concorrenza per il contingentamento artificiale dei segmenti di mercato, tuttavia sia la Commissione che il Tribunale riconoscono l'utilità della speciale capacità di consulenza che il farmacista potrebbe fornire ai consumatori, e perciò la legittimità della richiesta avanzata da Vichy in ordine a tale competenza, ma la riconoscono soltanto in relazione al possesso della laurea in farmacia, e non al requisito ulteriore della titolarità della farmacia quale esercizio commerciale.

Si giunge così ad affrontare un profilo di estremo interesse e di sopravvenuta attualità rispetto ai dettami del nuovo Regolamento. Quello della informazione specialistica e professionale da fornire al consumatore, per orientarlo nella scelta del prodotto più adatto alle sue esigenze, o ai suoi problemi, ovvero per suggerire le migliori modalità di uso e conservazione. Poiché gli obblighi dei distributori sono stati disegnati dall'art.6 in una direzione che include anche una necessaria attività di "osservazione" degli effetti del prodotto cosmetico, preliminarmente agli obblighi di informazione e notifica alle autorità competenti sugli eventuali rischi che lo stesso presentasse per la "salute umana", è possibile che una clausola che impone ai distributori una consulenza professionale nel punto vendita si proponga come ricorrente nei contratti di distribuzione, e diventi il mezzo attraverso il quale prevenire o contrastare eventuali azioni di responsabilità introdotte per gli effetti dannosi dei prodotti sulla salute dei consumatori.

Può essere allora interessante verificare in che modo la giurisprudenza ha trattato la clausola in esame.

La decisione Leclerc prima citata espressamente reputa che «la presenza nel punto vendita di una persona in grado di consigliare o informare i consumatori in maniera adeguata costituisce in via di principio un'esigenza legittima» per i cosmetici di lusso e «parte integrante di una buona presentazione». In tal caso, il riferimento è alle clausole di YSLP che richiedevano una qualificazione professionale del rivenditore e del suo personale nel campo della cosmetica e cure estetiche, comprovata da

35 Per questi argomenti, si leggano i punti 67, 77, 80 della decisione. È questa l'argomentazione tipica intesa a dimostrare la produzione del cosiddetto "effetto blocco", a sua volta generato dall'"effetto cumulativo", cioè dall'operare contestuale di una serie di contratti standardizzati facenti capo allo stesso produttore, e contestualmente a tanti produttori che scelgono a priori uno stesso circuito, dall'insieme dei quali si genera una compartimentazione dei mercati e una posizione monopolistica di taluni rivenditori (nella specie le farmacie), a scapito di altri, ai quali l'accesso alla distribuzione di quei prodotti risulta precluso. In argomento A. NERVI, *op. cit.*, p. 117 ss., e p. 133 ss. Conservano ancora interesse, rispetto al variegato mercato dei prodotti farmaceutici e simili, alcune lontane decisioni della Corte di Giustizia, raccolte brevemente in *Dir. comm. sc. intern.*, 1992, p. 373 ss.

un diploma di estetista o da analogo attestato professionale rilasciato da una camera di commercio³⁶; dunque un diploma non propriamente legato ad una competenza in materia sanitaria. La clausola in verità sembra più attenta agli aspetti propri di una politica commerciale adeguata ai crismi della vendita dei prodotti di lusso, che non a quelli della vendita di prodotti che possono anche presentare un tasso di rischiosità elevato per la salute umana (ma del resto, quest'ultimo elemento di attenzione è da ricondurre al nuovo Regolamento).

Un'altra più recente decisione della Corte di Giustizia affronta la questione da un punto di vista ancora diverso. La società Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (PFDM) inseriva nelle proprie condizioni generali di distribuzione la clausola per la quale il distributore autorizzato deve dimostrare la presenza fisica e permanente nel suo punto di vendita, e per tutta la durata dell'orario di vendita, di una persona fisica qualificata attraverso un diploma di laurea in farmacia, e addetta alla consulenza professionale del consumatore in ordine alle caratteristiche tecniche e scientifiche del prodotto, specie quelli destinati alla cura della pelle, dei capelli e del cuoio capelluto. La clausola viene giustificata attraverso il richiamo al fine perseguito (garantire il benessere del consumatore), ma viene censurata dalle autorità *antitrust* e poi dalle autorità giurisdizionali, in primo luogo sull'argomento per il quale i cosmetici non sono medicinali; e soprattutto sull'argomento per il quale una clausola siffatta, concentrando le vendite nella zona "fisicamente" limitrofa al punto vendita nel quale il farmacista è presente, escluderebbe di fatto tutte le forme di vendita via internet, così realizzando una restrizione della concorrenza sostanzialmente equivalente ad un divieto di vendite attive e passive, in presenza del quale lo stesso regolamento di esenzione degli accordi verticali e dei sistemi di distribuzione selettiva si esprime negativamente³⁷.

