

Conformità Antitrust nella relazione Industria / Distribuzione

Hogan
Lovells

**Parere Studio Legale Hogan Lovells
per GS1 Italy**

LE RELAZIONI COMMERCIALI DISTRIBUZIONE/INDUSTRIA: COME CONFORMARSI ALLA NORMATIVA ANTITRUST

INTRODUZIONE

Il presente documento in materia di diritto antitrust¹ ha un taglio volutamente conciso e pragmatico, per permettere la sua immediata fruibilità da parte di quei dipendenti delle imprese che sono maggiormente esposti al rischio antitrust, in particolare e nell'ordine d'esposizione al rischio: a) gli amministratori delegati, b) i direttori generali e di stabilimento, c) i responsabili commerciali e finanziari, d) quelli del marketing, nonché e) i legali interni.

La presente versione è stata aggiornata al 1° giugno 2010, per tener conto del nuovo Regolamento UE n. 330/2010 (di seguito anche "Nuovo Regolamento") relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europa ("TFUE") e alle relative Linee Guida in materia di accordi verticali² (di seguito anche "Nuove Linee Guida"), la cui principale conseguenza pratica dovrebbe risiedere in un accresciuto spazio per le autovalutazioni individuali da parte delle imprese.

Infatti, accordi che prima erano coperti dall'esenzione di cui al precedente Regolamento CE 2790/99 non lo sono più oggi; ciò accade allorché la quota di mercato del distributore (prima irrilevante) superi la soglia del 30%. Ciò indica, inequivocabilmente, una maggior attenzione del legislatore in sede antitrust – e per il futuro da parte delle Autorità di concorrenza - per gli accordi che riguardano le relazioni verticali tra industria e distribuzione e per il peso ed il potere di mercato della GDO.

La finalità ricercata dal documento è principalmente quella di familiarizzare alla normativa antitrust le persone *sub a) – e)*, permettendo loro di riconoscere, nello svolgimento delle loro funzioni, situazioni e aree di rischio che potrebbero comportare delle severe conseguenze in termini economici e di reputazione per le loro imprese, meritando, quindi, la massima attenzione.

Inoltre, una maggiore familiarità degli operatori con la normativa antitrust comporterà migliori relazioni tra le imprese della produzione e/o fornitura e quelle della distribuzione dei beni di largo consumo.

Osserviamo, in via introduttiva, che, nell'accezione antitrust, la nozione d'impresa è ben più ampia di quella civilistica, ricomprendendo qualsiasi entità (persona fisica o giuridica) che eserciti un'attività economica, ossia operi nella produzione o scambio di beni o servizi, prescindendo dal suo *status* giuridico.

¹ Con "diritto antitrust" s'intende qui di seguito il diritto della concorrenza, con esclusione delle previsioni civilistiche. Trattasi, quindi ed *in primis*, degli articoli 101 e 102 del TFUE, nonché degli articoli 2 e 3 della legge italiana n. 287/90. A queste norme si aggiungono numerosi regolamenti comunitari e comunicazioni interpretative adottate dalla Commissione Europea ed osservate, come vincolanti, anche dalle autorità nazionali di concorrenza in Europa. Per coprire questo *corpus* normativo si userà nel presente documento il termine di "diritto antitrust", che è cosa diversa dal e ridotta rispetto al diritto della concorrenza, giacché quest'ultimo, oltre al diritto antitrust nell'accezione di cui *supra*, contempla il diritto delle concentrazioni tra imprese e quello degli aiuti di Stato.

² GUUE L 102 del 23 aprile 2010.

Ricordiamo, altresì in via introduttiva, che sfuggono alla normativa antitrust tutti gli accordi e/o pratiche concertate attuate da imprese che, ancorché si presentino e siano percepite dal mercato come distinte, appartengono allo stesso gruppo.

Il documento è stato suddiviso nei seguenti sei capitoli:

- 1 - **Che cos'è l'antitrust**
- 2 - **Le intese: premesse**
- 3 - **Le intese orizzontali**
- 4 - **Le intese verticali - Relazioni Industria/Distribuzione**
- 5 - **L'abuso di posizione dominante - Abuso di dipendenza economica**
- 6 - **Le ispezioni a sorpresa (*dawn raids*)**
- 7 - **Le sanzioni e le conseguenze civilistiche dell'illecito antitrust**
- 8 - **L'opportunità/il rischio *leniency*: quali implicazioni per le imprese**

Per agevolare la comprensione di alcuni aspetti di particolare criticità antitrust per i settori della distribuzione e dell'industria, sono state inserite alcune sezioni di domande e risposta che, sebbene non esaustive ed aventi una portata certamente generale, si auspica rappresentino un campionario di casi quanto più possibile completo ed utile.

È appena il caso di precisare che esse non potranno venir utilizzate con riferimento a casi specifici, che necessitano sempre un'attenta preventiva analisi, particolare allo specifico contesto concorrenziale ed alle sue dinamiche.

1. CHE COS'È L'ANTITRUST

- 1.1 La normativa antitrust si fonda sul principio cardine che una concorrenza effettiva tra gli operatori sul mercato comporti la fornitura di prodotti/servizi tecnologicamente avanzati, a prezzi competitivi, a tutto vantaggio dei consumatori finali.
- 1.2 Per raggiungere quest'obiettivo sono vietate le intese cosiddette restrittive della concorrenza tra imprese, che hanno per effetto o anche solo per oggetto di restringere l'autonomia di ciascun imprenditore a determinare autonomamente la propria politica commerciale sul mercato in cui opera (sia esso comunitario, nazionale o una sua parte rilevante, quale può essere anche una provincia).
- 1.3 L'esperienza mostra che minore è il numero d'imprese operanti su un mercato, maggiore è il grado di concentrazione dello stesso e più incombente sarà il rischio

d'incorrere in condotte illecite³. Nei mercati concentrati, oggetto di particolare attenzione da parte delle autorità antitrust, le imprese devono comportarsi con ancor più grande cautela ed attenzione, verificando sistematicamente nelle loro condotte e decisioni il profilo antitrust.

1.4 E' stato ritenuto del pari essenziale, per il perseguimento dell'obiettivo di una sana concorrenza a vantaggio dei consumatori, impedire che un'impresa in posizione dominante abusi di questa situazione di vantaggio, (i) sfruttando i consumatori, oppure (ii) tentando di estromettere o anche solamente limitare la presenza sul mercato dei suoi concorrenti più piccoli.

1.5 L'antitrust è, pertanto ed in estrema sintesi, l'insieme delle norme comunitarie e nazionali che:

- vietano le intese che restringono in modo sensibile la concorrenza

o

- impediscono all'impresa in posizione dominante di abusarne,

ciò per permettere il corretto e concorrenziale funzionamento del mercato, nel convincimento che possano derivarne benefici ai consumatori finali.

1.6 Fondamentale nella valutazione concorrenziale, per la corretta individuazione di eventuali abusi e della rilevanza di alcune tipologie di intese illecite, è la definizione di 'mercato rilevante', funzionale all'individuazione della quota di mercato della o delle aziende. La quota di mercato, infatti, è uno dei parametri fondamentali da definirsi per verificare se:

- a. Le intese orizzontali o verticali superano le soglie critiche di quote di mercato aggregate⁴;

- b. si configurano posizioni di forza o posizioni dominanti potenzialmente esposte ad abusi.

1.7 Qui in estrema sintesi, possiamo convenire che il mercato rilevante è una zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili in funzione del loro uso e prezzo, le imprese che forniscono quel prodotto/servizio si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza. Per le imprese, si possono distinguere il mercato degli acquisti da quello delle vendite.

In particolare nel caso della Grande Distribuzione Organizzata (GDO) occorrerà, anche in ragione delle nuove norme introdotte dal Nuovo Regolamento Accordi Verticali, avere consapevolezza della quota di mercato detenuta sia nel mercato degli acquisti sia nel mercato delle vendite.

³ Per consolidata prassi decisionale un mercato s'intende concentrato allorché i primi 5 *competitors* hanno una quota aggregata superiore a 80%. Ossia, in una formula: mercato concentrato = CR 5 >80%.

⁴ Ciò scritto, le *hard core restrictions* (di cui si scriverà *infra*) sono, in via generale, sempre vietate, senza riguardo alla quota di mercato delle imprese coinvolte.

2. LE INTESE: PREMESSE

2.1 Le condotte e le pratiche descritte nella presente sezione si riferiscono esclusivamente alle possibili restrizioni della concorrenza attuate da imprese che non godono di una posizione dominante, per le quali è consacrata la successiva sezione 3. Nell'accezione antitrust, il termine intesa copre tanto a) gli accordi, quanto b) le pratiche concertate.

a) A differenza dei requisiti per l'esistenza di un accordo in ambito civilistico, per il diritto antitrust si è in presenza di un accordo allorquando, senza necessità di un contratto scritto, né di documenti vincolanti, vi sia l'evidenza documentale - attraverso: (i) email, (ii) fax, (iii) fogli di appunti, (iv) verbali di riunioni, (v) agende, (vi) scelte di un'impresa portate a conoscenza di un concorrente - che imprenditori concorrenti hanno tentato di coordinare le rispettive politiche commerciali.

b) La pratica concertata è qualcosa di meno di un accordo, come sopra definito, e qualcosa di più del mero parallelismo di comportamenti tra imprese concorrenti, da considerarsi, in linea di massima, come lecito. Ricordiamo che è, infatti, reputata lecita la decisione, autonomamente presa da un imprenditore, di conformarsi alle politiche commerciali di un concorrente, così come apprese operando sul mercato presso gli stessi clienti, oppure attraverso rilevazioni di società terze indipendenti (c.d. *market intelligence*).

Vi è ragionevole motivo di ritenere che a differenza degli accordi, dove è ininfluente l'analisi delle concrete condotte commerciali delle imprese, nel caso delle pratiche concertate l'autorità di concorrenza, per stabilire la sussistenza di un illecito antitrust, dovrà partire da verifiche di coordinamenti commerciali tra imprese concorrenti, effettivamente riscontrati sul mercato, che non possono spiegarsi se non attraverso dei preventivi contatti a monte tra le medesime (per esempio: un aumento di listini prezzi, di entità analoghe, che interviene con una identica decorrenza).

2.2 Le intese restrittive della concorrenza sono di due tipologie: i) orizzontali, tra imprenditori operanti al medesimo stadio del processo produttivo/distributivo, oppure ii) verticali, tra imprese operanti a diversi livelli del processo produttivo/distributivo (esempio: il produttore ed il suo distributore).

