



 **Indicod-Ecr**
Via Pietro Paleocapa 7 | 20121 Milano
Tel. +39.02.7772121 | Fax +39.02.784373
C.F. 80140330152
info@indicod-ecr.it | www.indicod-ecr.it

Programma di Conformità Antitrust Indicod-Ecr

Hogan
Lovells

1. **OBIETTIVO**

Il presente documento, frutto del confronto tra il personale di Indicod-Ecr, il legale esterno dell'associazione e i rappresentanti legali delle maggiori aziende associate, illustra l'insieme delle linee guida e delle *policy* adottate da Indicod-Ecr nello svolgimento delle proprie attività al fine di assicurare la conformità delle attività e dei lavori svolti all'interno dell'associazione.

Il documento mira inoltre a creare consapevolezza dell'attenzione nell'ambito dell'associazione per il rispetto della normativa italiana ed europea in materia di diritto antitrust presso i vertici delle aziende aderenti e i partecipanti alle attività dei gruppi di lavoro e garantire in tal modo una partecipazione serena dei rappresentanti delle aziende nei gruppi di lavoro e negli organismi di *governance*.

2. **PREMESSA**

Le Associazioni d'Imprese ("AI") svolgono un importante e certamente legittimo ruolo di promozione di interessi settoriali per l'intero settore da esse rappresentato, senza alterare i meccanismi di competitività sul mercato.

Ciò è ancor più vero per Indicod-Ecr che raggruppa le imprese dell'Industria e della Distribuzione, con l'obiettivo di sviluppare tecniche, soluzioni operative, standard e strumenti per ottimizzare l'efficienza dei processi nelle imprese e nelle filiere dei beni di consumo e favorire l'interfacciamento strategico ed operativo tra le imprese e tra imprese e consumatore finale.

Il diritto della concorrenza ("antitrust") che si applica alle imprese - in forza del quale e qui in estrema sintesi ogni impresa deve determinarsi autonomamente sul mercato relativamente alle proprie scelte in tema di prezzi, volumi e capacità, margini e profitti, politiche commerciali e clienti, investimenti - si applica altresì alle AI.

Invero, le AI sono esposte a rischi di violazione della normativa antitrust, non fosse altro perché esse sono i luoghi istituzionali dove s'incontrano, ancorché a fini leciti, gli associati, che sono imprenditori direttamente concorrenti o comunque attivi su mercati tra loro collegati ed interdipendenti. Ciò potrebbe facilitare lo scambio di informazioni sensibili tra imprese.

Da ciò discende che le AI sono confrontate a peculiari aree di rischio, sconosciute alla singola impresa.

Da qui le necessità per le AI di definire prima ed implementare poi con il massimo rigore programmi di conformità antitrust, che possano assicurare alle AI ed ai loro associati di ridurre al massimo, fino ad eliminarlo, il rischio antitrust nell'ambito dei lavori intrapresi in ambito associativo.

3. LE ATTIVITÀ PRELIMINARI DI VERIFICA

Già ad inizio 2008 Indicod-Ecr decise e diede incarico a legali esterni di verificare la conformità antitrust (a) del suo statuto, (b) della sua governance e (c) regole di associazione, nonché (d) delle sue principali attività, svolte in gruppi di lavoro preposti a singole tematiche. Inoltre, attraverso la costituzione della “Commissione giuridica antitrust” (un gruppo di lavoro in ambito ECR composto dai responsabili legali delle aziende del settore della produzione e di quello della distribuzione, esperti della materia) ha lavorato con l'obiettivo di individuare le corrette condotte e prassi commerciali nelle relazioni tra aziende del comparto industriale e aziende del comparto distributivo.

Ciò rispondeva all'avvertita esigenza, da un lato, di assicurarsi che quanto era stato sin allora fatto fosse conforme alla normativa antitrust, dall'altro lato di creare e sviluppare in Indicod-Ecr una cultura e familiarità con il diritto antitrust che potesse dare ogni garanzia tanto all'associazione, quanto agli associati anche per il futuro.

Questa verifica confermò che Indicod-Ecr aveva in larghissima misura tenuto conto di queste problematiche, implementando modalità operative che già assicuravano un soddisfacente livello di conformità.

