

19/2016

Interventi

Il rapporto preliminare della Commissione europea sul commercio elettronico

Presentazione di Ginevra Bruzzone e Sara Capozzi

Workshop Assonime-IDI

9 novembre 2016

Indagine conoscitiva e DSM Strategy

- Nel maggio 2015 la Commissione europea avvia la **DSM Strategy con 3 obiettivi**: migliorare l'accesso dei consumatori a beni e servizi online in tutta l'UE, rimuovendo gli ostacoli alle attività online transfrontaliere; creare condizioni favorevoli all'innovazione; massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale
- Contestualmente, la Commissione avvia un'**indagine conoscitiva settoriale sul commercio elettronico di beni di consumo e contenuti digitali** ex art. 17 del regolamento 1/2003 (antitrust). L'IC è inserita tra le 16 linee di azione della DSM Strategy
- Il focus è sulle possibili restrizioni del commercio elettronico transfrontaliero che derivano dalle **condotte delle imprese**: in particolare accordi di distribuzione per i beni di consumo e accordi di licenza per i contenuti digitali. Ulteriori azioni incentrate su restrizioni derivanti dai comportamenti d'impresa: proposta di regolamento sul geo-blocking; proposta di regolamento sulla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online

Base giuridica e procedura

- La base giuridica è l'art. 17 del regolamento 1/2003: *“Se l'evoluzione degli scambi fra Stati membri, la rigidità dei prezzi o altre circostanze fanno presumere che la concorrenza può essere ristretta o falsata all'interno del mercato comune, la Commissione può procedere a una sua indagine in un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in vari settori”*
- Nell'ambito dell'IC la Commissione può:
 - chiedere alle imprese interessate di fornirle le informazioni necessarie per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del trattato e di comunicarle gli accordi in essere;
 - pubblicare una relazione preliminare sui risultati dell'indagine conoscitiva e invitare le parti interessate a presentare le loro osservazioni

L'Indagine conoscitiva si conclude con la pubblicazione di un rapporto finale

Obiettivo e possibili esiti dell'indagine

- **Obiettivo:** acquisire una migliore comprensione
 - delle tendenze di mercato, delle strategie e delle scelte delle imprese
 - delle motivazioni sottostanti
 - dell'impatto sulla concorrenza
- **Possibili esiti**
 - una riflessione informata sulle modalità di applicazione dell'articolo 101, basata su una migliore comprensione della realtà del settore, anche in funzione di guida all'enforcement a livello nazionale
 - l'avvio di procedimenti nei confronti di specifiche imprese laddove si riscontrino possibili violazioni dell'art. 101(1)
 - eventualmente, una revisione delle Linee guida del 2010 sulle restrizioni verticali, una revisione del Regolamento di esenzione 330/2010 (già prevista per il 2022), proposte legislative (v. proposta di regolamento sul geoblocking)

Le preoccupazioni di partenza ex art. 101

- Creazione da parte delle imprese di ostacoli allo sviluppo del commercio elettronico con impatto negativo su prezzi, quantità, qualità, varietà, innovazione a svantaggio dei consumatori (art. 101.1)
- Ostacoli all'integrazione dei mercati tra Stati membri (art. 101.1)
- (implicitamente) Incertezza e assenza di level playing field risultante dai diversi approcci tra Stati membri all'applicazione dell'art. 101 (§ 19)

Le ragioni dell'IC

- L'e-commerce è cresciuto nell'UE: la % di individui tra 16 e 74 anni che ha compiuto acquisti via internet è aumentata dal 30% del 2007 al 53% del 2015. Avrebbe potuto crescere di più?
- Perché in alcuni Stati membri l'e-commerce è meno utilizzato? (63% delle vendite online è concentrato in UK, D e F)
- Il rilievo dell'e-commerce transfrontaliero resta modesto (solo il 15% dei cittadini nel 2014 effettuava acquisti online in un altro Stato membro): ci sono ostacoli derivanti da clausole contrattuali o pratiche concordate che sarebbe utile rimuovere?
- In risposta allo sviluppo dell'e-commerce le imprese stanno rivedendo le proprie strategie distributive anche attraverso l'impiego di restrizioni verticali: si configurano violazioni del divieto di intese restrittive della concorrenza?
- Per i contenuti digitali nel 2014 il 50% degli utenti incontrava difficoltà nell'accesso cross-border: vi è un problema di accordi o di condotte di impresa restrittive della concorrenza?