2.3 In assenza di restrizioni gravi (*hard core restrictions*)⁵, le intese sfuggono al divieto antitrust in via assoluta, laddove le quote di mercato aggregate siano inferiori al 10% per le intese orizzontali, 15% per le intese verticali. Per determinare la propria quota di mercato, è preventivamente necessario determinare il mercato rilevante.

2.4 Le intese sfuggono, altresì, al divieto antitrust, sebbene non in via assoluta ma pur sempre automatica, allorquando, nel rispetto di determinate condizioni, possono beneficiare di un'esenzione al divieto.

nelle intese verticali:

- con quote di mercato inferiori al 30%;

⁵ Fissazione dei prezzi, limitazioni produttive o delle vendite, ripartizione dei mercati o della clientela, imposizione prezzo di rivendita, alcune tipologie di restrizioni territoriali ed altre tipiche della distribuzione selettiva (cfr. *sub* § 2.5). Le nuove Linee Guida sugli Accordi Verticali hanno introdotto la possibilità per le imprese di spiegare la c.d. *efficiency defence* anche in presenza di *hard core restrictions*, si veda al riguardo la sezione 4.

nelle intese orizzontali:

- con quote di mercato aggregate inferiori al 25% per accordi in materia di ricerca e sviluppo (R&S);
- con quote di mercato aggregate inferiori al 20% per accordi di produzione o specializzazione;
- con quote di mercato aggregate inferiori al 15% per accordi di commercializzazione o di acquisto.

- 2.5 Da quanto precede discende per le imprese un primo risvolto pratico, su cui sembra utile attirare l'attenzione: la necessità di conoscere, *ab initio*, la propria quota di mercato, per valutare la necessità/l'opportunità di integrare tutte o una sola parte delle problematiche antitrust nel *day-to-day business*, per meglio comprendere la possibile criticità di condotte che, se rischiose con quote di mercato elevate, non espongono l'impresa a particolari rischi con quote di mercato di scarsa incidenza. A tal riguardo occorrerà riferirsi, alla più aggiornata definizione del mercato rilevante adottata dalle autorità di concorrenza: Commissione Europea (di seguito anche "Commissione" ed Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito anche "AGCM") relativamente al mercato (o ai mercati) in cui si è attivi.
- 2.6 Sono - invece ed in generale, salvo casi eccezionali - vietate le intese volte a: (i) fissare/concordare i prezzi di (ri)vendita/acquisto o le altre condizioni contrattuali (sconti, dilazioni e forme di pagamento); (ii) limitare la produzione/offerta; (iii) ripartirsi i mercati per clienti o per criteri geografici; (iv) ripartirsi le fonti di approvvigionamento; (v) concordare di limitare la presenza o estromettere dal mercato altri concorrenti, in mercati concentrati; (vi) concordare un rifiuto di fornitura; (vii) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari (c.d. *tying*); (viii) imporre restrizioni di vendita territoriale ad un rivenditore in assenza di un sistema distributivo basato sull'esclusiva territoriale; (ix) restringere ogni forma di forniture incrociate e di vendite attive e/o passive ai rivenditori di un sistema di distribuzione selettiva; (x) imporre obblighi ai distributori selettivi di non vendere determinate marche di fornitori concorrenti⁶.

3. LE INTESI ORIZZONTALI: LE RELAZIONI TRA IMPRESE CONCORRENTI

- 3.1 Già si è scritto come ogni forma di contatto tra concorrenti necessiti di un'attenzione particolare, essendo le autorità antitrust particolarmente sospettose al riguardo, e di come ciò sia tanto più vero nei mercati concentrati⁷. Ciò posto, vi sono accordi tra concorrenti che violano sempre e comunque la normativa antitrust.

⁶ La lista è da intendersi come esemplificativa, non esaustiva.

⁷ "Imprenditori dediti al medesimo commercio raramente si incontrano, sia pure per divertimento e svago, senza che la loro conversazione si risolva in una cospirazione ai danni del pubblico o in qualche artificio per rialzare i prezzi(...)". Cfr. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, anno 1776. Questo adagio ben esprime la *forma mentis* di alcune autorità antitrust; anche questa circostanza va considerata dalle imprese.

a) Fissazione dei prezzi di vendita/acquisto e/o di altre condizioni di vendita

Ogni imprenditore deve poter determinare in modo autonomo la propria politica dei prezzi (incluso sconti, incentivi quantitativi, termini di pagamento). Mentre allinearsi alle politiche commerciali di un concorrente (parallelismo di comportamenti) è lecito, deciderle prima congiuntamente è certamente un illecito antitrust. Pertanto, è fondamentale evitare di discutere, tra imprenditori concorrenti, di prezzi e/o costi di produzione, di termini di pagamento, di politiche commerciali, scontistiche o di marketing.

- 3.2 In caso di ricevimento di un listino prezzi da parte di un concorrente, anche se tale invio non è mai stato sollecitato, è opportuno rispondere indicando la volontà di dissociarsi e di ritenersi liberi di determinare autonomamente i propri prezzi.

La mancata dissociazione è stata spesso intesa come concorso nell'illecito.

3.3 Esempio: Fissazione di componenti di prezzo o di altre condizioni di pagamento

Domanda: È lecito per le imprese A e B accordarsi per praticare, nel prezzo di vendita al distributore, lo stesso costo per il trasporto? Oppure le stesse tipologie di sconto?

Risposta: *No, non è lecito, giacché ogni imprenditore deve essere libero di determinare autonomamente le diverse componenti del prezzo finale.*

Domanda: È lecito per le imprese A e B, pur restando libere di determinare autonomamente i rispettivi prezzi con i clienti, concordare di non accettare pagamenti oltre i 90 giorni?

Risposta: *No, anche la semplice fissazione dei soli termini di pagamento costituisce un illecito grave.*

Domanda: È lecito per le imprese A e B, pur restando libere di determinare il prezzo finale, di accordarsi per vendere solamente attraverso quantitativi predefiniti?

Risposta: *È questo un caso limite, che si sconsiglia comunque di seguire: potrebbe essere inteso come un mezzo per facilitare un successivo parallelismo di prezzi.*

3.4 Esempio: Parallelismo comportamentale

Domanda: Il responsabile marketing dell'impresa A dispone lecitamente di dati di mercato da cui evince che una determinata politica commerciale praticata dall'impresa concorrente B ha permesso a quest'ultimo di incrementare le vendite del 15%. Può adeguarsi e fare altrettanto?

Risposta: *Sì. Tuttavia, anche semplici comunicazioni al riguardo, tra concorrenti, vanno evitate nel modo più assoluto.*

Domanda: Nel formulare i prezzi, un'impresa può tener conto di quelli praticati dai principali concorrenti, conosciuti perché pubblicati, oppure attraverso rilevazioni di società terze di consulenza?

Risposta: *Sì, ciò che conta è che non si venga a conoscenza dei prezzi praticati dal concorrente per via bilaterale.*

b) Contatti (in)formali tra concorrenti - Scambio d'informazioni riservate, anche attraverso clienti comuni o società di consulenza

3.5 È opportuno evitare lo scambio d'informazioni considerate riservate in ambito antitrust (circa prezzi, costi, lancio di prodotti, giacenze o *business plans*, periodi di chiusura o condizioni praticate a determinati clienti) con i concorrenti. Ciò può costituire di per se un illecito. A maggior ragione, esso sarà vietato e fonte di responsabilità quando lo scambio d'informazioni è funzionale al coordinamento delle scelte imprenditoriali dei concorrenti.

In mercati concentrati è assolutamente sconsigliato tentare di ottenere le stesse informazioni dai clienti comuni ad altri imprenditori concorrenti, con triangolazioni che determinerebbero una situazione di grave rischio in sede di valutazione antitrust, poiché la stessa condotta, posta in essere anche da un solo altro concorrente, comporterebbe una trasparenza artificiale ed anticoncorrenziale.

3.6 È, invece, lecito, con le dovute cautele, tentare di ottenere le stesse informazioni da società di consulenza terze, a condizione che: (i) l'impresa committente instauri un rapporto diretto ed autonomo con la società di consulenza (quindi, che non concordi con i concorrenti l'affidamento dell'incarico o l'oggetto e/o le modalità di esecuzione dell'incarico stesso); (ii) la società di consulenza, nell'esecuzione dell'incarico, metta a disposizione della committente solo le informazioni raccolte liberamente sul mercato e non anche i dati che le sono stati appositamente/consapevolmente comunicati dalle imprese concorrenti.

Bisognerà sempre evitare che la società di consulenza diventi, fosse pure per vie indirette, il luogo, lo strumento per il quale le imprese scambiano o, comunque, mettono a conoscenza dei concorrenti le rispettive strategie commerciali.

3.7 È, altresì, lecito per l'imprenditore ascoltare le rivendicazioni dei clienti, nella fase negoziale, che spesso fanno riferimento alle politiche ed alle condizioni commerciali praticate dai concorrenti. È tuttavia opportuno che la raccolta di siffatte informazioni sulle politiche commerciali dei concorrenti non sia sollecitata, né che il cliente fornisca lo stesso tipo di informazioni anche ad altri fornitori concorrenti per arrivare all'obiettivo di un controllo indiretto dei prezzi e delle strategie commerciali sul mercato.

Le informazioni riservate vanno tenute distinte dalle informazioni che, sebbene molto delicate da un punto di vista commerciale, sono pubbliche o di dominio pubblico, ossia quelle informazioni che sono facilmente accessibili - gratuitamente oppure a pagamento

- da chiunque sul mercato, per l'acquisizione ed utilizzo delle quali, in linea di massima, non si pone criticità alcuna.

- 3.8 Relativamente allo scambio di dati relativi alle quote di mercato, vi è ragionevole motivo per argomentare che, in mercati non concentrati, sia lecito scambiarsi informazioni, in forma aggregata, via l'associazione di imprese, a condizione che queste siano "vecchie" di almeno 6 mesi, laddove il livello di aggregazione sia tale da escludere la scomponibilità dei dati da parte delle imprese che ne entrano in possesso (anche ove combinati con altre informazioni nella loro disponibilità), permettendo di identificare, direttamente o indirettamente, gli operatori a cui si riferiscono.

Viceversa, se in forma disaggregata, questi dati si possono scambiare tra concorrenti o attraverso l'associazione d'impresa solamente se "vecchi" di almeno 12 mesi. In mercati altamente concentrati è vivamente raccomandato di astenersi dal mettere in atto tali condotte.

In ogni caso, la liceità di ogni scambio di informazioni deve necessariamente essere valutata caso per caso, verificando se, alla luce delle specifiche peculiarità che caratterizzano il caso di specie (natura dei prodotti forniti, dimensioni e numero delle imprese partecipanti e di quelle presenti sul mercato, caratteristiche delle informazioni scambiate, ecc.), tale scambio comporti una trasparenza dei comportamenti delle imprese interessate idoneo ad indurle ad adottare strategie comuni sul mercato rilevante.