Nondimeno, per ancor maggior cautela, si decise:

- (i) per l'introduzione di alcune ulteriori procedure interne volte ad assicurare una accresciuta trasparenza nelle attività dei diversi gruppi, ciò al fine di permettere un loro maggior controllo da parte degli associati e della struttura dirigenziale di Indicod-Ecr; nei casi dubbi, è divenuta prassi che la dirigenza chieda ausilio ad un legale esterno;
- (ii) per l'organizzazione di corsi di formazione continua, su base annuale, tanto per i dipendenti Indicod-Ecr, quanto per i rappresentanti dei suoi associati che partecipavano ai lavori nell'associazione, ciò per tener anche conto delle intervenute novità, nel convincimento che un programma di conformità non

potesse limitarsi a direttive scritte, ma dovesse anche coinvolgere in seminari quanto più possibile pratici le persone più esposte;

- (iii) per l'elaborazione di un documento pratico e di facile consultazione, poi distribuito agli associati, circa Linee Guida sulla conformità al diritto antitrust nelle relazioni Industria/Distribuzione;
- (iv) per la formazione in azienda per gli associati desiderosi di godere di una consulenza ad hoc.

3.1 STATUTO, GOVERNANCE, REGOLE DELL'ASSOCIAZIONE

Statuto, scopi e obiettivi istituzionali di Indicod-Ecr: la verifica effettuata nel 2008 dai legali esterni ha confermato la sostanziale liceità tanto del primo, quanto dei secondi; non si è reputato pertanto di intervenire al riguardo.

Membership: è stato verificato come essa sia aperta a tutte le imprese dell'Industria e/o della Distribuzione e non deve essere mai condizione per entrare sul mercato, né per l'ottenimento di servizi diversi da quelli riconosciuti ai soli associati, né per negoziare con altri membri di Indicod-Ecr; le quote d'associazione sono trasparenti e proporzionali al peso finanziario dell'associato.

La partecipazione alle iniziative di Indicod-Ecr è aperta a tutte le imprese che ne abbiano i requisiti e che possano portare un contributo d'esperienza ai lavori.

Governance: vi è un elevato livello di autonomia della dirigenza Indicod-Ecr rispetto agli associati.

Indicod-Ecr non agisce per mezzo ed in quanto rappresentata dai suoi associati, se non dopo preciso mandato a tal riguardo.

3.2 LE ATTIVITÀ SVOLTE

Con riferimento alle attività svolte da Indicod-Ecr, l'audit svolto dai legali esterni ha escluso l'esistenza di elementi censurabili in sede antitrust.

3.2.1 ATTIVITÀ DI STANDARDIZZAZIONE E DI DEFINIZIONE DI PROCESSI EFFICIENTI DI FILIERA

La definizione di strumenti standardizzati e processi efficienti di relazione tra le imprese sono, in generale, visti positivamente in quanto essi permettono di migliorare la sicurezza dei prodotti e/o si possono tradurre in una migliore efficienza dei processi di relazione e in una contrazione dei costi e quindi dei prezzi per il consumatore finale.

Talvolta, tuttavia, queste attività possono affievolire il livello di concorrenzialità tra imprenditori sul mercato o, peggio ancora nell'ottica antitrust, impedirne l'accesso ad altri.

Per evitare queste censure, Indicod-Ecr s'impegna affinché queste attività siano aperte a tutte le imprese interessate, su basi non discriminatorie ed i risultati siano ottenibili da tutti coloro che lo richiedano, esigendo solo una partecipazione ai costi eventualmente sostenuti. Nei casi dubbi, prima di rifiutarne l'accesso, Indicod-Ecr chiederà idoneo parere ad un legale esterno.

Inoltre, laddove l'attività di definizione di processi di efficienza di filiera raccolga imprese che hanno una quota di mercato superiore al 30%, Indicod-Ecr richiederà preventivo avallo sull'opportunità dell'esercizio, la sua implementazione ed i suoi risultati al legale esterno.

3.2.2 PROGETTI ECR DEMAND SIDE: CATEGORY MANAGEMENT, CRM COLLABORATIVO, NUOVO MODELLO DI RELAZIONE E ANALOGHI

L'esperienza sin qui maturata nell'ambito dei progetti che fanno capo ad ECR Italia ha convinto Indicod-Ecr dell'utilità di un'effettiva, sana e trasparente cooperazione tra l'Industria e la Distribuzione, essenziale al conseguimento dei risultati prefissi.

Tuttavia, Indicod-Ecr è ben consapevole della delicatezza dei temi trattati e della grande attenzione che l'associazione e i rappresentanti delle aziende devono avere a riguardo.

Viene pertanto ribadito e sottolineato che le discussioni, il confronto e la collaborazione nell'ambito dei temi di cui sopra non devono mai comportare, nemmeno indirettamente, la fissazione concordata dei prezzi di rivendita, la scelta concordata dei prodotti che devono essere presenti a scaffale, d'accordarsi sulle condizioni di stocking/listing ed analoghe, di concordare se e come agire su determinati target di clienti.

