

ITALIAN CONFERENCE **VI** CONVEGNO NAZIONALE

AAI
ASSOCIAZIONE ANTITRUST
ITALIANA



**I PRINCIPALI SVILUPPI
NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA DELL'UNIONE
EUROPEA E NAZIONALE**

*MAIN DEVELOPMENTS
IN EUROPEAN AND ITALIAN
COMPETITION LAW*

SESSIONI PARALLELE B

B1. Modelli distributivi ed antitrust: sviluppi nazionali

Vito Meli*

* Autorità garante della concorrenza e del mercato. Le opinioni espresse non impegnano in alcun modo l'Autorità

- Titolo del panel, relativo ai modelli distributivi, per lo più è ricondotto alle intese verticali, ma le implicazioni antitrust delle modalità distributive possono discendere anche dalle intese orizzontali e dagli abusi di posizione dominante
- Inoltre le relazioni verticali non riguardano necessariamente la scelta di un determinato modello distributivo (a valle), bensì possono anche riguardare la scelta di un determinato modello di approvvigionamento (a monte)
- Con il rafforzamento dei soggetti attivi nella distribuzione (tra i quali oggi le piattaforme) l'osservazione delle relazioni verticali che si muovono da valle a monte, invece che da monte a valle, è diventata più attenta

- Dal 2011 ad oggi (vigenza del Reg 330/2010, “**VBER**”) l’Autorità ha svolto poco più di cento istruttorie per intesa (sia art. 101 che art. 2), comprese quelle in corso, di queste solamente una decina hanno riguardato delle intese verticali (meno del 10% dei casi)
- Negli anni dal 2000 al 2010 i risultati cambiano, ma non in modo radicale: su poco più di 90 istruttorie di intesa, quasi 20 riguardavano fattispecie verticali (poco oltre il 20% dei casi)
- → le restrizioni concorrenziali indagate dall’Agcm per **le intese verticali sono molto meno numerose di quelle relative alle intese orizzontali** e sono in riduzione, salvo che per i casi in corso

- Pericoloso generalizzare, ma i casi nazionali consentono di segnalare **alcune regolarità**
- L'Autorità ha contestato la violazione dell'art. 101 in relazione a quattro tipi di restrizioni verticali:
 - clausole di fissazione del prezzo minimo di rivendita (c.d. RPM);
 - clausole contenenti obblighi di non concorrenza;
 - clausola della c.d. Nazione più favorita (rientrante nell'alveo delle clausole di parità di prezzo e non di prezzo);
 - restrizioni territoriali, tra le quali quelle alle vendite *online*.

- In termini invece di esiti delle procedure, prevalgono di gran lunga (5 su 7) gli accoglimenti di **impegni** (o le situazioni in qualche modo assimilabili, vedi Expedia) rispetto ai provvedimenti con i quali è stato rilevato l'**illecito**
- L'accoglimento degli **impegni** si è avuto non solo con riferimento alle restrizioni escluse ai sensi dell'art. 5 del Regolamento VBER ma **anche rispetto a restrizioni c.d. fondamentali** (cioè quelle contemplate dall'art. 4), che si caratterizzano per una portata anticoncorrenziale molto più marcata

L'enforcement sugli accordi contenenti clausole RPM

- *Caso 1718-Enervit, Contratti di distribuzione* accordi verticali tra la società e i propri distributori con clausole di prezzo minimo nella forma dell'indicazione di una **percentuale massima di sconto applicabile al consumatore**
- Caso chiuso con impegni (si trattava di un caso isolato inerente a un **accordo mai applicato**) consistenti nell'assunzione dell'obbligo di non influenzare, nemmeno indirettamente, i rivenditori al dettaglio nella determinazione delle politiche di prezzo e dell'ammontare degli sconti

- Caso *1766-Inverter solari ed eolici, imposizione di prezzi minimi* riguardante un **sistema obbligatorio di prezzi minimi** di vendita applicato alla rete di distribuzione di inverter fotovoltaici ed eolici
- Caso chiuso con impegni consistenti nella sostituzione degli accordi verticali contenenti le clausole di RPM con nuovi accordi non contenenti alcun riferimento diretto o indiretto ai prezzi minimi di vendita, né altri meccanismi o incentivi tali da poter influenzare le politiche di prezzo degli intermediari