3.9 **Esempio: Market Intelligence**

Domanda: E' lecito per l'impresa A incaricare la società di consulenza J per monitorare, con mezzi leciti, il mercato e riferirle in tempo reale le nuove politiche di prezzi o scelte commerciali/industriali del concorrente B?

Risposta: *Sì, purché tale società di consulenza raccolga ed utilizzi solo le informazioni, per quanto sensibili queste possano essere, disponibili sul mercato. In caso contrario potrebbe configurarsi un illecito civile, per concorrenza sleale, imputabile anche all'impresa che ha commissionato la consulenza.*

c) **Incontri presso le associazioni d'impresa**

- 3.10 In molti casi di cartelli, le associazioni d'impresa sono state il luogo prediletto dagli imprenditori per concordare strategie commerciali ed industriali comuni. Le associazioni svolgono un ruolo utilissimo e certamente legittimo, come momento di rappresentanza degli interessi diffusi degli associati. Tuttavia in alcuni casi, talvolta per prassi invalsa e talvolta senza rendersene del tutto conto, o per scarsa familiarità con il diritto antitrust, concorrono a facilitare, quando addirittura non coordinano, comportamenti e scambi d'informazioni sensibili di dubbia liceità tra concorrenti.

Per attenuare il rischio antitrust in questo contesto lavorativo, suggeriamo ai dipendenti delle imprese di partecipare sempre e solamente a riunioni convocate per tempo, con un esplicito ordine del giorno, che escluda le questioni *supra* riprese *sub* 2.7; pretendere che ci sia un verbale puntuale di quanto è stato discusso; non fornire dati su prezzi e quantitativi (venduti oppure in giacenza) se non si ha la certezza che questi saranno utilizzati in forma esclusivamente aggregata.

- 3.11 Se la discussione nei gruppi di lavoro o comitati sfocia su aspetti delicati (prezzi correnti o futuri, sconti, chiusure, suddivisione dei mercati, quote, condizioni e termini di pagamento) il rappresentante dell'impresa dovrà lasciare immediatamente la sala, chiedendo che di ciò si dia esplicita evidenza nel verbale.
- 3.12 È, infine, consigliabile, come regola generale di condotta, non accettare mai, dissociandosi esplicitamente e per iscritto, indicazioni dell'associazione che possono incidere su aspetti imprenditoriali rilevanti per l'antitrust.

Domanda: Inevitabilmente in occasione di eventi imprenditoriali e sociali è possibile entrare in contatto con società concorrenti. Quali misure preventive devono essere adottate? Il comportamento illecito di alcuni concorrenti può essere attribuito anche a coloro che non hanno partecipato alla specifica attività ma che erano presenti e quindi ne sono al corrente?

Risposta: *Con i concorrenti non si dovrà mai parlare, sia pure in via informale, di questioni sensibili per la concorrenza, eccezion fatta per discussioni che hanno un carattere generale. In occasione di incontri programmati, pretendere sempre che sia diffuso, con l'invito, l'ordine del giorno. Dovesse quest'ultimo contenere punti critici, astenersi dal partecipare, lasciando traccia scritta. In alcuni casi, è stato sconsigliato ai dirigenti aziendali d'impresa concorrenti di incontrarsi per giocare a tennis, oppure a golf! La sola presenza, ancorché passiva, ad incontri dove si discute di questioni sensibili equivale alla prova della partecipazione all'intesa vietata.*

Domanda: È lecito fornire all'associazione d'impresa dati su quantità vendute, acquistate, prezzi praticati nel mese (trimestre) precedente? Cosa può farne l'associazione di questi dati?

Risposta: *Sì, è lecito, mentre è sempre illecito ricevere analoghe informazioni dall'associazione, su base disaggregata. Con le informazioni raccolte, l'associazione può predisporre schemi, tavole, documenti, che facciano stato dei diversi trend che si registrano sul mercato, sempre e solamente su base aggregata.*

d) Ripartizione dei mercati (clienti e/o geografica)

- 3.13 Le intese tra concorrenti dirette a ripartirsi i mercati (per clienti, per aree geografiche, per tipologie di prodotti) sono generalmente vietate.

Domanda: Possono X e Y, fabbricanti del prodotto Z, decidere di operare uno nel centro nord, l'altro nel centro sud? Possono decidere di rifornire, il primo i supermercati, il secondo i rivenditori al dettaglio?

Risposta: *In entrambi i casi la risposta è negativa. L'accordo di ripartizione geografica sarà illecito, a meno che X e Y facciano esplicitamente parte di un sistema di distribuzione esclusiva. Resta in ogni caso illecita la ripartizione di sbocchi/clienti nei termini indicati.*

e) Rifiuto di negoziare

- 3.14 Eccezione fatta per le imprese che godono di una posizione dominante - o semplicemente di forza, per avere altri prodotti dominanti nel loro portafoglio - gli imprenditori sono liberi di scegliere a chi vendere e da chi rifornirsi, nondimeno, l'intesa tra due o più imprese per non rifornire un distributore o per non acquistare da un produttore determinato è una forma d'illecito antitrust. Discussioni con concorrenti aventi ad oggetto quanto precede devono essere bandite; se si ricevono comunicazioni scritte (fax, email) sarà necessario rispondere, dissociandosi espressamente.

f) Praticare condizioni dissimili per prestazioni equivalenti

- 3.15 Questa è un'ipotesi residuale, raramente utilizzata per sanzionare le imprese a titolo d'intese illecite. Invero, mentre essa ricorre con una certa frequenza nel caso d'impresa in posizione dominante, costituendo facilmente un illecito, è infrequente nel caso d'intese tra imprese che godono di quote di mercato non significative.

Ciò si spiega anche per la ragione che le condizioni dissimili concernono quasi sempre i prezzi o altri aspetti commerciali legati ai prezzi; quando due o più imprese si concertano per applicare siffatte condizioni nei confronti di una o più imprese, il loro comportamento sarà di regola vietato a causa dell'uniformità delle condizioni, piuttosto che per l'eventuale contenuto discriminatorio delle condotte.

- 3.16 La discriminazione nei confronti di clienti analoghi per l'impresa che non sia in posizione dominante non è vietata di per sé, ma solo in quanto sia l'oggetto o l'effetto di un'intesa. Ciò può verificarsi, in particolare, quando la discriminazione è il risultato di un accordo volto ad isolare i mercati o ad attribuire una protezione "assoluta" ad un distributore nei confronti di rivenditori concorrenti (per esempio, in relazione alle vendite ad un particolare gruppo di clienti/canale di vendita).

3.17 Ogni impresa è libera di comportarsi autonomamente sul mercato secondo le proprie preferenze, siano esse dettate da finalità commerciali, da consuetudini, da comodità legate alla vicinanza e alla facilità del trasporto, da relazioni personali, salvo che per tale via non si giunga ad una compartimentazione artificiale dei mercati, tanto geografica⁸, quanto per clienti finali⁹.

Ciò posto:

- (i) il boicottaggio concordato a danno di un imprenditore determinato costituisce certamente una forma grave d'illecito antitrust;
- (ii) è necessario prestare particolare attenzione nel caso in cui l'impresa, sebbene non dominante sullo specifico prodotto, goda di una posizione di forza, avendo una presenza nel suo portafoglio di prodotti di *must stock brands* o altri prodotti "super dominanti". Ciò può essere comunque considerato come un indice dell'esistenza di una posizione dominante anche con riferimento a prodotti per i quali un'impresa detenga quote di mercato non particolarmente elevate.

g) Centrali d'acquisto

3.18 Acquistare insieme per ottenere prezzi migliori è certamente una pratica commerciale lecita.

Tuttavia, laddove la domanda rappresenti una quota di mercato importante, si possono porre due ordini di problemi: a) un coordinamento facilitato (inevitabile?) a valle nel prezzo di rivendita, avendo acquistato al medesimo prezzo a monte gli stessi beni; b) un potere di mercato talmente importante da configurare un abuso (sia esso assoluto o relativo, cfr. *infra sub 3*) sul produttore/fornitore.

3.19 Già si è scritto di come accordi di acquisto e/o commercializzazione possano godere di una implicita impermeabilità alla normativa *antitrust* laddove essi intervengano tra imprese che hanno quote di mercato aggregate contenute (<15%), tanto sul mercato degli acquisti (accordi tra catene distributive verso l'industria), che ha una dimensione nazionale per molte delle fattispecie rilevanti nelle relazioni industria/distribuzione, quanto su quello a valle delle vendite (accordi tra catene distributive ma anche tra fornitori) che tende, invece, ad avere una dimensione geografica molto circoscritta, spesso provinciale.

3.20 Attenzione: al di sopra di tale quota, non si è automaticamente in presenza di un'intesa illecita; tuttavia, un'analisi complessiva delle dinamiche concorrenziali del mercato s'imporrà al fine di valutare la liceità di singole pratiche commerciali.

⁸ Ad esempio, praticando sconti particolari solamente in relazione ai prodotti destinati al mercato nazionale e non all'esportazione, oppure praticando condizioni di sfavore agli importatori paralleli o per vendite fuori dal territorio assegnato.

⁹ Ad esempio, praticando condizioni sfavorevoli al rivenditore B, per proteggere il rivenditore C.

Domanda: Due catene di supermercati, autonome nella distribuzione dei prodotti, decidono di acquistare insieme prodotti che rappresentano una discreta parte del loro fatturato. Esse hanno una quota aggregata sul mercato nazionale a monte (per gli acquisti) del 20% ed a valle, in alcune province, per la vendita dei medesimi prodotti, una quota complessiva del 30% (18%+12%). È consigliabile consolidare questa politica di acquisti in comune?

Risposta: *Solo un'analisi della situazione concorrenziale di quella specifica provincia permetterà di dare una risposta chiara ed esaustiva al quesito. Ciò posto, in linea di massima, è probabile che l'accordo di acquisto in comune, di per sé difficilmente contestabile, limiterà di molto la concorrenza a valle per la rivendita dei beni ai consumatori finali. Pertanto, appare improbabile la sua autorizzazione incondizionata.*

A maggior ragione potrebbero porsi criticità in caso di commercializzazione congiunta dei medesimi prodotti.

h) Commercializzazione/distribuzione congiunta

3.21 La commercializzazione congiunta comporta spesso delle riduzioni dei costi e maggiori efficienze. In linea di massima essa gode di un approccio positivo in ambito antitrust.