In questi contesti la libertà dell'imprenditore/rivenditore deve sempre restare intatta e, se sindacata, rivelarsi effettiva.

Con particolare riferimento al Category Management, Indicod-Ecr è ben consapevole che l'*advisor* (ovvero il partner industriale di un programma di CM) deve solo formulare raccomandazioni non vincolanti sul distributore, né l'*advisor* può fornire e il Distributore accettare direttive che portano ad escludere immotivatamente alcuni produttori o applicare loro condizioni meno favorevoli.

Laddove le parti abbiano quote di mercato importanti (>30%) è opportuno che i partner si muniscano di idoneo parere legale.

Per indicazioni più dettagliate con riferimento ai progetti ECR *demand side* si veda l'allegato 2.

4. ATTIVITÀ CONTINUATIVE E PROCEDURE DI PREVENZIONE

4.1 GESTIONE DELLE RIUNIONI

Sono state definite e introdotte procedure per la gestione dei gruppi di lavoro, gli organismi di *governance* e, in generale, tutte le attività che vedono coinvolti rappresentanti delle aziende associate:

- (i) ogni riunione in Indicod-Ecr è preceduta per tempo dall'invio ai possibili partecipanti di un ordine del giorno ("odg"), verificato nei casi dubbi preventivamente con un legale esterno;
- (ii) nei rari casi in cui vi possono essere punti all'odg suscettibili di essere fraintesi e di probabile difficile gestione, si richiede sempre l'intervento di un legale esterno che assista ai lavori. Eventuali elementi di potenziale criticità possono essere evidenziati dal controllo dell'ordine del giorno da parte del legale dell'associazione o su indicazione dei legali delle aziende invitate. Dopo ogni riunione è distribuita una lista dei partecipanti ed una minuta analitica di quanto è stato discusso e deciso;
- (iii) Indicod-Ecr non permette che si discutano punti non posti preventivamente all'odg;

- (iv) in ogni caso in Indicod-Ecr è vietato parlare (*Indicod-Ecr antitrust black list*) di: prezzi individuali, politiche commerciali (sconti, margini, termini di pagamento), allocazione clienti ed aree geografiche, consegne, giacenze, capacità, chiusure, previsioni di vendite, politiche di boicottaggio; le informazioni da Indicod-Ecr agli associati sono fornite sempre su basi aggregate, storiche (>9 mesi; se il tempo è inferiore, richiesto preventivo parere legale), le ricerche di mercato non portano mai a dati disaggregati che possano ricondurre un dato specifico ad un produttore specifico, Indicod-Ecr non dà mai raccomandazioni di natura commerciale agli associati.
- (v) Indicod-Ecr non presta i suoi uffici, né presta la sua organizzazione ed il suo personale a/per riunioni improvvise o convocate dagli associati presso la sua sede, per finalità diverse da quelle coperte da Indicod-Ecr, senza l'intervento di dipendenti dell'associazione;
- (vi) Ogni dipendente Indicod-Ecr è consapevole che: (a) deve interrompere immediatamente ogni riunione, laddove si presentasse anche solo un dubbio sulla liceità di quanto si sta discutendo; (b) riferirne immediatamente alla gerarchia.

4.2 SCAMBI D'INFORMAZIONI IN SENO A INDICOD-ECR

Dati individuali su vendite, quote di mercato, produzioni e capacità, costi o portafoglio ordini, anche se raccolti da Indicod-Ecr nell'esercizio dei suoi compiti, non saranno mai distribuiti e resteranno inaccessibili agli associati.

Indicod-Ecr distribuirà solo dati aggregati (per almeno cinque imprese, se meno necessita parere legale esterno) e storici (> 9 mesi; per periodi minori, necessita parere legale esterno). Nei casi più sensibili, dopo avviso del legale esterno, Indicod-Ecr incaricherà società terze e ad essa esterne di provvedervi.

Prima di richiedere i dati di cui sopra, Indicod-Ecr si avvarrà di un parere legale, spiegandone le finalità ed i termini. Laddove richiesto, copia di tale parere verrà inoltrata all'associato contestualmente alla richiesta dei dati.

Indicod-Ecr si asterrà dal richiedere o trattare, in ogni caso, dati su prezzi, promozioni, margini, termini di rinnovi contrattuali o termini di pagamento ed ogni altro dato che possa avere comunque un impatto sul prezzo di acquisto e/o di rivendita.

5. POSSIBILI ULTERIORI MIGLIORAMENTI

Recentemente le Autorità di concorrenza hanno mostrato rinnovato interesse a verificare il rispetto della normativa antitrust con riferimento alle attività dell'Industria e della Distribuzione.