Il metodo

- La Commissione ha inviato questionari agli operatori e chiesto loro la trasmissione di copie dei contratti
- Sono state raccolte informazioni da circa 1800 operatori di mercato (produttori/fornitori, rivenditori, market places, siti di comparazione dei prezzi, fornitori di servizi di pagamento, fornitori di contenuti digitali, titolari di diritti sui contenuti).
- Sono stati analizzati circa 8000 contratti di distribuzione e 1000 contratti di licenza
- Anche se nella scelta dei soggetti la Commissione ha cercato di assicurare una rappresentatività (geografica, merceologica ecc.) i risultati non sono significativi dal punto di vista statistico. L'IC offre, in sostanza, una sintesi delle informazioni qualitative pervenute. I numeri sono indicativi delle % tra chi ha risposto, non delle quote sul totale delle imprese operanti nell'UE

Il rapporto preliminare

- Il 15 settembre la Commissione ha pubblicato il **rapporto preliminare** dell'IC. Nel marzo 2015 è stato pubblicato, in anticipo, con risultati parziali e preliminari, l'Issues paper sul geoblocking e il geo-filtering, per fornire una base per la proposta di regolamento sul geoblocking
- Il 6 ottobre la Commissione ha organizzato un workshop per illustrare i risultati preliminari e discuterli con gli stakeholders
- È in corso una **consultazione pubblica** per consentire un *fact-based exchange of views* con tutti gli interessati. A differenza delle recenti consultazioni, il contributo non deve seguire una struttura pre-definita. La consultazione è aperta sino al 18 novembre 2016
- La pubblicazione del **rapporto finale** avverrà nel I trimestre 2017
- In marzo organizziamo a Fiesole un Convegno Assonime/Entrance su “*Competition Policy and e-commerce after the EU sector inquiry: what comes next?*”, a cui parteciperanno Commissione europea e autorità antitrust nazionali

Focus del rapporto preliminare e criteri di analisi

Per i **beni di consumo**, l'attenzione è su:

- accordi di distribuzione esclusiva e selettiva;
- restrizioni alla vendita o alla pubblicità online, incluse
 - ✓ restrizioni delle vendite transfrontaliere
 - ✓ restrizioni delle vendite attraverso marketplaces
 - ✓ restrizioni all'utilizzo degli strumenti di comparazione dei prezzi
- restrizioni alla libertà di fissazione dei prezzi di rivendita; *parity clauses*

Per i **contenuti digitali**, l'attenzione è su:

- restrizioni territoriali e geoblocking
- contratti di esclusiva visti come possibili barriere all'entrata

Il **framework dell'analisi** segue a grandi linee l'impostazione delle linee guida sulle restrizioni verticali

Beni di consumo

Una lettura guidata per rispondere
alla consultazione

Modelli di business e caratteristiche della concorrenza nell'e-commerce di beni (1)

- La Commissione illustra brevemente i **modelli di business** dei produttori, dei rivenditori, dei marketplaces e dei siti di comparazione dei prezzi e dei fornitori di servizi di pagamento che sono stati coinvolti nell'indagine, per poi soffermarsi sulle modalità con cui si esplica la concorrenza nel settore
- **Non viene riscontrato un elevato grado di concentrazione né a livello di fornitori, né a livello di distributori** => *in linea di principio le quote di mercato sono coperte dal BER*
- **I parametri da cui dipende la profittabilità sono diversi tra fornitori e distributori.** Per i primi conta soprattutto qualità del prodotto, immagine del brand, novità del prodotto. Per i secondi conta soprattutto il prezzo, ma rilevano anche qualità, gamma di marchi disponibili e disponibilità degli ultimi modelli (con differenze a seconda dei canali di vendita utilizzati) => *valenza descrittiva; emerge che gli incentivi possono essere disallineati*

Modelli di business e caratteristiche della concorrenza nell'e-commerce di beni (2)