Nondimeno, laddove le quote di mercato aggregate dei distributori siano rilevanti, essa può facilitare il coordinamento delle loro politiche commerciali. In linea generale possono considerarsi leciti gli accordi di commercializzazione congiunta che non prevedono una fissazione dei prezzi e che intervengono tra imprese aventi nel loro insieme una quota di mercato inferiore al 15%.

3.22 Negli altri casi, con una quota aggregata ricompresa tra il 16% ed il 30%, un'analisi attenta delle condizioni concorrenziali del mercato andrà condotta per valutarne la compatibilità o meno.

3.23 Siffatti accordi sono fortemente sconsigliati tra imprese che abbiano quote di mercato superiori al 30%-40%, configurandosi facilmente un'intesa illecita, che difficilmente potrà godere di un'esenzione.

4. LE INTESI VERTICALI - LE RELAZIONI INDUSTRIA/DISTRIBUZIONE

4.1 Le intese verticali restrittive possono pregiudicare la concorrenza *inter-brand*, ossia tra produttori/distributori di marche diverse, oppure *intra-brand*, ossia tra distributori e rivenditori dei medesimi prodotti.

4.2 In linea generale, maggiori sono le barriere all'ingresso sui mercati e maggiore sarà la cautela necessaria per valutare la liceità delle restrizioni verticali. Clausole di esclusiva territoriale o di non concorrenza (c.d. monomarchismo) hanno minori possibilità di

beneficiare dell'esenzione dal divieto d'intese restrittive in mercati oligopolistici, o caratterizzati da imprese con politiche commerciali analoghe (c.d. effetto rete).

4.3 Il Nuovo Regolamento e le relative Linee Guida d'applicazione hanno parzialmente rivisitato alcuni aspetti (tanto sostanziali, quanto procedurali) nella valutazione di (il)liceità degli accordi verticali. Un primo effetto pratico consiste, da un lato, nella riduzione della c.d. *safe harbour* coperta dal beneficio automatico dell'esenzione, dall'altro in un allargamento delle ipotesi in cui sarà richiesta una valutazione individuale del singolo accordo ad opera della imprese parti dello stesso¹⁰.

4.4 Le novità di più immediata rilevanza per le imprese sono tre:

a) *Hard core restrictions* ed *efficiency defence*: la presunzione di restrittività delle c.d. restrizioni fondamentali o *hard core restrictions* potrà essere superata dalle imprese qualora possano dimostrare, allorquando richieste ed oggetto d'indagine, che tali restrizioni sono indispensabili per generare efficienze. Ciò potrà avvenire qualora si sia in una delle situazioni previste dalle Linee Guida in cui le restrizioni verticali comportano effetti positivi ("efficienze") ed a seguito di una analisi dettagliata individuale del segmento di mercato.

b) *Rilevanza quota di mercato del distributore*: Al fine di beneficiare della 30% *safe harbour* si dovrà tener conto non solamente della quota di mercato detenuta dal fornitore, ma anche della quota di mercato del distributore. Solo quando l'accordo interverrà tra un fornitore ed un distributore che detengono entrambi quote di mercato inferiori al 30% rispettivamente nel mercato di vendita e nel mercato di acquisto dei beni, l'accordo rientrerà automaticamente nella zona di esenzione: negli altri casi occorrerà effettuare una valutazione individuale in base ad un'analisi del segmento di mercato.

c) Restrizioni alle vendite *online* più difficili: il possesso di un sito web da parte di un distributore deve essere sempre considerato una forma di vendita passiva, ogni limitazione all'utilizzo di internet per la distribuzione è considerata una restrizione fondamentale.

4.5 Con riguardo alla novità di cui al punto b) si evidenzia come il mercato degli acquisti assume una dimensione geografica nazionale; d'altra parte nei precedenti dell'autorità di concorrenza¹¹ relativi alla definizione del mercato rilevante a valle si è operata una segmentazione per canale distributivo. Infatti, è da considerarsi un mercato rilevante del prodotto quello espresso dalla distribuzione moderna e dai cash&carry, da tenere distinto da quello rappresentato dalla domanda espressa dai grossisti tradizionali, che spesso rivendono ai piccoli commercianti di quartiere. Il mercato delle vendite invece assume una dimensione geografica generalmente provinciale. Poiché la domanda è rappresentata dal consumatore finale, si può distinguere tra ipermercati, supermercati, superette e discount secondo la dimensione della superficie di vendita, del posizionamento del prezzo, dell'ampiezza e profondità di gamma di prodotti offerti, della disponibilità di parcheggi. Vi è ragionevole motivo di ritenere che, per il principio accolto dei mercati contigui, siano parte di un medesimo primo mercato: gli ipermercati ed i

¹⁰ In tale valutazione individuale occorrerà valutare il bilanciamento tra le restrizioni della concorrenza e le efficienze generate dall'accordo in considerazione dei seguenti elementi: a) natura dell'accordo; b) posizione di mercato delle parti; c) posizione di mercato dei concorrenti; d) posizione di mercato degli acquirenti dei prodotti oggetto del contratto; e) barriere all'ingresso sul mercato; f) maturità del mercato; g) livello della catena commerciale; h) natura del prodotto; i) altri fattori.

supermercati; di un secondo mercato: i supermercati e le superette; di un distinto terzo mercato: le superette ed i piccoli negozi di prossimità. In decisioni recenti¹² l'AGCM, peraltro, ha ritenuto che il mercato rilevante sia composto di superette, supermercati e ipermercati, ossia comprensivo di tutti i punti vendita della distribuzione moderna.

a) Prezzo di rivendita - Sconti - Triangolazioni vertenti sui prezzi dei concorrenti

- 4.6 Tra le restrizioni fondamentali o *hard core restrictions* la più rilevante attiene al divieto di comprimere la libertà del rivenditore di determinare il prezzo finale di rivendita del bene in maniera diretta o indiretta. Prezzi massimi o consigliati sono leciti, a condizione che questi non equivalgano ad un prezzo fisso o ad un prezzo minimo di vendita, anche mediante pressioni o incentivi offerti da una delle parti (il fornitore) per vendere ad un prezzo determinato. È dunque opportuno per il fornitore evitare di imporre prezzi di rivendita o indicare i margini che devono essere perseguiti dai rivenditori.
- 4.7 In linea di massima, maggiori sono le quote di mercato e maggiori sono le cautele per l'azienda nel verificare che detti prezzi, ancorché meramente consigliati, non fungano da punto di coordinamento e di convergenza per i rivenditori.
- 4.8 Né si potrà condizionare la concessione di particolari sconti o vantaggi al rispetto dei prezzi consigliati. Bisognerà, infine, astenersi sempre dal sanzionare i rivenditori che non rispettano i prezzi indicati dal produttore.
- 4.9 Tra le modalità – ora esplicitamente vietate - di imposizione indiretta dei prezzi di rivendita le Linee Guida segnalano anche gli accordi che prevedono la subordinazione del rimborso dei costi promozionali al rispetto di un dato livello di prezzo, o il collegamento dei prezzi di rivendita a quelli praticati dai concorrenti.
- 4.10 Le nuove Linee Guida, peraltro, evidenziano due ipotesi in cui l'imposizione di prezzi di rivendita può sfuggire al divieto: il lancio di un nuovo prodotto e l'avvio, nell'ambito di un sistema di franchising o un sistema di distribuzione simile, di una campagna coordinata a breve termine (da 2 a 6 settimane) che vada a vantaggio dei consumatori. Anche in tali casi, tuttavia, occorrerà effettuare un'attenta analisi individuale dell'accordo.
- 4.11 Quanto alle altre tipologie di sconti, siano essi fedeltà o quantitativi, questi sono in linea di massima lasciati alla discrezionalità delle parti ed alle loro capacità di negoziazione, non presentando particolari criticità antitrust, salvo il caso d'essere praticati da un'impresa in posizione dominante o comunque, sebbene non dominante, in posizione di forza, per poter disporre in portafoglio di altri prodotti dominanti.
- 4.12 Riguardo le c.d. triangolazioni, ossia lo scambio di informazioni tra industria/distributore/industria, o anche nel senso opposto

¹¹ Si vedano i leading cases comunitari, quali le decisioni della Commissione nei casi COMP/M.1684 del 25.01.2000, *Carrefour/Promodes*; IV/M.1221 del 3.2.1999 *Rewe/Meinl* e IV/M.784 del 20.11.1996 *Kesko/Tuko*, nonché le decisioni dell'AGCM del 29.03.2001 n.9352 *Coop Italia-CONAD(Italia Distribuzione)* e del 27.11.2002 *Selex-Esselunga-Agorà*. Si segnala peraltro come l'orientamento dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sia piuttosto incerto nelle decisioni più recenti (si vedano ad esempio i casi I694 *Listino prezzi della pasta* e I 701 *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*, in cui le specificità dei diversi canali distributivi non hanno determinato una corrispondente distinzione dei mercati rilevanti.

¹² Provvedimento n. 19706 del 26 marzo 2009C10012 – *Billa/ 3 Esercizi Commerciali*.

distribuzione/industria/distribuzione, che di per sé non sono automaticamente illecite, la massima attenzione andrà posta per evitare che in tal modo si giunga ad una artificiale trasparenza sul mercato, che comporti come conseguenza un parallelismo comportamentale tale da pregiudicare un'effettiva concorrenza tra imprenditori.

- 4.13 Invero, un parallelismo consapevole delle condotte tenute dalle imprese, di per sé lecito, può essere considerato come frutto di un'intesa anticoncorrenziale ove sia impossibile spiegare alternativamente la condotta parallela come frutto plausibile di iniziative imprenditoriali autonome. In altri termini: soprattutto in mercati non atomizzati, non pare opportuno seguire comportamenti che portano a facilitare lo scambio di informazioni, ancor meno quando i medesimi sono posti in essere da imprese tra loro concorrenti. Diversamente parrebbe potersi argomentare per mercati altamente concorrenziali, laddove la triangolazione è occasionale, sporadica, praticata solo da una, due imprese: l'impresa che voglia aggredire un mercato, aumentando la sua penetrazione, praticando ai distributori condizioni migliori di quelle praticate dai principali concorrenti, ben difficilmente potrà essere sanzionata per illecito antitrust.

Ciò posto, con riferimento alla verifica del carattere anticoncorrenziale della singola triangolazione, solamente un'analisi concreta, caso per caso, basata sulla tipologia delle informazioni scambiate e dei suoi potenziali effetti anticoncorrenziali su un dato mercato potrà rispondere in modo esauriente alla questione di sapere se un dato comportamento costituisca un illecito antitrust. È appena il caso di precisare che il c.d. fenomeno della "risalita prezzi", per il quale, tramite il fornitore comune, i diversi distributori conoscono i prezzi praticati dai concorrenti, è un evidente illecito antitrust, attentando gravemente alla concorrenza *intra-brand*, ossia alla concorrenza tra rivenditori di un medesimo prodotto.