Da qui l'esigenza di perfezionare l'esistente per renderlo ancor più conforme ai dettami normativi.

In questo contesto è stato attivato un confronto con i responsabili legali delle maggiori aziende aderenti per identificare eventuali indicazioni utili a garantire ulteriormente rispetto ai possibili rischi.

Emergono le seguenti attività, che Indicod-Ecr si impegna ad attuare:

- (a) Programmare corsi di formazione/aggiornamento del personale, aperti alle imprese associate, su base annuale.
- (b) Dare mandato a consulenti legali affinché aggiornino l'*audit* sulle attività Indicod-Ecr, già svolto nel 2008, con rilascio di nuova certificazione, tenendo conto delle nuove attività intraprese e verificando la conformità *ex post* di quanto è stato sin qui fatto. In seguito, Indicod-Ecr provvederà ad un *audit* analogo a cadenza biennale.
- (c) Effettuare, con il contributo del legale esterno, un monitoraggio continuo della normativa al fine di recepire tempestivamente eventuali modifiche che possano impattare sull'attività dell'associazione.

E' stato inoltre elaborato un vademecum per *slides*, di cui all'Allegato 1, per i dipendenti di Indicod-Ecr e per i rappresentanti delle imprese che parteciperanno ai lavori dell'Associazione (il documento verrà inviato per presa visione all'avvio di nuovi gruppi di lavoro).

I rappresentanti delle aziende associate devono essere consapevoli della responsabilità della conformità dei propri comportamenti con le norme del diritto della concorrenza

Indicod-Ecr sollecita a tale proposito le aziende associate affinché, nell'identificare e delegare i propri dipendenti alla partecipazione ai lavori in ambito Indicod-Ecr, tengano conto della necessità che tali persone siano opportunamente formate in merito alle corrette condotte con riferimento alla normativa antitrust.



Hogan
Lovells

Vademecum Antitrust

per il personale e gli associati Indicod-Ecr

INDICOD-ECR



L'Antitrust in DUE Regole d'oro

- Ogni imprenditore deve determinarsi autonomamente sul mercato
 - *autonomamente concetto diverso da indipendentemente*

- Ogni rivenditore deve essere libero di vendere
 - *al prezzo che*
 - *a chi*
 - *dove, quando e come vuole**

** salvo eccezioni, questa è la regola di base*



Ciò che non si fa mai in seno ad Indicod-Ecr:

Indicod-Ecr antitrust black list

- Discutere o scambiarsi informazioni su:
 - a) Prezzi, margini,
 - b) Politiche commerciali, sconti e promozioni, condizioni di vendita, termini di pagamento,
 - c) Quote di mercato,
 - d) Clienti e rinnovi contrattuali (condizioni e tempistica),
 - e) Piani di investimenti,
 - f) Giacenze o chiusure,
 - g) Politiche di boicottaggio.



Indicod-Ecr:

- Non permette la discussioni tra associati su questioni di
 - *prezzo, consegne, sconti e margini, altre condizioni contrattuali, politiche commerciali, clienti, giacenze o chiusure, boicottaggi.*
- Non raccoglie, né distribuisce, né agevola lo scambio di informazioni sensibili su quanto precede.
- Non organizza riunioni senza un preciso ordine del giorno, non accetta che si discutano in seno ai suoi gruppi di lavoro questioni che non vi figurano.
- Non presta stanze, né fornisce personale o altro supporto per le riunioni degli associati.



Indicod-Ecr:

- Quando chairman: interrompe i lavori qualora si profili il dubbio sulla liceità antitrust di quanto si sta discutendo.
- Quando partecipante: lascia immediatamente la sala, chiedendo che la sua partenza venga verbalizzata, qualora si profili il dubbio sulla liceità antitrust di quanto si sta discutendo.
- Pretende dai suoi associati familiarità con le nozioni elementari del diritto antitrust.
- Si avvale di un legale esterno per il monitoring costante delle sue attività, dei suoi o.d.g., dei suoi verbali.



