

1 giugno 2017

L'indagine conoscitiva nel settore del commercio elettronico: i nuovi indirizzi della Commissione Europea sull'applicazione della normativa antitrust

A. Introduzione

Il 10 maggio 2017 la Commissione Europea ha pubblicato la Relazione finale sull'indagine settoriale sul commercio elettronico ("Report"), nella quale la Commissione ha evidenziato le **criticità concorrenziali** del settore e ha inteso dettare **nuovi indirizzi applicativi della normativa antitrust nel settore dell'e-commerce**.

La Commissione ha incentrato la propria indagine sulle pratiche, messe in atto dalle imprese sui mercati elettronici, ritenute idonee ad alterare l'interazione competitiva tra i concorrenti e suscettibili, in special modo, di limitare le modalità di distribuzione dei prodotti nell'UE compromettendo la scelta da parte dei consumatori, la qualità dei prodotti, nonché la possibilità di avere un generale abbassamento del livello dei prezzi.

B. Le principali criticità concorrenziali nel commercio elettronico dei beni di consumo

La Commissione nel Report ha evidenziato le seguenti criticità concorrenziali:

- Il rischio di coordinamento tacito dei prezzi

Il commercio elettronico ha aumentato esponenzialmente la trasparenza dei prezzi, ampliando sia la concorrenza sul prezzo per le vendite online/offline, sia la possibilità per le imprese di monitorare le rispettive politiche di prezzo.

Secondo i risultati dell'indagine della Commissione, due terzi dei dettaglianti usano **software automatici per monitorare ed aggiustare i propri prezzi** sulla base dei prezzi praticati dai concorrenti online.

Sebbene solamente le collusioni esplicite, ossia i c.d. cartelli, possano di per sé configurare un illecito antitrust, la Commissione all'interno del Report afferma che a seconda delle condizioni di mercato, in alcuni casi, l'impiego su vasta scala di questi software può suscitare preoccupazioni sotto il profilo della concorrenza, in quanto potrebbero condurre a situazioni di **allineamento tacito dei prezzi**.

Tali situazioni potrebbero assumere rilievo sotto il profilo antitrust, in quanto la Commissione, in passato, ha già valutato l'allineamento tacito delle condotte commerciali come astrattamente idoneo ad alterare il confronto concorrenziale, in particolare quando esso ha riguardato le condizioni di prezzo, specie nell'ambito di mercati oligopolistici.

- La possibile *foreclosure* dei sistemi di distribuzione selettiva

La crescita del commercio elettronico ha portato ad un maggiore ricorso ai sistemi di distribuzione selettiva, consentendo ai produttori un miglior controllo delle reti di distribuzione, soprattutto per quanto riguarda la qualità della distribuzione ed i prezzi applicati.

Per "sistema di distribuzione selettiva" si intende un sistema di distribuzione nel quale il fornitore si impegna a vendere i beni o servizi oggetto del contratto, direttamente o indirettamente, solo a **distributori selezionati** sulla base di criteri specifici e che si impegnano a non vendere tali beni o servizi a rivenditori non autorizzati nel territorio che il fornitore ha riservato a tale sistema.

La Commissione europea nel 2010 ha pubblicato il c.d. "Regolamento di esenzione" (Regolamento UE N. 330/2010) che esenta determinate categorie di accordi verticali e pratiche concordate, tra cui anche i sistemi di distribuzione selettiva, dall'applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE (riguardante le intese anticoncorrenziali), purché ricorrano alcune condizioni, come una quota di mercato relativamente contenuta delle parti interessate e l'assenza di determinate restrizioni considerate particolarmente gravi (c.d. *hardcore restrictions*).

Durante l'indagine settoriale la Commissione ha riscontrato alcune criticità dei sistemi di distribuzione selettiva online esistenti. Ad esempio, oltre la metà dei produttori richiede ai dettaglianti la gestione di un punto vendita non virtuale per almeno una parte dei prodotti, escludendo quindi dalla rete di distribuzione operatori presenti esclusivamente online.