36 Si legga la decisione citata, punti 11 e poi 132. Anche i contratti Givency prevedono analoghe clausole, ritenute legittime dalla Commissione.

37 Si veda la decisione della C. Giust., 13 ottobre 2011, procedimento C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS c. Président del l' Autorité de la Concurrence, Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, con l'intervento della Commissione, reperibile nella pagina <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CJ0439&qid=1397376866990&from=EN> punti 13 e ss della Causa principale e questione pregiudiziale. La possibilità di esenzione per categoria viene negata anche di fronte al rilievo della PFDC secondo il quale internet sarebbe un luogo di vendita non autorizzato, ritenendosi in contrario che internet non sia un luogo, ma uno strumento alternativo di vendita, come tale non 'escludibile' a priori da quelli di cui i rivenditori possono servirsi. Per alcuni commenti sulla decisione, v. V.C. ROMANO, Vendite *on line* nei *networks* di distribuzione selettiva: il caso Pierre Fabre, in *Merc., conc., reg.*, 2012, p. 143, con note critiche sull'efficienza delle vendite *on line*, motivate con particolare riferimento al rischio di una perdita dell'immagine (per i prodotti di lusso e ad alta tecnologia); al rischio della contraffazione; al rischio del commercio parallelo; ed infine al non indifferente rischio di alimentare i *free riding*, reso possibile dal basso costo cui il venditore *on line* può far ricorso, rispetto al venditore "fisico" e alla conseguente pratica per cui il consu-

In verità, per quanto il nuovo Regolamento fosse noto, seppur non ancora entrato in vigore all'epoca dei fatti, l'unico punto di vista a partire dal quale la clausola viene esaminata è quello dell'applicazione del Regolamento di esenzione, cioè quello degli effetti sulla concorrenza. La Corte di Giustizia qualifica la clausola controversa come restrittiva "per oggetto" ai sensi dell'art. 101 TFUE, inammissibile se non oggettivamente giustificata; e nemmeno esentabile ai sensi dell'art. 4, lett. c), del regolamento n. 2790/1999 (ora n. 330/2010); ferma restando la possibilità di un'esenzione a titolo individuale ex art. 101, par. 3, se ne sussistono le condizioni.

Il diverso punto di vista avanzato in corso di causa dal produttore per fronteggiare l'argomento concernente l'incompatibilità della restrizione delle vendite via internet con il Trattato, viene sì elaborato con riferimento alla sicurezza dei prodotti e alla tutela della sanità pubblica³⁸, e quale misura volontaria privata, e tuttavia se ne richiede una giustificazione oggettiva rappresentata da una prescrizione normativa nazionale o di origine europea, e in presenza di un obiettivo di natura pubblicistica, volto alla tutela di un bene pubblico, e non limitato alla protezione dell'immagine dei prodotti³⁹.

Ebbene, se si volesse ad oggi riconsiderare l'iter argomentativo della CGUE, alla luce delle prescrizioni del nuovo Regolamento che espressamente richiamano la salute umana quale interesse pubblico che giustifica la nuova disciplina della circolazione dei cosmetici nel mercato unico, forse le conclusioni potrebbero essere riviste, se non ribaltate.

Bisognerebbe in primo luogo separare i due punti problematici, fin qui trattati in connessione fra loro, concernenti la presenza del farmacista e la restrizione delle vendite *on line*, allo scopo di evitare che il secondo trascini anche il primo nella valutazione negativa operata in un'ottica meramente *antitrust*.