Indicod-Ecr:

Si	No
Identifica chiaramente la finalità specifica di ciascun progetto e, se sensibile, lo sottopone ad una preventiva verifica di compatibilità antitrust.	Non serve mai da canale, né sede per comportamenti illeciti da parte degli associati.
Ostacola ogni discussione, attività o comportamento che possa violare le norme antitrust.	Non consente che i partecipanti ai lavori intraprendano discussioni bilaterali o attività che potrebbero portare a violazioni antitrust.
Pone fine a qualsiasi riunione quando i partecipanti mostrano di voler discutere di temi che possono portare a violazioni antitrust.	Non scambia, né facilita lo scambio d'informazioni disaggregate, o confidenziali o commercialmente sensibili (< 9 MESI).
Sottopone a preventiva verifica gli ordini del giorno e verbali oggetto di revisione legale prima di diffonderli laddove presentino possibili profili di sensibilità.	Non accetta che si discutano nei suoi gruppi di lavoro di argomenti che non siano all'ordine del giorno, sempre già concordato in anticipo.
Se raccoglie informazioni sensibili, lo fa solamente da fonti legittime.	Non distribuisce mai informazioni sensibili su base disaggregata.

INDICOD-ECR



Gli associati Indicod-Ecr:

Si	No
Nello svolgimento delle attività associative, in presenza di quote di mercato rilevanti, sanno che è opportuno avvalersi, almeno per le questioni più delicate, del parere di un consulente legale. Informano di ciò Indicod-Ecr.	Non utilizzano Indicod-Ecr come un luogo dove intraprendere comportamenti che potrebbero essere interpretati come volti a escludere i concorrenti dal mercato o creare una barriera all'ingresso sul mercato.
Sono consapevoli della propria specifica responsabilità di conformità con le norme del diritto della concorrenza: “The stronger is the market share, the higher is the risk to breach antitrust rules”.	Non si accordano per limitare/si propria libertà ed autonomia di fissare i prezzi, di scegliere i partner commerciali, di decidere le gamme di prodotti o gestire le vendite ai consumatori.
Informano prontamente Indicod-Ecr di qualsiasi attività di o relativa a incontri in Indicod-Ecr che potrebbero violare le norme di diritto della concorrenza.	Mai discutono o scambiano informazioni/commenti con riguardo a: (a) prezzi individuali della ditta, variazioni di prezzi, differenziali di prezzo, i ricarichi, sconti, indennità, condizioni di credito, o questioni finanziarie correlate, i dati relativi al prezzo (ad esempio, costi, volumi di

INDICOD-ECR



Gli associati Indicod-Ecr:

Si	No
<p>Lasciano qualsiasi riunione in cui pensano che le questioni da discutere possono esporli al rischio antitrust; richiedono sempre in questi casi che l'abbandono venga registrato a verbale.</p> <p>Informano subito la loro dirigenza e quella di Indicod-Ecr.</p>	<p>produzione, scorte, inventari, vendite), le quote di mercato, ecc</p> <p>(b) politiche dei prezzi dell'industria, livelli dei prezzi, variazioni dei prezzi, differenziali, e simili</p> <p>(c) cambiamenti nei volumi di produzione dell'industria, capacità o inventari</p> <p>(d) le offerte sui contratti di prodotti particolari e le procedure per rispondere alle gare d'appalto.</p>
<p>Raccolgono informazioni sensibili da fonti legittime (Market intelligence sempre ammesso), non da concorrenti, né attraverso clienti comuni.</p>	<p>Non scambiano informazioni confidenziali o commercialmente sensibili; accettano solo informazioni aggregate e/o storiche.</p>
<p>Si oppongono a qualsiasi discussione o attività di riunione suscettibili di violare le norme di diritto antitrust.</p>	<p>Non rimangono in silenzio quando vengono discussi problemi che sollevano dubbi di liceità antitrust.</p>

INDICOD-ECR

ALLEGATO II

PRINCIPI ANTITRUST NELL'AMBITO DEI PROGETTI *DEMAND SIDE*

Nell'ambito dei cosiddetti progetti *demand side* (progetti, quali *Category Management*, *Consumer Relationship Management collaborativo*, *Nuovo modello di relazione*), tanto più stretta è la cooperazione tra l'Industria e la Distribuzione, quanto migliori e maggiori sono le efficienze che si possono conseguire.

Nondimeno, è essenziale che, nell'ambito dell'implementazione dei progetti, la menzionata cooperazione si svolga nel rispetto assoluto della normativa in materia di diritto della concorrenza (normativa "antitrust"). Da qui l'esigenza di ricordare con le imprese le regole elementari in materia antitrust, da trasporre poi nell'implementazione concreta dei progetti in parola.

In via preliminare, non pare inutile osservare come la stessa Commissione Europea dia un giudizio sostanzialmente positivo di questi progetti, con particolare ed esplicito riferimento al *Category Management*, riconoscendone l'utilità ed i benefici che ne conseguono per l'Industria, la Distribuzione ed, in ultima istanza, ma certo non per importanza, per i consumatori finali¹.