Secondo la Commissione, dette restrizioni potranno essere tollerate soltanto in presenza di motivate ragioni, come ad esempio il collegamento con la qualità della distribuzione e/o altri potenziali incrementi di efficienza.

- Restrizioni riguardanti la vendita e la pubblicità online

Dall'indagine settoriale emerge che le restrizioni verticali più diffuse sono: i) le raccomandazioni/restrizioni tariffarie; ii) le restrizioni delle vendite su *marketplace* online; iii) le restrizioni geografiche relative alle vendite o alla pubblicità online.

Le raccomandazioni/restrizioni tariffarie. Tra le restrizioni riportate dai dettaglianti, le raccomandazioni/restrizioni tariffarie sono di gran lunga le più diffuse (circa il 40%).

La normativa sugli accordi verticali prevede che la **fissazione di un prezzo di rivendita minimo o fisso** costituisce una restrizione *hardcore* e “per oggetto”, pertanto illecita di per sé, a prescindere da qualsiasi verifica degli effetti anticoncorrenziali.

La prassi di raccomandare un prezzo di vendita, invece, può essere considerata lecita, purché la raccomandazione non si traduca in minacce, pressioni o incentivi a fissare il prezzo di rivendita, e ove, inoltre, non vengano superate le soglie di quota di mercato fissate nel Regolamento di esenzione ai fini della sua applicazione.

Dall’indagine settoriale è emerso altresì che i produttori si avvalgono spesso di sistemi di c.d. **doppia tariffazione**, i quali prevedono l’applicazione di tariffe diverse per lo stesso prodotto allo stesso dettagliante o a dettaglianti diversi.

Occorre precisare che ai sensi della normativa sugli accordi verticali, è considerato restrizione *hardcore* l’accordo per cui un medesimo distributore sia tenuto a pagare un prezzo diverso per lo stesso prodotto a seconda che quest’ultimo sia destinato ad essere rivenduto online o offline. Il sistema di doppia tariffazione sarà quindi consentito solo ove l’applicazione di prezzi differenti per lo stesso prodotto avvenga nei confronti di dettaglianti differenti.

Le restrizioni delle vendite su marketplace online. Il Report, in ragione della elevata frammentazione del mercato, considera i **divieti assoluti di vendita tramite marketplace** come restrizioni **non** fondamentali ai sensi del Regolamento di esenzione.

Ciò però non significa che tali divieti siano in principio compatibili con il diritto della concorrenza, dovendosi verificare di volta in volta la quota di mercato delle imprese coinvolte ai fini dell’applicazione del Regolamento di esenzione, nonché la possibilità che elementi peculiari della singola situazione possano condurre, in casi particolari e se la situazione di mercato lo giustifica, alla revoca dell’esenzione.

Le restrizioni geografiche. In base a quanto illustrato nel Report, solo una piccola parte dei dettaglianti (11%) ha dichiarato di sottostare a restrizioni contrattuali per le vendite transfrontaliere (c.d. **geoblocchi**).

Le restrizioni contrattuali relative al territorio in cui un distributore può vendere determinati prodotti sono considerate, salvo eccezioni, restrizioni *hardcore*. A questo riguardo, occorre segnalare che la Commissione ha da tempo annunciato l’intenzione di presentare una proposta legislativa per porre termine alla pratica del geoblocco ingiustificato.

In aggiunta, a parere della Commissione, possono sollevare preoccupazioni le restrizioni che limitano in maniera generalizzata la capacità dei dettaglianti di effettuare vendite a clienti al di fuori del loro Stato membro. Ad esempio, alcuni casi di restrizione segnalati alla Commissione prevedevano la limitazione territoriale delle vendite non limitandosi ai territori attribuiti in esclusiva ad altri distributori o riservati al fornitore (ciò che è invece conforme al diritto della concorrenza).