- Caso ***1813-Restrizioni alla vendita di stufe*** relativo ad accordi contenenti tra l'altro clausole di RPM nella forma di prezzi di listino con l'indicazione di uno sconto massimo
- Caso chiuso con impegni consistenti nell'assunzione dell'obbligo di non imporre direttamente e/o indirettamente alla propria rete di distributori il rispetto di prezzi di vendita minimi

- Secondo VBER la presenza in un accordo verticale di RPM rende l'accordo non suscettibile di godere del beneficio dell'esenzione per categoria, neanche nella restante parte, in quanto il carattere fondamentale della restrizione fa sì che il principio di separabilità non possa operare
- Ciò, tuttavia, non comporta *ex se* la violazione dell'art. 101, ma fa unicamente presumere che l'accordo non produca benefici tali da compensare i suoi effetti restrittivi della concorrenza
- Ma le parti possono superare la presunzione negativa fornendo, con onere a loro carico, la prova contraria

- Dunque, gli accordi verticali che contengono clausole RPM possono godere del beneficio dell'esenzione individuale ai sensi dell'art. 101.3
- Come confermato dalla bozza dei nuovi Orientamenti: *“la qualifica di restrizione fondamentale e restrizione per oggetto non implica che accordi che equivalgono a imposizioni di prezzi di rivendita siano di per sé violazioni dell'articolo 101. **Qualora ritengano che l'imposizione di prezzi di rivendita produca incrementi di efficienza in un caso individuale, le imprese possono presentare motivazioni relative all'efficienza a norma dell'articolo 101, paragrafo 3”***.

- Sono possibili riflessioni circa le condizioni di compatibilità tra la necessità affermata dal Reg 330/2010 di applicare i requisiti del 101.3 e la possibilità di applicare gli impegni
- Le ANC – nell’ambito del processo di revisione del Reg – avevano chiesto alla Commissioni delucidazioni sulle condizioni di esentabilità ai sensi del 101.3
- La soluzione con impegni per i casi in questione sicuramente ha soddisfatto il requisito fondamentale dell’istituto: risolvere con maggiore economicità amministrativa una vicenda non particolarmente grave

L'enforcement sugli obblighi di non concorrenza

- 4 casi (senza considerare I718-Enervit, che comprendeva anche questo tipo di restrizione e tenendo conto anche dei Taxi di Napoli-I832, che pur essendo nella sostanza analogo a quelli di Roma e Milano, è stato impostato come intesa orizzontale e non verticale)
- Nell'ambito degli obblighi di non concorrenza il trattamento dell'Autorità è stato meno benevolo che in relazione all'RPM in quanto dei 4 casi cui faccio riferimento, solo uno è stato risolto con impegni mentre gli altri hanno condotto all'accertamento dell'illecito

- Caso **1702 – Agenti monomandatari**: alcune clausole volte a disciplinare l'attività degli agenti nei mercati assicurativi poteva ostacolare la diffusione di reti di agenzie in plurimandato, risultando idonea a imporre agli agenti di non vendere prodotti in concorrenza con quelli del preponente
- Il caso è stato chiuso con l'accoglimento degli **impegni** presentati dalle società preponenti, consistenti nella modifica delle clausole contrattuali che limitavano la libertà degli agenti, comprimendone l'autonomia organizzativa

- Casi ***1801A-Taxi Roma, 1801B-Taxi Milano e 1832-Taxi Napoli*** chiusi con l'accertamento della **violazione** (ritenuta non grave)
- Le clausole di non concorrenza tra gli operatori di radiotaxi e i tassisti, per la durata indeterminata e l'applicazione generalizzata, sono state ritenute preclusive dell'accesso al mercato da parte di imprese concorrenti degli operatori di radiotaxi
- Ciò in virtù dell'**effetto di blocco** che vincolava integralmente la capacità operativa dei tassisti alle cooperative, creando disincentivi all'abbandono delle cooperative, **nonostante la previsione formale del diritto di recesso**

- La valutazione del **diritto di recesso** e della situazione concretamente vigente è in linea con le indicazioni contenute al punto 234 della bozza dei nuovi Orientamenti: *“gli obblighi di non concorrenza che sono tacitamente rinnovabili oltre i cinque anni rientrano nell'esenzione per categoria, **purché l'acquirente possa effettivamente rinegoziare o risolvere l'accordo verticale contenente l'obbligo con un ragionevole preavviso e a un costo ragionevole, e sia quindi in grado di passare a un altro fornitore dopo la scadenza del periodo di cinque anni**”*