Per la Commissione Europea vi è una presunzione di liceità di siffatti accordi, in assenza di *hard core restrictions*², allorquando la quota di mercato del fornitore (Industria) e quella del acquirente (Distribuzione) siano entrambe inferiori al 30%.

Al di sotto di tali quote, la Commissione riconosce che le finalità positive in termini di efficienza - i progetti consentendo spesso al distributore di avvalersi delle conoscenze del fornitore in relazione ad un gruppo di prodotti, in modo di soddisfare meglio la domanda - controbilanciano i possibili effetti negativi derivanti da siffatta stretta collaborazione.

In quest'ambito, pertanto, i progetti in parola potranno essere implementati dall'Industria e dalla Distribuzione con un buon margine di sicurezza sulla loro liceità, in assenza di *hard core restrictions*.

Al di sopra di tali quote, tuttavia, una preventiva verifica legale è auspicabile, non potendosi escludere che la cooperazione necessaria per il buon esito dei progetti possa altresì falsare la concorrenza e/o determinare preclusioni anticoncorrenziali nei confronti di altri operatori.

¹ Commissione Europea, Orientamenti sulle restrizioni verticali. in GU C 130 del 19 maggio 2010, §§ 209 e segg. ("Orientamenti")

² In particolare, trattasi di indicazioni vincolanti di prezzo; sullo scambio di informazioni sensibili che non si potrebbero ottenere altrimenti sul mercato, tra concorrenti o su concorrenti si veda *infra*.

Inoltre, questi progetti potrebbero, ancorché in via indiretta e se mal concepiti/gestiti, facilitare (i) la collusione tra distributori, quando lo stesso fornitore è parte in più progetti tra loro analoghi nei contenuti; (ii) la collusione tra fornitori, grazie allo scambio facilitato dai distributori di informazioni sensibili e rilevanti³.

I RISPETTIVI RUOLI DEL FORNITORE E DEL DISTRIBUTORE

E' ben noto come ogni accordo o comportamento che possa pregiudicare la libertà del rivenditore di vendere al prezzo che meglio crede costituisce spesso un illecito antitrust.

Nondimeno, il fornitore (Industria) potrà dare indicazioni di prezzi non vincolanti, meramente consigliati/raccomandati, oppure fissare prezzi massimi, a condizione che, se richiesto, possa dimostrare che, nella pratica, siano davvero tali e non fungano da prezzo focale su cui convergono tutti i distributori.

Ciò a differenza dei prezzi promozionali o legati al lancio di nuovi prodotti, concordati tra Industria e Distribuzione, la cui liceità dovrà essere legata alla loro implementazione per un arco temporale ridotto: quanto minore sarà quest'ultimo, tanto minore sarà il rischio antitrust⁴

Non pare inutile osservare come, eccettuati i prezzi promozionali o per il lancio di nuovi prodotti, la cui validità deve essere limitata nel tempo a pochi giorni/settimane, l'eventuale imposizione di prezzi di rivendita sarà considerata sempre un'intesa illecita, fonte di responsabilità grave per entrambe le parti (industria e Distribuzione).

Allo stesso modo, il rivenditore (Distribuzione) non dovrà mai accordarsi con il fornitore (Industria) su quali prodotti dei concorrenti dovranno essere presenti a scaffale, né sulle condizioni di rivendita di questi ultimi.

Da ciò discende che sarà di fondamentale importanza e decisivo ai fini di determinare la liceità dei comportamenti delle imprese verificare che nell'implementazione dei progetti l'Industria dia alla

³ In particolare, trattasi di: Campagne promozionali, Futura fissazione di forcelle prezzi o prezzi raccomandati, Rinnovi contrattuali.

⁴ *"In particolare, quando un produttore introduce un nuovo prodotto, l'imposizione di prezzi di rivendita può essere utile, nel periodo di introduzione e di domanda in crescita, per spingere i distributori a tenere meglio in considerazione l'interesse del produttore a promuovere il prodotto (...) Prezzi fissi di rivendita, e non semplicemente prezzi massimi di rivendita, possono essere necessari per organizzare, in un sistema di franchising o un sistema di distribuzione simile, applicando un formato di distribuzione uniforme, una campagna coordinata a breve termine di prezzi bassi (da 2 a 6 settimane nella maggior parte dei casi) che vada anche a vantaggio dei consumatori". (Orientamenti § 225).*

Distribuzione solamente indicazioni non vincolanti⁵ in temi di prezzi di rivendita, di campagne promozionali, di presentazione a scaffale e di prodotti da distribuire.