4.14 **Prezzi raccomandati/consigliati**

Domanda: È lecito per il produttore A trasmettere ai propri rivenditori listini di prezzi raccomandati/consigliati, prevedendo un sistema di monitoraggio?

È lecito per A prevedere penali, la riduzione dei margini, attuare politiche di sconti minori, ridurre le quantità fornite, o adottare altre politiche coercitive per i rivenditori che non seguono i prezzi raccomandati/consigliati?

Risposta: *In entrambi i casi la risposta è negativa: il rivenditore deve essere libero di vendere al prezzo che desidera. Ciò non toglie che l'indicazione di prezzi meramente raccomandati/consigliati è certamente lecita per il produttore.*

Domanda: È lecito per il produttore indicare esplicitamente sulle confezioni dei suoi prodotti il prezzo di vendita finale consigliato?

Risposta: *Sì, a condizione che sia precisato sulla confezione che il prezzo di rivendita è meramente consigliato e di dimostrare, se richiesti, che molti rivenditori appongono altre etichette di prezzo o*

comunque si discostano, liberamente e senza conseguenze, dal prezzo indicato sulla confezione.

4.15 **Prezzi Massimi**

Domanda: È lecito per il produttore fissare dei prezzi massimi di rivendita?

Risposta: *In linea di massima, mentre la fissazione di prezzi minimi è sempre vietata, la fissazione di prezzi massimi è lecita, a meno che essa non possa essere intesa come un modo per facilitare il coordinamento dei prezzi finali nella rete distributiva. Le nuove Linee Guida esplicitamente ammettono la liceità della prassi di indicare prezzi massimi quando sia il fornitore sia il distributore detengono quote di mercato inferiori al 30%. Al contrario è da considerarsi molto rischiosa quando la quota di mercato detenuta dal fornitore sia particolarmente rilevante.*

4.16 **Adeguamento automatico ai prezzi dei concorrenti**

Domanda: È lecito per il produttore A suggerire ai suoi rivenditori, per la determinazione del prezzo di rivendita finale, di comparare i prezzi di vendita al consumatore finale praticati per i beni analoghi di produttori concorrenti? E se fosse imposto? E se fosse di comparare i prezzi di vendita al consumatore finale praticati da altri distributori per gli stessi beni?

Risposta: *In linea di massima, tale politica commerciale, se decisa in assoluta autonomia, è lecita, a condizione che essa non sia seguita anche da altri produttori e che avvenga in mercati atomizzati, ossia caratterizzati dalla presenza di molte imprese concorrenti. Nondimeno non potranno essere imposti adeguamenti automatici sulla variazione dei prezzi dei concorrenti. Ancor meno, sarà consentito imporre ai distributori di adeguarsi ai prezzi praticati da altri distributori per prodotti identici.*

4.17 **Margini concordati o indicati**

Domanda: Può il produttore A fornire al distributore indicazioni sui margini che dovrebbe conseguire nella vendita dei suoi prodotti?

Risposta: *Sì, a condizione che siffatte indicazioni non siano vincolanti.*

4.18 **Triangolazioni: scambio informazioni sui prezzi dei concorrenti**

Domanda: È lecito per il produttore chiedere a un distributore i prezzi di sell-in e le condizioni commerciali praticate dai suoi concorrenti?

Risposta: *Il produttore non deve sollecitare tali informazioni da parte del distributore perché indipendentemente dalle intenzioni degli operatori facilita la prova da parte dell'autorità competente di*

comportamenti collusivi finalizzati al coordinamento delle politiche commerciali.

Domanda: È lecito per il distributore comunicare al produttore i prezzi di sell-in e le condizioni commerciali praticate dai concorrenti sui prodotti in competizione nella categoria merceologica?

Risposta: *È lecito a condizione che la comunicazione avvenga per iniziativa autonoma del distributore e sia finalizzata a mettere in competizione i fornitori e che tutto questo sia facilmente provabile.*

Domanda: È lecito per il produttore comunicare al distributore il prezzo al quale gli altri distributori vendono il prodotto del produttore stesso?

Risposta: No è sempre illecito nel caso in cui le informazioni sui prezzi a scaffale provengano dai distributori oppure siano usate dai produttori per esercitare pressione sul distributore che le riceve inducendolo ad allineare i prezzi. Sono meritevoli di valutazione caso per caso le ipotesi in cui il produttore si limiti a comunicare le informazioni raccolte sul mercato sempre che le stesse non siano utilizzate per esercitare pressioni finalizzate all'allineamento dei prezzi.

4.19 **Sconti**

Domanda: È lecito per l'imprenditore A, che non si trova in posizione dominante, introdurre sconti fidelizzanti, oppure quantitativi concessi al raggiungimento di target predeterminati, oppure progressivi rispetto al fatturato, oppure assortimentali in relazione all'occupazione di spazi espositivi presso i diversi punti vendita?

Risposta: *Queste politiche sono certamente lecite, salvo che si operi su mercati concentrati e siano poste in essere da più produttori, contemporaneamente, con una quota di mercato aggregata significativa. Per questa via, invero, si potrebbe creare un effetto rete che cristallizzerebbe le dinamiche concorrenziali del mercato.*

b) Vendite promozionali, incluse quelle sottocosto

4.20 Mentre le vendite promozionali sono ritenute sempre lecite per il diritto antitrust¹³, le vendite sottocosto, in linea generale, sono lecite, salvo che non siano poste in essere da un'impresa in posizione dominante (vedi *infra*, sub prezzi predatori).

Diversi sono i profili civilistici e amministrativi.

Invero, laddove praticate da distributori molto agguerriti, le vendite promozionali o sottocosto idonee a danneggiare l'altrui azienda - in assenza di esigenze e circostanze particolari, quali, ad esempio, una vendita promozionale di prodotti innovativi, di

¹³ Cfr. la recente normativa introdotta dal d.l. n. 223/2006 che all'art. 3 rimuove qualsiasi prescrizione che vieti di effettuare vendite promozionali e che preveda il rilascio di autorizzazioni preventive o limitazioni temporali o qualitative alle vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno di esercizi commerciali. Tale disciplina non modifica quanto previsto per le vendite sotto costo e i saldi di fine stagione.

liquidazione o di fine stagione, la necessità di fronteggiare uno speciale fabbisogno o di liberarsi di prodotti suscettibili di notevole deprezzamento, oppure di prodotti alimentari deperibili in prossimità delle scadenze per il loro consumo - sono state ritenute illecite dalla prevalente giurisprudenza nostrana di merito, anche qualora l'offerta fosse temporanea o avesse una limitata incidenza quantitativa sul mercato¹⁴.

La rigida regolamentazione di carattere amministrativo prevista in materia, pur essendo condivisa dalla maggior parte della giurisprudenza italiana, è di dubbia liceità nell'ottica antitrust¹⁵, in quanto tendente a generare restrizioni concorrenziali, che spesso non vanno a beneficio dei consumatori finali. Secondo l'autorità antitrust nazionale, tale disciplina non sembra tenere conto che "le vendite sottocosto rappresentano una legittima pratica commerciale che non necessariamente produce l'effetto di ridurre la capacità competitiva degli esercizi commerciali, neanche dei più piccoli" e che esse sono "un potente strumento concorrenziale soprattutto per gli esercizi della grande distribuzione organizzata¹⁶".

Anche la giurisprudenza, peraltro, sembra più possibilista in alcune altre pronunce, ritenendo lecita la pratica ove dotata di una limitata potenzialità offensiva e contenuta entro limiti ragionevoli¹⁷.

¹⁴ La giurisprudenza ha pure riconosciuto le potenzialità plurioffensive della pratica, ritenuta idonea a pregiudicare non solo gli interessi dei distributori concorrenti, ma anche quelli del produttore e dei consumatori (Trib. Arezzo, 23 novembre 2000, Trib. Ancona, 10 gennaio 2000, Trib. Arezzo, 2 febbraio 1999, Trib. Roma, 1 luglio 1999). Infatti, il produttore sarebbe esposto al rischio di una svalutazione dell'immagine del prodotto venduto sottocosto, il cui posizionamento di mercato sarebbe svilito, e di una lesione della propria reputazione commerciale, posto che i consumatori possono essere indotti a dubitare della correttezza professionale del produttore in quanto percettore di profitti eccessivi, e i rivenditori possono sospettare che egli pratichi condizioni più favorevoli ai concorrenti. La regola che emerge dalla giurisprudenza è quella dell'illiceità di principio del sottocosto, salvo l'esistenza di circostanze particolari - riconducibili alle classiche categorie dello stato di necessità, dell'esercizio di un diritto e della legittima difesa - che giustificano oggettivamente la condotta commerciale dell'impresa. Si vedano Trib. Torino, ord. 25 marzo 2004: la vendita del prodotto a prezzi irrisori configura illecito concorrenziale, in ragione delle modalità particolarmente aggressive dell'offerta (vendita del pane da parte della grande distribuzione a prezzo simbolico di 0.1 euro per 6 etti 3 volte la settimana) e della sua capacità di offensiva nei confronti dei panificatori artigianali che operano nella zona; Trib. Ancona, 12 aprile 1999: gli esercizi della grande distribuzione sono in grado, per struttura e risorse finanziarie, di sostenere e condurre in porto una guerra dei prezzi notevolmente onerosa per i concorrenti minori, spingendosi sino alla loro eliminazione dal mercato. Un'offerta sottocosto promossa da un distributore che commercializza ogni tipo di prodotti di largo consumo ed è frequentato da molti consumatori ha una particolare potenzialità offensiva in quanto dotata di elevata capacità di penetrazione; Trib. Bari, 16 novembre 1998: è contrario alla correttezza professionale l'utilizzo della pratica come "collettore di clientela" o "specchietto per allodole", al fine di "attrarre i consumatori utilizzando i generi merceologici offerti in vendita sottocosto quali persuasivi strumenti atti a trainare la vendita, al reale prezzo di mercato, degli altri generi, così agganciando la clientela".

¹⁵ Cfr. segnalazione dell'AGCM AS142 del 18 giugno 1998, con la quale essa aveva espresso parere negativo in merito all'introduzione di una disciplina speciale che vietasse le vendite a prezzi inferiori ai costi, indipendentemente dagli intenti predatori dei distributori, in quanto ritenuta superflua e idonea a cagionare un irrigidimento della concorrenza.

¹⁶ Cfr. segnalazione dell'AGCM AS207 del 21 dicembre 2000.