- **Trasparenza dei prezzi online:** dal lato della domanda aumenta la scelta e riduce i costi di ricerca per i consumatori; dal lato dell'offerta aumenta la concorrenza di prezzo nelle vendite sia online che offline. Il 53% dei rivenditori monitora i prezzi online dei concorrenti, perlopiù aggiustando di conseguenza i propri prezzi. Il dynamic pricing personalizzato sul comportamento del singolo consumatore non appare diffuso. La trasparenza facilita al contempo la scoperta di scostamenti dai prezzi raccomandati o rispetto a eventuali equilibri collusivi tra rivenditori
- La maggioranza dei dettaglianti non applica **prezzi differenziati** e non ha diversi margini di profitto **tra canale offline e online**. Laddove praticano prezzi differenziati, giustificano in termini di costi o di diverse condizioni di concorrenza. Perlopiù non vi sono diversi prezzi all'ingrosso in relazione al canale di rivendita. **L'assortimento** perlopiù è analogo

L'impatto sulle strategie distributive

- Un crescente numero di **retailers** vende sia offline che online; in alcuni casi un canale è ancillare all'altro, in altri viene sviluppata una effettiva **strategia di distribuzione multicanale**
- Tra i **fornitori** intervistati, negli ultimi 10 anni il 64% ha aperto propri siti web. Più in generale sono aumentate le vendite effettuate direttamente dai fornitori ai clienti, sia online (attraverso propri siti o marketplaces) che offline (**integrazione verticale**). La maggior parte dei produttori verticalmente integrati continua a vendere anche attraverso terzi indipendenti. Per i prodotti di lusso i fornitori evidenziano la necessità di mantenere il canale *brick and mortar*; il 35% degli intervistati non vende attraverso distributori online puri => *la Commissione osserva che l'integrazione verticale, pur riducendo la concorrenza intrabrand, può generare efficienze (allineamento degli incentivi ecc.). Nell'approccio alle intese verticali dovrebbe tenere conto del fatto che una eccessiva rigidità può portare alla disintermediazione, a scapito dei distributori indipendenti*

Gli accordi di distribuzione esclusiva

- Le esclusive territoriali sono utilizzate da molti fornitori, ma per un sottoinsieme delle relazioni contrattuali. Spesso riguardano i distributori all'ingrosso che sono incaricati della gestione di un sistema di distribuzione selettiva. La Commissione evidenzia che a volte l'esclusiva non è accompagnata dalla protezione dalle vendite attive (§ 189).
- Le giustificazioni delle esclusive sono quelle tipiche (assicurare gli incentivi dei distributori, evitare il free-riding). I criteri di valutazione restano quelli classici

Gli accordi di distribuzione selettiva (1)

- Il ricorso alla distribuzione selettiva è aumentato sia per numero che per varietà di prodotti. Sono stati introdotti *internet addenda* nei contratti esistenti, per indicare specifici criteri per le vendite online.
- Vi è un'ampia differenziazione nell'utilizzo della distribuzione selettiva tra Stati membri (figura B.29, D, F, UK, Italia)
- Le giustificazioni tipiche sono la tutela dell'immagine del marchio, della qualità dei servizi pre e post vendita, della shopping experience, contrastare free riding e contraffazione. Spesso la distribuzione selettiva è applicata solo alle linee premium
- Il rapporto riporta alcuni esempi di criteri qualitativi utilizzati, sia per l'offline che per l'online (§ 216).
- Il rapporto evidenzia che sulla base di questi criteri, alcuni dettaglianti sono esclusi o non vengono ammessi; spesso vengono esclusi i rivenditori online puri (§ 220-222)

Gli accordi di distribuzione selettiva (2)