Ritenuto così che il divieto di vendita *on line*, o per corrispondenza, non potrebbe - se posto in quanto tale - non essere censurato, per le ragioni menzionate nella decisione esaminata, il problema diventerebbe quello di stabilire se la clausola che impone la presenza fisica di un consulente

mature, verificata la qualità del prodotto presso il rivenditore "fisico", lo acquista poi *on line* risparmiando notevolmente sul prezzo. Ma in tal modo il rivenditore *on line* si è appropriato dei vantaggi prodotti con gli investimenti del rivenditore "fisico" ed a scapito di quest'ultimo. In argomento v. anche G. FAELLA, Adelante, cit., p. 55; nonché S. GRASSANI, *Vendite internet e selezione della rete distributiva: Darwin o Posner?*, in *Merc., conc., reg.*, 2011, p. 379 ss., il quale analizza gli Orientamenti 2010 della Commissione, favorevoli in merito alla facoltà di un produttore di condizionare l'accesso alla propria rete alla disponibilità di punti vendita non virtuali (proprio con riferimento alle prassi decisionali nel settore dei cosmetici), nonché a quella di richiedere agli *internet sellers* ammessi alcuni standard di qualità del sito *web* (ivi, p. 390 ss.). Un commento al caso Pierre Fabre si trova a pag. 397 ss. del contributo di GRASSANI.

38 Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale del 3 marzo 2011, punti 31 ss..

39 V. in partic. il punto 35 delle Conclusioni di cui sopra.

specializzato, di per sé già positivamente considerata dalla giurisprudenza, e ad oggi più che mai giustificabile alla luce del Regolamento, possa considerarsi foriera di vantaggi ai consumatori e di benefici alla salute pubblica tali da giustificare l'eventuale restrizione delle vendite *on line* e bilanciarne ragionevolmente e gli effetti negativi sulla concorrenza, senza andare oltre il limite del necessario. In altre parole, i valori da bilanciare sarebbero le restrizioni delle vendite a distanza e i benefici per la salute pubblica, valore che costituisce la *ratio* del sistema di vigilanza sulla circolazione dei cosmetici – ancorché non medicinali – introdotto dal nuovo Regolamento, dovendosi specialmente tenere in considerazione alla luce di quest'ultimo che le caratteristiche dei cosmetici non si esauriscono nella nota “aura di lusso”, ma si estendono a taluni profili di rischiosità, della cui rilevazione proprio i distributori sono diventati soggetti (cor)responsabili. Ne conseguirebbe che – così ragionando – la clausola della presenza fisica del farmacista (o di qualunque altro consulente specializzato), non solo sarebbe oggettivamente giustificata (come la decisione in astratto ritiene che debba essere una clausola limitativa della concorrenza), ma potrebbe addirittura valutarsi come necessario “corrispettivo” degli obblighi che i distributori debbono per legge sobbarcarsi nell'esercizio della loro attività – siano o meno parti di un sistema di distribuzione selettiva. I contratti che in tal modo motivassero l'inserzione della clausola in esame, quale requisito per l'accesso alla rete distributiva del produttore, potrebbero perciò ricevere l'esenzione per categoria, o comunque l'esenzione a titolo individuale.

Resta a questo punto da verificare se sia argomentabile (ad esempio, da parte delle autorità antitrust in sede di procedimento di notifica) una qualche misura organizzativa che, ritenuta giustificabile la clausola, ne volesse tuttavia temperare le ricadute sulla eventuale limitazione delle vendite *on line*, o incentivarne l'uso pur in presenza di personale specializzato nell'assistenza dei consumatori, ovvero nell'espletamento degli altri compiti strumentali all'adempimento degli obblighi imposti dal Regolamento ai distributori. La risposta dipende da fattori non ancora noti all'esperienza applicativa del Regolamento.

In teoria, nulla impedisce di configurare adeguatamente l'assistenza del farmacista anche nelle vendite a distanza, invitando preliminarmente il consumatore alla lettura di informazioni specifiche sulla rischiosità del prodotto, rese disponibili in relazione ad ogni categoria di cosmetici, nonché a sospendere l'acquisto in attesa di una consulenza *on line* da richiedere spontaneamente e fornire rapidamente da parte del *seller* e senza costi aggiuntivi, evidentemente in forma strettamente riservata. Il carattere partecipativo dei procedimenti di notifica si presterebbe, forse, a simili negoziazioni con il produttore, in relazione ai costi che il servizio comporterebbe e ai vantaggi indotti.