¹⁷ Trib. Alessandria, sez distaccata Novi Ligure, 2 ottobre 2003, che ha respinto la richiesta di provvedimenti cautelari avverso una vendita sottocosto attuata per un periodo di tempo predeterminato, sebbene pari a 11 mesi, non preceduta da analoghe iniziative, diretta a una clientela finale circoscritta e caratterizzata da un basso grado di fidelizzazione, esercitata con modalità di per sé non scorrette e con un'informazione pubblicitaria mirata. Con la sentenza n. 1636 del 26 gennaio 2006, la Suprema Corte nega che la scorrettezza nella fissazione di un prezzo sotto costo possa dipendere dal solo fatto che i concorrenti ne siano messi in difficoltà: in ciò sta l'essenza stessa della concorrenza, cui è connesso l'elemento competitivo per il quale ciascuno dei concorrenti si sforza di prevalere sull'altro. La valutazione di eventuale scorrettezza di un dato comportamento deve essere compiuta non nell'interesse degli operatori commerciali, ma in quello del mercato e del suo andamento. Nella dinamica dei mercati concorrenziali la prassi commerciale ha forgiato svariate tecniche mirate a far acquisire una posizione di preminenza nel mercato degli offerenti. Se il ribasso dei prezzi è una delle più diffuse tecniche concorrenziali, dal momento che esso rappresenta la forma più elementare per «battere» i concorrenti, diversa è la valutazione da effettuarsi con riguardo alla vendita sottocosto (c.d. dumping). Una simile pratica può, infatti, essere attuata da un imprenditore in grado di reggere, per un periodo di tempo più lungo di quanto non possano i suoi concorrenti, vendite non remunerative, con

4.21 **Quotazione prezzi promozionali**

Domanda: Una catena distributiva si lamenta con il produttore che un suo concorrente vende il prodotto dell'industria ad un prezzo promozionale inferiore a quello suggerito dal produttore, quale prezzo di rivendita consigliato; richiede, quindi, un forte intervento nei confronti del suo concorrente da parte del produttore, che decide d'intervenire, minacciando ritorsioni nei confronti del distributore che non rispetta la consegna di prezzo consigliato. E' lecita l'azione del produttore?

Risposta: *No, agendo in tal modo, il produttore commette un evidente illecito antitrust.*

Domanda: Si può limitare la quantità di beni in promozione? Si possono condurre diverse campagne promozionali presso diversi clienti?

Risposta: *Salvo diversa previsione regolamentare, la cui legittimità ben potrebbe essere contestata, per il diritto antitrust non vi è motivo, da un lato, per disciplinare la quantità di beni in promozione, dall'altro per non poter condurre diverse campagne promozionali, presso clienti diversi.*

c) Restrizioni territoriali e di clienti

4.22 In linea di massima il rivenditore deve essere libero di rivendere i prodotti acquistati come, a chi e dove vuole. Ciò posto, alcune restrizioni territoriali e di clienti possono essere accettate in sede antitrust. È questo il caso per:

- (i) il divieto di vendite attive in un territorio esclusivo o alla clientela esclusiva riservati al fornitore o da questi attribuiti ad altro rivenditore, nel caso di un sistema di distribuzione esclusiva. Ciò scritto, anche nel caso di rivendita al di fuori di un territorio assegnato, il fornitore dovrà sempre permettere al distributore di praticare le c.d. vendite passive, ossia consentire al rivenditore di onorare le richieste di acquisto dei beni provenienti da un territorio geografico diverso da quello assegnato, oppure raccolte via internet. L'obbligo di considerare le vendite via Internet come vendite passive è stata definitivamente formalizzata dalle nuove Linee Guida.
- (ii) la restrizione delle vendite a utenti finali imposta dal produttore ad un rivenditore/distributore operante al livello di commercio all'ingrosso.
- (iii) la restrizione delle vendite a distributori non autorizzati da parte di membri di un sistema di distribuzione selettiva. In base alle nuove Linee Guida la possibilità di impedire a un distributore designato di vendere a distributori non autorizzati è limitata esclusivamente a quelli che sono localizzati nei territori in cui viene utilizzato il sistema di distribuzione selettiva del fornitore.

lo specifico fine di portarli fuori dal mercato e, all'esito, di fare luogo a pratiche di scorretto rialzo dei prezzi. L'orientamento maggioritario in dottrina è nel senso dell'illiceità in sé della vendita sottocosto, a prescindere dalle finalità dell'agente, sebbene concordemente si ammetta la prova liberatoria da parte del ribassista, al fine di dimostrare circostanze specifiche e meritevoli di tutela, idonee ad escludere la finalità anticoncorrenziale.

4.23 **Sistema di distribuzione esclusiva e suddivisione geografica dei mercati**

Domanda: Un produttore vuole creare un sistema di distribuzione esclusiva per il quale solo i distributori autorizzati hanno il diritto di vendere (vendite attive) in una determinata area geografica. È lecito?

Risposta: *Sì, è certamente lecito, se la quota di mercato del produttore e del distributore sono inferiori al 30%. Fosse superiore, non sarebbe automaticamente illecito, ma s'imporrebbe una valutazione individuale. In ogni caso, il produttore non può mai ostacolare, nemmeno indirettamente, le vendite c.d. passive (quelle via internet oppure su richieste non sollecitate di clienti extraterritoriali).*

Domanda: Può il produttore, nel caso di altre tipologie di distribuzione, concordare con i rivenditori aree o categorie di clienti particolari per la loro operatività?

Risposta: *No, è illecito concorrere in decisioni che comporterebbero comunque una compartimentazione dei mercati su base geografica o in base alla clientela. La suddivisione geografica può essere realizzata, nel rispetto di precise condizioni, solo in un sistema di distribuzione esclusiva.*

d) Relazioni con i fornitori

4.24 In linea di massima, la posizione del distributore/rivenditore è molto meno esposta alle criticità antitrust di quanto non sia quella del produttore/fornitore, ciò sul presupposto che il potere economico del primo sia molto inferiore a quello del secondo. Tuttavia, vi sono alcuni casi, qual è quello della distribuzione moderna, dove il potere del distributore/rivenditore appare essere analogo, se non talvolta superiore, a quello del fornitore. In questi casi, appare consigliabile anche ai distributori di porre in essere cautele comportamentali che evitino d'incorrere nel divieto antitrust.

Domanda: È lecito per il distributore X subordinare i suoi acquisti alla condizione che il produttore gli assicuri che beneficerà di condizioni economiche migliori rispetto agli altri distributori?

Risposta: *È questa una condotta commerciale che, sebbene aggressiva, non è illecita, a condizione che il distributore medesimo detenga quote di mercato non significative, né goda di una posizione di forza sul produttore, né sia rivolta ad un distributore terzo concorrente particolare.*

Domanda: È lecito per il distributore X condizionare l'acquisto dei prodotti di A alla circostanza che questi non fornisca anche Y e Z?

Risposta: *No, la richiesta è illecita, potendo essere considerata un'intesa illecita con fini escludenti.*

e) **Category Management ("CM") e Joint Business Plan ("JBP")**

4.25 Quanto all'elaborazione ed implementazione dei programmi di CM tra produttore (*Category Manager* o *Captain Category* "CC") e distributore, questi possono apparire alquanto problematici, soprattutto nei mercati concentrati e se svolti in assenza delle dovute cautele e della dovuta consapevolezza delle tematiche antitrust.

I CM o Accordi di Gestione per categoria sono intesi come accordi mediante i quali il distributore affida al fornitore (il cosiddetto "capitano di categoria") la commercializzazione di una categoria di prodotti presso la sua catena distributiva, ivi compresi i prodotti dei concorrenti del capitano stesso.

Le nuove Linee Guida disciplinano tali accordi ritenendoli ricompresi, nel rispetto di precise e stringenti condizioni, nella zona di esenzione qualora le quote di mercato del fornitore e degli acquirenti non superino il 30% nei rispettivi mercati. Non vi è quindi una preclusione aprioristica verso i CM, intesi come utili per permettere al distributore di accedere al *know how* specifico del CC, consentendogli economie di scala, disponendo sempre e tempestivamente sui suoi scaffali della quantità ottimale di prodotti necessari al suo *business*.

Inoltre, poiché i CM si basano spesso sulle abitudini dei consumatori, la realizzazione di questi possono accrescere la soddisfazione dei consumatori, giacché permettono più facilmente e rapidamente di venire incontro alle loro domande ed attese.

Nondimeno, qualora le soglie richiamate del 30% siano superate, sarà necessaria una analisi individuale dell'accordo. Bisognerà evitare che la loro elaborazione, concordata con il distributore, non diventi un mezzo che permetta al CC di conoscere le politiche commerciali, in particolare quelle dei prezzi di *sell-in*, praticate dai suoi concorrenti ai distributori, per poi posizionarsi di conseguenza.

Nell'elaborazione dei rispettivi CM, si dovrà, altresì, evitare uno scambio d'informazioni sensibili a monte tra produttori, verso il CC: questo scambio ben difficilmente sfuggirebbe ai fulmini di un'autorità antitrust.

Occorrerà inoltre valutare se l'accordo possa impedire, limitare o comunque danneggiare la distribuzione di prodotti di fornitori concorrenti ovvero la collusione tra distributori concorrenti, ciò in particolare nel caso di un medesimo fornitore che operi come capitano di categoria per più distributori.

In generale, quanto maggiore è la concorrenza tra marchi e quanto minori sono i costi che i consumatori devono sostenere per passare ad altri prodotti (quindi facilmente sostituibili gli uni agli altri), grazie ai CM, tanto maggiori saranno i vantaggi di efficienza generati dagli accordi in questione.

Domanda: Con la catena distributiva B il produttore A è stato nominato CC dal distributore, il quale mette a disposizione del CC le informazioni riservate in suo possesso circa i prezzi, i margini, le politiche scontistiche dei concorrenti del produttore, affinché il piano che gli verrà proposto massimizzi la sua profittabilità. È autorizzato a farlo? Più in generale: è lecito per il CC ottenere

informazioni riservate da analisti e specialisti del settore sulle politiche commerciali, industriali, di marketing e piani di sviluppo di uno o più concorrenti, in occasione dell'elaborazione di un CM?

Risposta: *In linea di massima. lo scambio d'informazioni riservate sui margini e sui prezzi di sell-in praticati al medesimo distributore da imprenditori tra loro concorrenti è da considerarsi sempre illecito, anche se la fonte dell'informazione non è il concorrente stesso. Ciò non varrà qualora si possa dimostrare che le medesime informazioni sono facilmente accessibili o comunque acquisibili presso società terze di consulenza.*

A maggior ragione, sarà illecito se vi è un'intesa tra i produttori, rappresentati dal CC.