- Per l'applicazione dell'art. 101 l'approccio del Rapporto (§ 223-232) sembra seguire le LG ma in realtà crea ambiguità:
 - a. ricorda che se i requisiti qualitativi sono giustificati, non discriminatori e proporzionati non c'è violazione dell'art. 101(1) (*Metro*) ma non chiarisce che l'assenza di queste condizioni non comporta di per sé una violazione dell'art. 101(1): occorre verificare l'impatto sulle variabili concorrenziali
 - b. ricorda che l'esenzione del BER si applica, al di sotto delle quote soglia, indipendentemente dalla natura del prodotto e dai criteri di selezione (in assenza delle restrizioni hardcore di cui all'art. 4) ma insiste sulla necessità che i criteri di selezione siano necessari e proporzionati e prospetta che, su questa base, possa essere revocato in singoli casi il beneficio dell'esenzione per categoria se vi sono significative restrizioni della **concorrenza intrabrand** (v. par. 176 delle LG)

Gli accordi di distribuzione selettiva (3)

- La Commissione si riserva in particolare di sottoporre a una valutazione più approfondita le clausole che richiedono un punto di vendita fisico e le ipotesi di esclusione dei discount retailers, per verificare la necessità e proporzionalità e eventualmente togliere l'esenzione
- La Commissione manifesta inoltre preoccupazione per la scarsa trasparenza dei criteri di selezione utilizzati (*attenzione!*)

⇒ *Per la distribuzione selettiva bisogna evitare nuove presunzioni di restrittività nella prospettiva intrabrand, a prescindere dall'analisi dell'impatto dell'intesa sul mercato (criteri di applicazione dell'art. 101(1)). La revoca dell'esenzione per categoria (da parte della Commissione o delle NCA!) dovrebbe essere limitata ai casi in cui vi è un chiaro impatto anticoncorrenziale sul mercato (non solo restrizione della concorrenza intrabrand, ma anche presenza di una scarsa concorrenza interbrand oppure effetti cumulativi)*

Gli accordi di distribuzione selettiva (4)

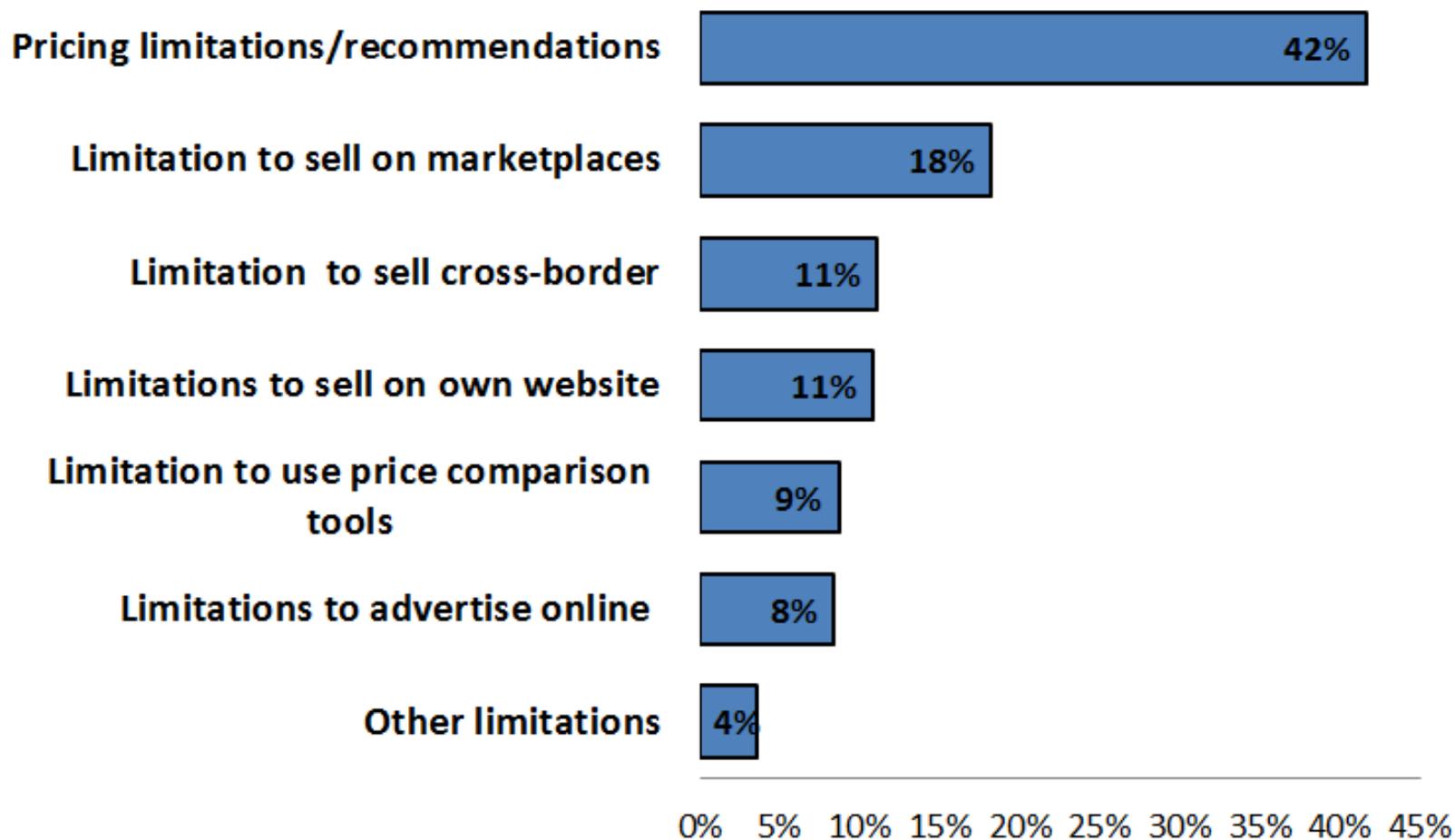
⇒ *Se si passa a un approccio in cui la restrizione della concorrenza (solo intrabrand) è presunta, e si incentra l'analisi sulla valutazione della necessità e proporzionalità dei criteri di selezione, si crea una grande incertezza sulla legittimità dei sistemi di distribuzione selettiva (quando un criterio è giustificato dalla natura del prodotto, quando non lo è? v. Pierre Fabre)*