C. Le principali criticità concorrenziali nel commercio elettronico dei contenuti digitali

▪ Ambito di applicazione, restrizioni territoriali e durata dei diritti concessi in licenza

L'indagine settoriale conferma che uno dei fattori determinanti per la concorrenza nel mercato dei contenuti digitali è l'**accesso ai diritti di licenza** relativi ai contenuti.

I titolari dei diritti tendono a frazionare i diritti collegati alla tecnologia e i diritti d'uso in più componenti e a concederne in licenza una parte o la totalità a diversi fornitori di contenuti in diversi Stati membri.

Secondo la Commissione, l'aggregazione dei suddetti diritti può ostacolare la concorrenza tra gli operatori esistenti e i nuovi e quindi lo sviluppo di servizi innovativi, limitando così la scelta dei consumatori.

I diritti online, inoltre, risultano essere in larga misura concessi in licenza su base nazionale o per il territorio di un numero limitato di Stati membri.

La maggior parte dei fornitori di contenuti digitali (68%) limita l'accesso ai propri servizi di contenuti digitali online da altri Stati membri e il 59% di essi lo fa a causa di restrizioni contrattuali negli accordi conclusi con i titolari dei diritti.

Anche sotto questo aspetto, possono aversi fenomeni di aggregazione dei diritti che limitano la concorrenza tra gli operatori e lo sviluppo di servizi innovativi. Infine, anche la durata degli accordi di licenza può suscitare preoccupazioni dal punto di vista del diritto della concorrenza.

Le clausole contrattuali che prevedono il rinnovo automatico, il diritto di prima negoziazione, il diritto di prelazione, il diritto di eguagliare un'altra offerta o simili, possono facilitare l'estensione di un accordo di licenza esistente e, pertanto, possono rendere più difficile l'entrata nel mercato di nuovi operatori o l'espansione dell'attività commerciali di operatori esistenti.

D. Conclusioni

La Commissione europea a partire dall'adozione della Strategia per il mercato unico digitale nel 2015 ha intensificato in maniera significativa la propria attività di *enforcement* nel settore del commercio elettronico, con l'obiettivo di migliorare l'accesso dei consumatori e delle imprese ai beni e servizi offerti *online*.

Nel febbraio 2017 essa ha avviato tre indagini distinte relative agli alloggi per le vacanze, alla distribuzione di videogiochi per computer e alle pratiche di fissazione dei prezzi dell'elettronica di consumo.

L'*enforcement* da parte della Commissione nel settore dell'e-commerce è quindi in piena attività e, in questo contesto, l'indagine conoscitiva svolta e i risultati raccolti nel Report consentiranno alla Commissione di **applicare in maniera più mirata la normativa antitrust** e di **avviare ulteriori procedimenti contro le imprese** per presunte violazioni del diritto della concorrenza.

Pertanto è primario interesse delle imprese dirette interessate dai temi oggetto dell'indagine della Commissione attivarsi al fine di verificare il proprio livello di *compliance* antitrust, valutando la conformità delle proprie pratiche commerciali con i nuovi indirizzi applicativi delineati dalla Commissione.

*** **

Il Dipartimento di Antitrust di Pavia e Ansaldo è a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento anche in relazione a fattispecie specifiche.

Avv. Filippo Fioretti

Partner

Pavia e Ansaldo Studio Legale

Via Bocca di Leone, 78

I - 00187 Roma

Tel.: +39 06 69516 1

Fax: +39 06 6793236/7

E-mail: filippo.fioretti@pavia-ansaldo.it

www.pavia-ansaldo.it

Il contenuto della presente pubblicazione è a solo scopo informativo. Esso non deve essere inteso come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento. Pavia e Ansaldo non si assume alcuna responsabilità per quanto riguarda l'utilizzo della presente pubblicazione.

Pavia e Ansaldo - Studio Legale © 2017 - Tutti i Diritti Riservati. P.I. 01771720156