In ogni caso, osserviamo come il CM si possa prestare all'accusa di facilitare una cristallizzazione delle quote di mercato tra concorrenti. Esso va pertanto definito ed implementato con la massima cautela.

Domanda: Una catena distributiva ha programmato un incontro nei propri uffici per discutere un Category Plan con il fornitore A. Comunica che sarà presente all'incontro anche il fornitore B.

Risposta: *Pur non configurandosi un illecito, è sicuramente sconsigliato ai produttori di partecipare alla riunione.*

4.26 I JBP che intervengono tra l'industria e la distribuzione sono di non facile schematizzazione, poiché, ci è dato comprendere, ve ne sono di natura diversissima, sebbene tutti tendano, come obiettivo dichiarato ed effettivo, a migliorare il fatturato tanto del distributore quanto del produttore.

Dovendo qui limitarsi a fornire indicazioni generali, osserviamo come i JBP, per essere leciti, non dovrebbero essere congiunti in via orizzontale (ossia coinvolgere due o più fornitori concorrenti), ma solo e sempre in via verticale, né certamente comportare la possibilità per l'imprenditore di acquisire informazioni sensibili sulle politiche commerciali dei principali concorrenti.

Inoltre, pare opportuno suggerire che la massima cautela sia posta affinché non vi siano imprenditori che possano dimostrare d'essere stati danneggiati dall'elaborazione e successiva implementazione del JBP, imputando a questo delle finalità escludenti.

Infine, è sconsigliabile che imprese in posizione dominante vi partecipino.

5. ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA

Abuso di posizione dominante

- 5.1 Le imprese che godono di una posizione dominante, ossia di una quota di mercato superiore al 50% - seppure già dal 40% sia opportuno integrare nella condotta commerciale dell'impresa le considerazioni che seguono - sono sottoposte ad un particolare regime, volto a prevenire che esse possano abusare nei confronti tanto dei distributori o clienti finali, quanto dei concorrenti¹⁸. In mercati polverizzati, anche una quota di mercato inferiore può presentare criticità. Condotte commerciali lecite per imprese che non godono di una posizione dominante, diventano illecite se poste in essere dall'impresa dominante.
- 5.2 È questo il caso dell'imposizione di prezzi di acquisto, vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, degli sconti fedeltà, della c.d. clausola inglese, delle politiche di "*price matching*" o quelle di prezzi predatori o di vendite abbinate (*tying*), del rifiuto di fornitura e dell'applicazione di condizioni contrattuali dissimili per prestazioni equivalenti.
- 5.3 Gli sconti fedeltà, intesi come sconti praticati al rivenditore a condizione che acquisti solamente o in modo significativo (+80% del proprio fabbisogno) dal produttore dominante sono illeciti. Sono altresì di dubbia liceità gli sconti collegati a raggiungimenti di obiettivi di acquisto/vendita, laddove lo sconto target (con ciò intendendosi lo sconto condizionato al raggiungimento di obiettivi di acquisto, pattuiti individualmente con ogni singolo cliente e basati sui suoi fabbisogni, effettivi o presunti) miri, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che lo giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni diverse per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata. Nello stesso senso, politiche di sconti ancorate a quote di mercato sono di dubbia liceità.
- 5.4 Infine, sono molto opinabili politiche di sconti quantitativi, dove la percentuale di sconto aumenta in modo proporzionale alle vendite, soprattutto se stabiliti su periodi di tempo relativi lunghi (esempio: target annuale). Viceversa, si può verificare la liceità per sconti su base trimestrale, massimo semestrale, giammai annuale.
- 5.5 Per l'impresa in posizione dominante è illecito vendere o praticare politiche commerciali, anche per periodi di tempo limitati, al di sotto dei livelli di costo, potendo incorrere nell'illecito dei c.d. prezzi predatori.
- 5.6 La vendita sottocosto o, comunque, a prezzi non immediatamente remunerativi, è stata ritenuta contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, numero 3, codice civile, se posta in essere da un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o, comunque, indebitamente, abusi di quella sua posizione, avendo come unico interesse quello di eliminare i propri concorrenti per poi rialzare i prezzi, approfittando della situazione di monopolio così creatasi.

¹⁸ Per valutare se un'impresa sia in posizione dominante, oltre alla quota di mercato, saranno rilevanti le ingenti capacità finanziarie, la sua reputazione presso la clientela, l'eventuale presenza di barriere amministrative all'entrata sul mercato, la presenza di una rete distributiva efficiente e capillare, il godimento di particolari *know how*.

Domanda: Nel caso in cui una società di produzione abbia una posizione dominante i seguenti comportamenti possono integrare fattispecie di abuso?

- Praticare sconti fidelizzanti, concessi solo al raggiungimento di determinati obiettivi e selettivi rispetto a taluni clienti;
- Praticare sconti fidelizzanti, concessi solo in seguito all'acquisto di un determinato assortimento, ovvero all'acquisto dell'intera o di gran parte della gamma di prodotti e referenze, tali da non consentire un assortimento differenziato nei diversi punti vendita;
- Al fine di supportare il lancio di un nuovo prodotto, l'azienda di produzione concede un particolare compenso, da liquidarsi alla fine dell'anno, a favore di quei punti vendita che abbiano svolto un'attività promozionale relativamente al prodotto considerato;
- Gli incentivi proposti vengono liquidati a fine anno sul volume degli acquisti complessivi nella misura dell'X% qualora il volume di acquisti realizzato nel corso dell'anno superi di almeno l'Y% di quanto raggiunto nel periodo di riferimento precedente.

Risposta: *È fortemente consigliato che l'impresa in posizione dominante non pratichi sconti fidelizzanti, target, o selettivi.*

Inoltre essa non può praticare politiche commerciali di prestazioni abbinate, a meno che trovino una giustificazione oggettiva (volontà di rappresentare presso il punto vendita l'intera gamma dei prodotti).

Sconti ed incentivi legati all'attività promozionale del rivenditore, seppur con la massima cautela, possono essere implementati anche dall'impresa in posizione dominante.

Infine, sconti o incentivi liquidati a fine anno sul volume degli acquisti complessivi nella misura dell'X% qualora il volume di acquisti realizzato nel corso dell'anno superi di almeno l'Y% di quanto raggiunto nel periodo di riferimento precedente, potrebbero eventualmente risultare abusivi, in quanto avrebbero l'effetto di indurre l'acquirente ad incrementare gli acquisti presso il fornitore, a scapito dei concorrenti di quest'ultimo

Domanda: È lecito per l'impresa in posizione dominante ricorrere alla c.d. clausola inglese, ossia assicurare i suoi rivenditori che qualora avessero proposte economiche più interessanti da parte di concorrenti, essa s'impegna a praticare le medesime condizioni?

Risposta: *La clausola inglese, come altre politiche di price matching, sebbene lecita per altre imprese, non lo è per quella che gode di una posizione dominante.*

Abuso di dipendenza economica

- 5.7 Relativamente all'abuso di dipendenza economica, o abuso relativo per distinguerlo dal precedente qualificato anche come assoluto, osserviamo come questo non sia un aspetto strettamente rilevante per il diritto antitrust, bensì rientri più in generale nel diritto civile. Infatti, l'ordinamento italiano lo prevede laddove disciplina la subfornitura nelle attività produttive¹⁹, sancendo il divieto di abusare da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, un'impresa cliente o fornitrice. Per costante dottrina il divieto di abuso di dipendenza economica ha una portata generale, che si estende ben oltre il circoscritto orizzonte dei contratti e dei rapporti di subfornitura.
- 5.8 Elementi costitutivi dell'abuso di dipendenza economica sono: (i) lo squilibrio di diritti e di obblighi nei rapporti commerciali esistenti tra le due imprese; (ii) l'impossibilità per l'impresa subente l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti; (iii) l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e discriminatorie; (iv) l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

6. LE ISPEZIONI A SORPRESA (C.D. DAWN RAIDS)

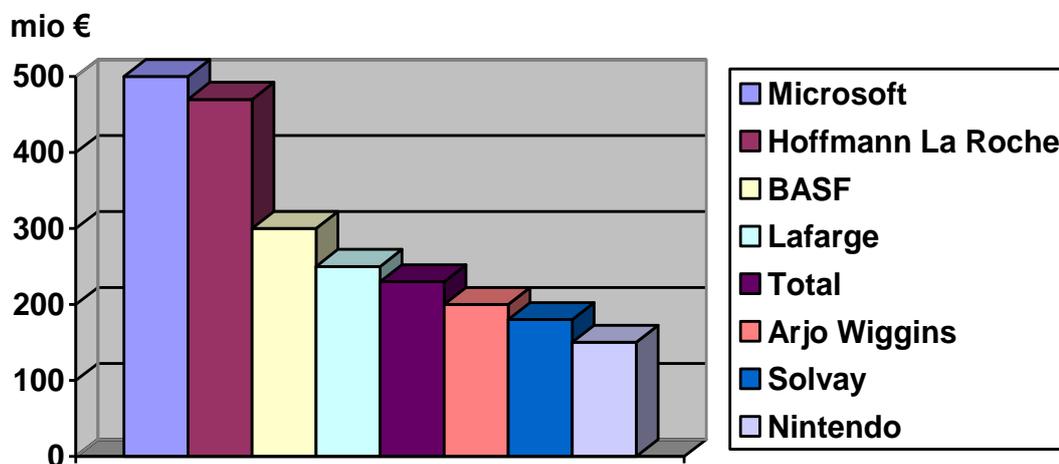
- 6.1 Sempre più frequenti sono i casi in cui le autorità antitrust, allertate su possibili illeciti antitrust - spesso dalle stesse imprese partecipanti al cartello e che hanno formulato una domanda di clemenza (cfr. *infra sub Leniency*) - procedono ad ispezioni a sorpresa presso le aziende. Ispezioni mirate a particolari uffici o individui tradiscono spesso l'esistenza di una denuncia da parte di un concorrente.
- 6.2 Non è infrequente che ai funzionari delle autorità antitrust si accompagnino ufficiali della Guardia di Finanza ("GdF") che godono, nel contesto di queste ispezioni, di poteri coercitivi identici a quelli che sono riconosciuti loro in materia di polizia tributaria. Osserviamo che, sebbene la GdF, a differenza dei funzionari dell'autorità antitrust, possa reperire documentazione anche contro la volontà dell'impresa, la stessa non può procedere a perquisizioni personali, o all'apertura coattiva di lettere, armadi, cassette, borse, né operare su materiale informatico se non a seguito d'apposito provvedimento della competente autorità giudiziaria. Tuttavia, l'esperienza ha mostrato l'opportunità di cooperare con le autorità procedenti e l'assoluta inopportunità di linee difensive inutilmente conflittuali.
- 6.3 I documenti ritenuti utili e pertinenti per l'oggetto dell'indagine sono copiati presso gli uffici dell'azienda, giammai sequestrati, non disponendo l'autorità procedente di un siffatto potere. Possono essere reperiti in qualsiasi stanza, ufficio e luogo, anche sui mezzi (automobili e camion) dell'azienda. Non costituisce per l'impresa giustificato motivo di rifiuto o di omissione l'opposizione di vincoli di riservatezza imposti da regolamenti interni, di esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali, di esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale. In tutti questi casi, il rifiuto può venire sanzionato con apposito e distinto provvedimento.