Per l'economia UE è fondamentale evitare una tendenziale contrarietà del diritto della concorrenza alla distribuzione selettiva! Tra l'altro, la distribuzione selettiva può rafforzare la concorrenza interbrand

Motivazioni delle restrizioni alle vendite e alla pubblicità online

- Il Rapporto raccoglie informazioni sulle principali giustificazioni delle restrizioni contrattuali secondo gli operatori.
- I produttori fanno riferimento in particolare alla tutela dell'immagine del marchio e della reputazione di qualità, all'esigenza di assicurare adeguati servizi ai clienti e di risolvere problemi di hold-up nel caso in cui ai rivenditori siano richiesti investimenti specifici
- Un'altra ragione è la prevenzione del free riding tra offline e online, in entrambe le direzioni (anche se i costi dell'offline in genere sono maggiori)
- Per la pubblicità, le strategie di produttori e rivenditori differiscono, può esserci interesse a incentivare i distributori a promuovere i prodotti del brand

La diffusione dei vari tipi di restrizione



Restrizioni territoriali delle vendite online (1)

- La maggioranza dei **fornitori** intervistati commercializza i prodotti in tutti gli Stati membri, utilizzando vari modelli distributivi
- Il 36% dei **rivenditori** non effettua vendite online transfrontaliere; il 38% raccoglie informazioni sui clienti a fini di geoblocking o geofiltering. Perlopiù si tratta di decisioni **unilaterali**, connesse a ragioni di **costo** (il regolamento sul geoblocking pone un limite per gli acquisti che non comportano la consegna nello Stato membro dell'acquirente). Il 12% dei rivenditori intervistati indica la presenza di **restrizioni nei contratti** (a volte non scritte)

Restrizioni territoriali delle vendite online (2)

- Le vendite online transfrontaliere possono essere effettuate attraverso i propri siti o i *marketplaces*; i *price comparison tools* possono aiutare a raggiungere nuovi mercati
- Le ragioni dell'**applicazione di diversi prezzi** nei vari Stati membri (Fig. B50) sono i regimi fiscali, i costi, la domanda, le condizioni di concorrenza nei diversi mercati. È riconosciuto che la discriminazione di prezzo può essere *welfare enhancing* (§ 355)

Restrizioni territoriali delle vendite online (3)