SCAMBI DI INFORMAZIONI SENSIBILI⁶

Nel settore in parola, quello su cui operano l'Industria e la GDO, vi è una grandissima trasparenza di molte informazioni sensibili, grazie all'attività di imprese terze (quali Nielsen, IRI) il cui mestiere consiste nella cosiddetta *market intelligence*, ossia proprio nel raccogliere queste informazioni commerciali sensibili per poi rivenderle a chi è interessato ad acquistarle.

Vi è ragionevole motivo di credere che tutte le informazioni pubbliche o di dominio pubblico perdano per ciò stesso il loro carattere di informazioni sensibili⁷ e possano essere oggetto, con le

⁵ Sottoporre uno sconto od un vantaggio particolare all'accettazione di raccomandazioni non vincolanti può equivalere a rendere le stesse come vincolanti.

⁶ In particolare, trattasi di: prezzi di vendita, di sell-in, quote di mercato, giacenze, termini e condizioni di fornitura, campagne promozionali o assortimentali.

⁷ L'AGCM nel procedimento I575 - RAS-GENERALI/IAMA CONSULTING faceva discendere il carattere vietato dell'intesa dalla circostanza che le informazioni scambiate dalle imprese, sebbene pubbliche, ossia rinvenibili sul mercato, non erano di pubblico dominio, ossia non erano immediatamente accessibili senza oneri ed utilizzabili da chiunque fosse interessato, e come tali non erano facilmente accessibili ai consumatori (quindi per l'AGCM solo lo scambio di dati di vero e proprio dominio pubblico sarebbe stato immune da possibili censure).

Il TAR Lazio (sentenza del 20 Aprile 2005, n. 6088) a tal proposito aveva, invece, annullato la decisione, rilevando che due sono gli elementi che valgono ad escludere il carattere anticoncorrenziale della pratica accertata dall'Autorità:

i. il carattere pubblico dei dati materia di scambio e

ii. l'idoneità di tali dati a svelare le strategie dei concorrenti.

Riguardo il primo profilo, il TAR ha stabilito che laddove i dati sono pubblici benché non anche di dominio pubblico, lo scambio degli stessi non può essere considerato illecito. Il TAR ha concluso affermando che un dato, allorché rivesta natura pubblica, non può essere considerato un'informazione *lato sensu* "sensibile". Per il TAR, quindi, laddove i dati siano pubblici non è ravvisabile, in corrispondenza di essi, alcuna particolare incertezza, opacità o zona d'ombra che possa favorire la concorrenza e che per tale ragione debba essere salvaguardata.

Senonché, il Consiglio di Stato, con la recente sentenza n. 9565/2010 depositata il 29 dicembre 2010, ha riformato la sentenza del Tar Lazio. Nello specifico il CdS ha ritenuto fuorviante l'assimilazione tra dati pubblici, come tali astrattamente rinvenibili sul mercato a prescindere dall'apporto collaborativo delle singole imprese cui gli stessi specificamente si riferiscono ed i dati di dominio pubblico, e cioè di elementi conoscitivi acquisibili senza particolari oneri o sforzi aggiuntivi da parte di ciascun operatore economico. Il CdS ha valorizzato il lavoro di rielaborazione riservata alle sole imprese dei dati acquisibili attraverso "Aequos", che se pur di natura pubblica, non erano altrimenti acquisibili in proprio dalle imprese, se non a costi maggiori e con minor efficienza sul piano della completezza e della regolarità delle informazioni. Per il CdS *"la pretesa natura pubblica dei dati scambiati (conseguente agli obblighi informativi legali) non è idonea a rendere irrilevante un'intesa che, come lo strumento operativo prescelto dimostra, è volta a scambiare con continuità temporale e con diffusività informazioni sensibili (in quanto direttamente incidenti sulla concorrenza e la strategia commerciale di ciascuna impresa), per loro natura altrimenti reperibili sul mercato solo con costi aggiuntivi e con maggiori margini di incertezza" (...)* il carattere asseritamente "pubblico" dei dati scambiati con il data-base <Aequos> non potrebbe assurgere a scriminante dell'illiceità della pratica concordata perché quei dati (anche a volerli qualificare "pubblici" in quanto correlati ad un obbligo informativo delle imprese assicuratrici), contrariamente a quanto considerato dalla sentenza impugnata, non erano facilmente rinvenibili sul mercato nelle stesse forme e con le stesse modalità consentite dalla condivisione del data-base in questione e cioè in modo completo, aggregato, periodico e comparato.

dovute cautele, di scambio lecito tra imprese, a condizione che le stesse siano accessibili a tutti i richiedenti.