¹⁹ Art. 9 della legge 18 giugno 1998 n.192.

- 6.4 A differenza di quanto accade per le ispezioni promosse dall'AGCM, nell'ambito di un'ispezione comunitaria anche le abitazioni dei dirigenti dell'azienda possono essere oggetto d'ispezione.
- 6.5 Vi sono poi documenti coperti, ricorrendo determinate condizioni, da privilegio legale, che non possono essere in alcun caso visionati. Per ottenere questo risultato, è opportuno che il documento, consistente necessariamente in una comunicazione tra l'impresa ed un suo legale esterno, sia contenuto in una busta chiusa, che riporti sull'esterno la dicitura "privilegio legale".
- 6.6 Nel caso d'ispezioni a sorpresa è essenziale per l'impresa che: a) il personale sia familiare con quanto sta per accadere, ciò che permetterà di mantenere il controllo della situazione; b) la persona designata a ricevere gli ispettori comprenda prima possibile l'oggetto dell'indagine, attraverso una lettura attenta del provvedimento in forza del quale si procede, che deve essere sempre mostrato all'inizio dell'ispezione; c) si chiami un legale esterno di fiducia e si presti assistenza agli ispettori, accompagnando ogni singolo funzionario negli uffici dell'azienda; d) se interrogati, si richieda di poter rispondere in presenza di un avvocato, se non ancora presente; si risponda sempre in modo preciso e semplice, specularmente alla domanda, che deve essere riportata per esteso nel verbale. Se non si ricordano fatti e circostanze, che spesso risalgono ad alcuni anni addietro, riservarsi di fornire per iscritto le informazioni richieste.
- 6.7 In ogni caso, l'impresa, seppure sia tenuta ad un dovere di cooperazione, altrimenti sanzionabile, può rifiutarsi di rispondere a domande, la cui risposta sarebbe auto-incriminante.

7. SANZIONI E CONSEGUENZE CIVILISTICHE DELL'ILLECITO ANTITRUST

- 7.1 Sanzioni amministrative: le autorità possono imporre sanzioni pecuniarie sino ad 1/10 del fatturato realizzato dall'impresa nell'anno precedente a quello in cui è comminata l'ammenda. In questi ultimi anni (2002-2007), la Commissione ha fortemente incrementato la sua politica sanzionatoria.



- 7.2 Risarcimento danni: già comune oltreoceano, anche in Europa si stanno sviluppando azioni dinanzi alla giustizia civile volte a richiedere il risarcimento dei danni patiti per effetto del cartello. Queste richieste sono avanzate nei confronti delle imprese cui è imputabile un illecito antitrust, non tanto dai clienti finali, quanto da altre imprese, vittime dell'intesa restrittiva. A titolo di esempio, recentemente diversi produttori di pneumatici hanno intentato un'azione per risarcimento danni plurimilionaria contro alcuni produttori di componenti chimiche, sanzionati dalla Commissione per un cartello sui prezzi. Pertanto, cartelli destinati ad altre imprese, che intervengono nella catena produttiva o distributiva, risultano doppiamente pericolose, potendosi, le sanzioni amministrative, accompagnarsi a ingenti domande di ripetizione dell'indebito e/o risarcimento danni.
- 7.3 Nullità delle clausole/dei contratti illeciti: accordi e clausole contrattuali che costituiscono una violazione della normativa antitrust sono nulli; nessuna azione in giustizia potrà essere riconosciuta alla parte che pretende di far valere una clausola illecita.
- 7.4 Reputazione (*bad publicity*): sebbene non ancora sufficientemente avvertito in Italia, il rischio di un grave deterioramento dell'immagine per l'impresa cui si contesta l'illecito antitrust andrà pure tenuto nella dovuta considerazione.
- 7.5 Sanzioni penali: ricordiamo che in alcuni Paesi (in Europa ciò può accadere ormai in diversi Paesi dell'UE, tra cui nel Regno Unito, in Irlanda ed ora anche in Francia)²⁰ le persone fisiche coinvolte nei cartelli sono passibili di misure detentive.
- 7.6 Finanziarie/borsistiche: se la società sanzionata per l'illecito antitrust, in particolare per un cartello, è quotata in borsa, vi possono essere gravi contraccolpi finanziari sul valore dei titoli, nonché regolamentari (USA).
- 7.7 Rivalsa della società multata sul dirigente: per ultimo ma non da ultimo, visti anche i destinatari principali di questo studio, non pare del tutto inutile ricordare come in alcuni casi recenti la "scoperta" del cartello con le relative sanzioni inducono l'impresa a rivalersi sul dirigente.

8. LE OPPORTUNITÀ / IL RISCHIO LENIENCY: QUALI IMPLICAZIONI PER LE IMPRESE

- 8.1 Tanto la normativa comunitaria, quanto quella nazionale, permettono all'autorità antitrust procedente di concedere l'immunità totale dalle sanzioni alle imprese che, seppur partecipanti attive al cartello, lo denuncino di loro iniziativa, oppure, significative riduzioni se, iniziate le indagini, collaborino fattivamente nell'investigazione. In questo secondo caso, che generalmente avviene nelle due settimane successive all'ispezione a sorpresa, si potrà beneficiare di una riduzione, talvolta anche molto importante (50%), dell'ammenda che sarà alla fine comminata²¹.
- 8.2 Questo comporta la necessità per l'impresa indagata, nella consapevolezza di aver commesso illeciti antitrust²², di valutare con i propri legali, i) la rilevanza dei documenti

²⁰ Si veda tabella *in fine*.

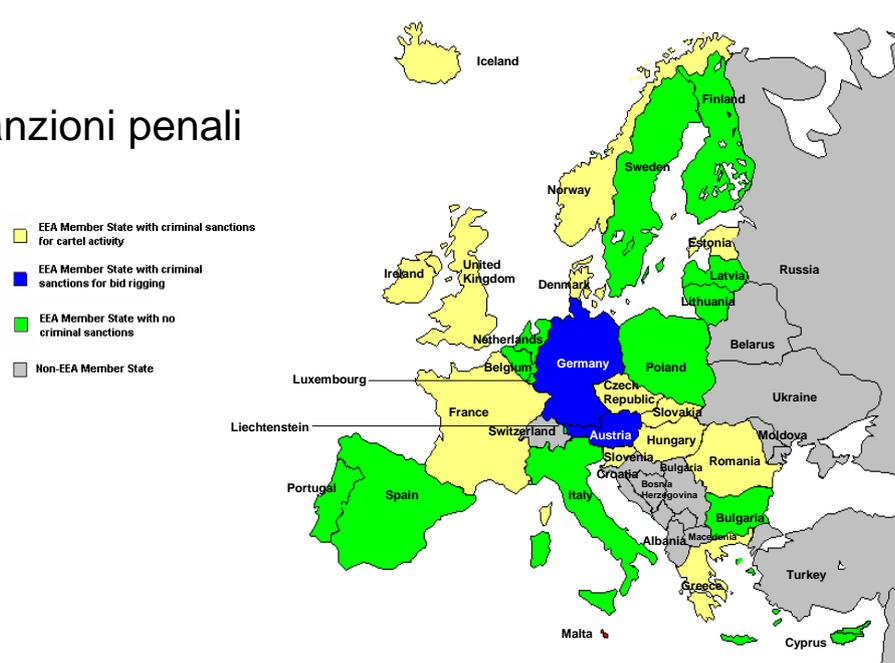
²¹ Mentre in Italia i tempi non sembrano ancora del tutto maturi per questa forma di pentitismo imprenditoriale, a livello comunitario si sono registrati moltissimi casi di denunce (un centinaio nel solo biennio scorso).

²² La personale esperienza mostra che spesso le imprese NON riconoscono da subito le condotte illecite che sono loro addebitate, ciò che rende oggettivamente difficile definire con la necessaria rapidità le scelte difensive più appropriate e convenienti.

sequestrati, ii) l'opportunità di collaborare con l'autorità sottoponendo una formale domanda di clemenza per l'immunità (c.d. *leniency application*) o, comunque, iii) la probabilità che altre imprese lo stiano facendo.

- 8.3 L'esperienza mostra come quest'ultimo aspetto sia, di gran lunga, il più delicato da ponderare per la dirigenza dell'impresa coinvolta nel procedimento.
- 8.4 Osserviamo, qui per completezza, che spesso, in occasione di acquisizioni d'impresе soprattutto da parte di società americane, sono messi in luce aspetti relativi a pratiche anticoncorrenziali e che, di fronte a possibili illeciti, l'impresa acquirente sceglie senza molti scrupoli di denunciare il passato, per tutelare i propri interessi. Accade spesso, infatti, che, in mancanza di una tale denuncia, l'impresa acquirente possa essere ritenuta responsabile, quanto meno in solido con la dante causa, dell'illecito antitrust, sebbene commesso in un'epoca in cui essa non controllava l'impresa.
- 8.5 Tanto la richiesta di clemenza, quanto la collaborazione fattiva mostrata dall'impresa, successiva all'inizio del procedimento d'indagine, espongono comunque le imprese beneficiarie alle azioni civilistiche da parte di quanti sono stati penalizzati dal cartello (impresе e consumatori finali, via la nascita *class action*). Ciò renderà ancor più stringente per l'impresa coinvolta nell'indagine su un preteso cartello valutare con grande tempestività ed attenzione il contesto in fatto, per poter scegliere la miglior linea difensiva.
- 8.6 In mercati caratterizzati da una forte aggressività commerciale e forte conflittualità tra le impresе (quelle produttrici e quelle acquirenti) è sconsigliabile seguire la strada della clemenza per ottenere l'immunità; certamente sconsigliato è intraprendere la strada della collaborazione per ottenere la mera riduzione della sanzione, con ammissioni di colpevolezza che potrebbero costare molto care in sede di contenzioso civile.

Sanzioni penali



Lovells

www.lovells.com