- Nel caso di restrizioni alle vendite online transfrontaliere derivanti da accordi di distribuzione si applicano le regole del BER sulle restrizioni hardcore, che vanno tradotte nel contesto delle vendite online (v. Pierre Fabre e Linee guida). La Commissione pone quindi l'attenzione su **limitazioni dirette alle vendite transfrontaliere, limitazioni delle vendite passive, limitazioni delle vendite attive anche al di fuori di sistemi che prevedono la distribuzione esclusiva**, sulla combinazione di sistemi di distribuzione esclusiva e selettiva (§ 406)
- => *resta aperto il tema di come assicurare che l'applicazione dell'art. 101 non vada a impedire le differenziazioni di prezzo welfare enhancing*

Restrizioni alle vendite online tramite marketplaces

- Il 18% dei rivenditori indica la presenza nei contratti di clausole che limitano la possibilità di vendite online attraverso i marketplaces, con requisiti qualitativi o anche in assoluto.
- Il rilievo dei marketplaces come canale per le vendite online varia significativamente a seconda delle dimensioni delle imprese e dei mercati geografici e del prodotto interessati
- La questione se il divieto assoluto di ricorso ai marketplaces sia una restrizione delle vendite passive (hardcore) è all'esame della Corte di giustizia in *Coty Germany* (cfr. i casi *Asics* e *Adidas*)
- Secondo il rapporto preliminare non è dimostrato che i divieti relativi ai marketplaces equivalgano a divieti di fatto di vendere online => quindi non sono restrizioni delle vendite passive (hardcore), vanno valutati caso per caso

Restrizioni all'uso dei *price comparison tools*

- Il 36% dei rivenditori si avvale di *price comparison tools* per promuovere la propria attività. L'utilizzo varia nei diversi Stati (67% in Francia, 26% in Italia). Il 9% dei rivenditori indica la presenza di limitazioni all'utilizzo di questi strumenti derivanti da accordi con i fornitori. A volte si tratta di divieti assoluti, altre volte di requisiti qualitativi.
- Per i produttori la principale preoccupazione è l'enfasi posta sulla dimensione prezzo rispetto alle altre dimensioni
- La Commissione non considera le restrizioni all'uso dei *price comparison tools* equiparabili a restrizioni delle vendite online (non si tratta di canali di vendita). Non sono restrizioni hardcore, si applica il BER. Al tempo stesso la Commissione riconosce che questi strumenti possono svolgere un ruolo positivo per la concorrenza. Applicherà quindi l'art. 101 caso per caso, valutando l'impatto sul mercato e se le restrizioni siano giustificate

Restrizioni relative ai prezzi di rivendita

- Il 38% dei rivenditori intervistati riceve dai fornitori raccomandazione relative ai prezzi di rivendita. Circa il 30% dei fornitori monitora sistematicamente i prezzi di rivendita. E' ricordato che mentre la fissazione dei prezzi di rivendita e i prezzi minimi sono hardcore, i prezzi raccomandati e l'indicazione di prezzi massimi sono coperti dal BER. Anche un prezzo raccomandato può però divenire hardcore se, in ragione di pressioni o incentivi, si traduce di fatto in un prezzo minimo o fisso
- La peculiarità dell'e-commerce è che la maggiore trasparenza dei prezzi facilita il monitoraggio delle deviazioni dai prezzi raccomandati e/o eventuali forme di collusione tra i rivenditori. In tale contesto la Commissione si riserva di valutare interventi in applicazione dell'art. 101 caso per caso
- => *nella prossima revisione del BER si riproporrà il tema del trattamento della RPM come restrizione per oggetto/hardcore o da valutare caso per caso*

Parity clauses tra distributori e market places/price comparison tools

- Il rapporto preliminare considera anche gli accordi tra distributori e piattaforme che prevedono **clausole di parità** (*most favoured nation clauses*) per cui il rivenditore si impegna a offrire il prodotto sulla piattaforma interessata alle migliori condizioni (di prezzo, non di prezzo) offerte sul proprio sito, su altre piattaforme o più in generale su tutti i canali di vendita
- Rispetto a queste clausole, vi sono approcci diversi da parte delle autorità dei diversi Stati membri (v. i casi delle prenotazioni alberghiere)
- Il rapporto riconosce che vi sono possibili giustificazioni per le parity clauses (mantenere la fiducia del consumatori, compensare gli investimenti, evitare il free riding), anche se osserva che ne possono derivare restrizioni della concorrenza intrabrand. La Commissione indica quindi l'opportunità di una valutazione caso per caso