Pertanto, gli operatori potrebbero scambiarsi informazioni sensibili sui prezzi di rivendita di prodotti fabbricati da imprese terze o sulle quantità vendute di prodotti concorrenti in determinati punti vendita, se già questi dati sono stati soggetti a controlli e raccolti da parte di Nielsen o IRI o altre società analoghe, il cui lavoro consiste nel raccogliere dati, a pagamento, per poi rivenderli a chiunque lo richieda, senza vincoli d'esclusiva. Gli operatori potranno altresì scambiarsi informazioni storiche, ossia quelle che hanno un'età di almeno sei/nove mesi⁸.

Possono essere oggetto di scambio, nell'ambito della cooperazione per l'implementazione dei progetti, informazioni sui prezzi a scaffale attualmente raccomandati ed eventualmente applicati al consumatore finale per i prodotti concorrenti.

Viceversa, lo scambio delle stesse informazioni sarà di dubbia liceità laddove queste ultime non sono né pubbliche, né di dominio pubblico. In questi casi, nell'ambito della realizzazione dei progetti, nessuno scambio diretto tra operatori concorrenti o indiretto via triangolazioni (c.d. *hub and spoke*)⁹ è consigliabile. Non potranno scambiarsi mai informazioni, per esempio, sui prezzi sell-in, giacché queste non sono né pubbliche, né di dominio pubblico.

Nell'ambito della valutazione circa la liceità di siffatti scambi di informazione, potrebbe non risultare decisiva, come esimente da responsabilità, la circostanza che il fornitore o il distributore possano dimostrare, se oggetto d'indagine, che avevano "isolato" all'interno delle loro aziende le persone che, incaricate di realizzare i progetti, godevano di informazioni sensibili.

⁸ Qui in generale ricordiamo come, in sede di valutazione antitrust, il termine generalmente riconosciuto perché un dato non sia più sensibile è quello della sua storicità superiore a 12 mesi. Si veda da ultimo (14 gennaio 2011) la COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale § 90 : "*Età dei dati. È improbabile che lo scambio di dati storici porti ad un esito collusivo, perché è improbabile che esso sia indicativo del futuro comportamento dei concorrenti o che determini un'intesa sul mercato. È inoltre improbabile che lo scambio di dati storici possa facilitare il monitoraggio delle deviazioni, poiché tanto più vecchi sono i dati, tanto minore è la loro utilità per un'individuazione tempestiva delle deviazioni e, di conseguenza, per una minaccia credibile di una rapida rappresaglia. Non esiste una soglia predeterminata, passata la quale i dati diventano storici, cioè abbastanza vecchi da non rappresentare più un rischio in termini di concorrenza. Il fatto che i dati siano effettivamente storici dipende dalle caratteristiche specifiche del mercato rilevante, in particolare dalla frequenza delle rinegoziazioni dei prezzi. I dati possono ad esempio essere considerati storici se risalgono ad un periodo corrispondente varie volte alla durata media dei contratti nell'industria, se tali contratti sono indicativi delle rinegoziazioni dei prezzi. La soglia oltre la quale i dati diventano storici dipende anche dal tipo e dall'aggregazione dei dati, dalla frequenza degli scambi e dalle caratteristiche del mercato rilevante (per esempio, dalla sua stabilità e trasparenza). Tale termine può essere ridotto nel caso che ci occupa, considerata la peculiare e straordinaria trasparenza del settore.*

⁹ Il fornitore che dà informazioni ad un distributore sulle politiche commerciali di un altro distributore; oppure il distributore che passa informazioni riservate al fornitore sulle politiche commerciali di un altro fornitore. Qui tuttavia vi è il limite scriminante della negoziazione *one to one* nella quale il distributore può certamente chiedere al fornitore di riservargli condizioni migliori di quelle praticate alla stesso da un altro fornitore concorrente.

Infine, per completezza, parrebbe opportuno suggerire che nei diversi progetti siano coinvolte più imprese, in rappresentanza dell'Industria e della Distribuzione, ciò per evitare che ad alcune di queste, fossero sempre le stesse ad essere designate come *advisor* nei diversi progetti, siano imputabili comportamenti o intenti di chiusura del mercato.

Parrebbe, altresì, opportuno evitare che siano più imprese di un comparto merceologico ad accordarsi sull'impresa prescelta per implementare, da *category advisor*, i progetti: queste decisioni dovrebbero sempre maturare in ambito *one-to-one*, fornitore-distributore.

Milano, marzo 2011

Per informazioni:



Indicod-Ecr
Via Paleocapa, 7
20121 Milano

Silvia Scalia

Tel. 02 777212364

e-mail: silvia.scalia@indicod-ecr.it