- L'Autorità ha valutato che la mancata evasione delle chiamate tramite la piattaforma *online* dell'operatore concorrente rispetto agli operatori di radiotaxi *incumbent* da un lato era determinata dal legame univoco esistente tra l'effetto di *foreclosure* e le clausole di non concorrenza, per le quali non è stata ravvisata una valida giustificazione economica, dall'altro, e soprattutto, essa conduceva ad una **restrizione dell'offerta che comportava che parte importante della domanda rimaneva inevasa**

- Il caso tipico di restrizione dell'offerta è da ricondurre alle situazioni nelle quali la riduzione dell'offerta consente di praticare prezzi maggiori
- Nel caso di specie i prezzi sono regolati, per cui la restrizione dell'offerta al più può condurre ad un effetto di riduzione della qualità (che nel servizio taxi è poi un elemento di competizione molto relativo)
- → per cui in definitiva la restrizione dell'offerta oltre a portare un peggioramento del benessere del consumatore conduceva anche ad una riduzione del reddito complessivo della categoria

L'enforcement sugli obblighi di parità

- Caso **1779 – Mercato dei servizi turistici – Prenotazioni alberghiere *online***, chiuso nei confronti di *Booking.com* con l'accettazione degli impegni e nei confronti di *Expedia* senza accertare l'infrazione contestata in sede di avvio, in ragione del venir meno delle criticità concorrenziali ipotizzate in avvio

- Clausola MFN nei rapporti contrattuali intercorrenti tra le OTA **Booking.com** ed **Expedia** e gli *hotel* che erano vincolati a non offrire a prezzi e condizioni migliori mediante altre OTA e qualsiasi altro canale, *online* e *offline* (cosiddette **clausole di parità ampie**) suscettibili di ostacolare la concorrenza tra le diverse piattaforme, anche con riguardo al profilo delle commissioni richieste dalle OTA
- Gli **impegni** hanno condotto a riduzione dell'ambito delle **clausole di parità – limitata esclusivamente ai prezzi e alle altre condizioni pubblicamente offerte dagli *hotel* attraverso i propri canali di vendita diretta *online***
- Le clausole di parità ristrette lasciano libertà agli hotel nella determinazione delle condizioni di offerta praticate sulle altre OTA e sui propri canali diretti *offline* (purché non commercializzate *online*)
- Successivamente intervenuto divieto normativo

- Caso I779 uno dei pochissimi esempi di *enforcement* caratterizzati dalla cooperazione interistituzionale tra diverse ANC
- Esito del procedimento coerente con l'evoluzione regolamentare: la Commissione ha prospettato di modificare l'elenco delle restrizioni escluse di cui all'art. 5 del Regolamento VBER, includendovi anche le clausole di parità c.d. ampie nei seguenti termini: *“un obbligo diretto o indiretto che impedisca agli acquirenti di servizi di intermediazione online di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli utilizzando servizi di intermediazione online concorrenti”*
- Non è stata valutata la sussistenza di benefici tali da compensare gli ipotizzati effetti restrittivi della concorrenza (101.3)

L'enforcement sulle restrizioni territoriali

- Casi dei quali abbiamo già parlato, **1718 – Enervit** e **1813 – Stufe**, entrambi chiusi con impegni
- **1718** divieto di vendite passive al di fuori del territorio e dei gruppi di clienti attribuiti in esclusiva dal fornitore → il divieto di vendite passive costituisce una restrizione fondamentale secondo VBER

- **1813** restrizioni di natura territoriale, slegate da giustificazioni di natura qualitativa, consistenti nella limitazione della validità della garanzia per i prodotti venduti all'estero e nel divieto di consegna al di fuori del territorio italiano dei prodotti venduti attraverso il canale *online*
- → la restrizione è riconducibile al divieto di vendite passive al quale la restrizione alle vendite *online* è assimilato dal Reg 330/2010

Conclusioni

- Dal 1999, prima con il Reg 2790/1999 e poi con il 330/2010, generale *favor* verso le restrizioni verticali che non a caso generano pochi casi istruttori;
- Questo non vuole dire che le questioni relative ai modelli distributivi non siano di rilievo antitrust anche perché spesso le restrizioni verticali oggetto di accertamento da parte dell’Autorità si ritrovano in casi non di intesa;
- In ogni caso i problemi distributivi come “frontiera” dell’analisi antitrust: molti comportamenti hanno effetti economici incerti e non è nemmeno chiaro se siano leciti o no;
- Difficoltà applicative per le ANC e questione «disuso» del 101.3