Restrizioni all'utilizzo dei marchi a fini pubblicitari

- Il rapporto si sofferma anche sulle ipotesi in cui i fornitori limitano la possibilità dei rivenditori di utilizzare i marchi dei fornitori per ottenere una posizione preminente sui motori di ricerca
- La Commissione vede queste prassi come volte a limitare la capacità dei rivenditori di attirare clienti online verso i propri siti e ipotizza la possibilità di interventi ex art. 101
- *Va osservato che queste prassi riguardano le modalità delle attività promozionali, non possono essere equiparate a una limitazione della possibilità per i distributori di vendere online*

Contenuti digitali

Una lettura guidata per rispondere
alla consultazione

Perché l'IC copre anche i contenuti digitali

- Negli anni recenti il tema dell'applicazione dell'art. 101 nel settore dei contenuti digitali ha assunto un certo rilievo nella prassi della Commissione (procedimento pay-tv) e nella giurisprudenza della Corte di giustizia (*Premier League*). Nell'indagine conoscitiva la Commissione si propone di comprendere meglio le caratteristiche e le ragioni dei contratti di licenza in questo settore che presenta indubbi profili di complessità, ai fini di una migliore applicazione delle regole antitrust. Considera sport, film, serie e programmi televisivi, TV per bambini, news, altri contenuti televisivi, musica
- Il rapporto constata che i contratti di licenza prevedono spesso esclusive e generalmente circoscrivono la portata dei diritti licenziati sotto il profilo geografico, temporale e con riguardo alle tecnologie utilizzate per la trasmissione e ricezione del contenuto
- La Commissione si sofferma in particolare sulle restrizioni territoriali e le misure di geoblocking e su altre caratteristiche dei contratti (esclusiva sui contenuti, bundling di diritti, durata, struttura dei pagamenti) che possono costituire barriere all'entrata

Restrizioni territoriali e geoblocking

- Circa l'80% dei diritti per la trasmissione online di contenuti digitali è concesso in licenza su base nazionale per un solo Stato membro o per un territorio che copre da 2 a 4 Stati membri. Tra le ragioni per cui i fornitori limitano l'accesso ai servizi su base territoriale vi sono i costi connessi all'acquisizione delle licenze per altri territori e l'assenza di disponibilità delle licenze. Il geoblocking, come già evidenziato nel marzo 2016, è una pratica diffusa (70% dei fornitori di contenuti digitali intervistati), anche se con differenze tra Stati membri, modelli di business, tipo di operatori e categoria di contenuti, che evidenziano come il rapporto costi/benefici del geoblocking possa variare in relazione alle circostanze
- *Le restrizioni territoriali in questo settore possono essere giustificate dall'esigenza di assicurare la sostenibilità dei modelli di business. Non a caso, la proposta di regolamento sul geoblocking per ora non copre i contenuti protetti da copyright. L'applicazione dell'art. 101 non può prescindere da queste considerazioni. Un approccio rigido può restringere le quantità complessive a danno dei consumatori*

Contratti di licenza e barriere all'entrata

- La Commissione si sofferma su alcune caratteristiche diffuse dei contratti di licenza che in linea di principio possono costituire barriere all'entrata per nuovi operatori:
 - a. le clausole di esclusiva
 - b. il bundling di diritti
 - c. la durata dei contratti
 - d. certi tipi di struttura di pagamento che prevedono costi elevati iniziali
- Si riserva quindi di intervenire in applicazione dell'articolo 101 se dai contratti deriva una significativa restrizione della concorrenza sul mercato
- *non basta a questo fine soffermarsi sulle clausole, occorre valutare il potere di mercato dei soggetti e le caratteristiche dei mercati coinvolti e comprendere bene le possibili giustificazioni economiche delle restrizioni (sia per l'applicazione del paragrafo 1 che per l'applicazione del paragrafo 3 dell'art. 101)*