BonelliErede
with LOMBARDI

Practice* Concorrenza/*Antitrust
13 Aprile 2020

Il diritto *antitrust* ai tempi del Covid-19

Introduzione

L'emergenza legata alla diffusione del Coronavirus sta avendo e avrà delle rilevanti ripercussioni anche nell'*enforcement* del diritto *antitrust*. Da un lato, infatti, si susseguono interventi legislativi e comunicazioni delle diverse autorità di concorrenza che incidono sui tempi e sullo svolgimento delle procedure istruttorie; dall'altro, le varie autorità stanno dando le prime indicazioni su come intendono attuare (e adattare) le regole *antitrust* alle eccezionali circostanze causate dalla pandemia.

In tale prospettiva, il presente documento si propone di fornire una panoramica degli interventi adottati a livello nazionale ed europeo di carattere più prettamente procedurale (par. 1) e di individuare, sulla base delle iniziative già intraprese e delle dichiarazioni rilasciate, le priorità di azione delle autorità di concorrenza in tale contesto emergenziale e le possibili ripercussioni che la crisi avrà sull'*enforcement antitrust* anche nel prossimo futuro (par. 2).

1. Conseguenze del Covid-19 sui tempi e sulle procedure di *enforcement* del diritto *antitrust*

La diffusione del Covid-19 ha imposto la necessità, sia per le pubbliche amministrazioni sia per i soggetti privati, di riorganizzare la propria attività lavorativa dando vita a quello che probabilmente è il più grande esperimento di *smart working* mai intrapreso a livello mondiale. Ciò ha necessariamente avuto dei riflessi sui tempi e sulle procedure di *enforcement antitrust* che sono stati oggetto di numerosi interventi a livello nazionale ed europeo.

1.1. Le procedure avanti l'AGCM

L'art. 103 del decreto legislativo n. 18/2020 ("**Decreto Cura Italia**") e il successivo art. 37 del decreto legislativo n. 23/2020 ("**Decreto Liquidità**") hanno agito sui tempi dei procedimenti avanti l'AGCM (sia

Autori

Francesco Anglani
francesco.anglani@belex.com
tel. +39 06 845511

Marta Contu
marta.contu@belex.com
tel. +39 06 845511

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

in materia *antitrust* che di tutela del consumatore), determinandone un potenziale rallentamento.

In particolare, nel periodo compreso tra il 23 febbraio e il 15 maggio,[1] è sospesa la decorrenza dei **termini iniziali** (perciò tutte le comunicazioni, notifiche o denunce inviate all'Autorità in tale periodo si riterranno pervenute il 16 maggio), dei **termini endo-procedimentali** (quali i termini di presentazione degli impegni, di risposta alle richieste di informazioni, per formulare istanza di riservatezza *etc.*), nonché dei **termini di conclusione** dei procedimenti.

Per converso, come chiarito dall'AGCM con proprie comunicazioni interpretative,[2] la sospensione **non** si applica ai termini dei **procedimenti cautelari**, per l'attuazione della **diffida** a interrompere l'attuazione di condotte illecite e di **ottemperanza** alle misure imposte in sede di autorizzazione condizionata di un'operazione di concentrazione.[3] Il rispetto di tali termini, infatti, è considerato dall'AGCM essenziale per impedire il perpetrarsi di una condotta illecita e preservare la concorrenzialità del mercato.

> Tenendo conto della crisi di liquidità che investe il mondo produttivo, l'AGCM ha preso posizione a favore delle imprese **sospendendo o rinviando i termini di pagamento delle sanzioni**. In particolare:
>
> - per le sanzioni in materia *antitrust,* i termini di pagamento in scadenza tra il 23 febbraio e il 15 maggio sono prorogati al 1° ottobre 2020;
> - i termini di pagamento delle sanzioni in materia di tutela del consumatore sono sospesi tra il 23 febbraio e il 15 maggio;
> - in caso di pagamento rateale delle sanzioni, sono sospesi i termini di pagamento delle rate in scadenza nel medesimo periodo;
> - per le sanzioni i cui termini di pagamento sono scaduti prima del 23 febbraio, invece, non si tiene conto del periodo di sospensione ai fini del computo degli interessi e delle maggiorazioni.

---

[1] Il Decreto Cura Italia aveva inizialmente previsto che la sospensione operasse tra il 23 febbraio e il 15 aprile e tale termine è stato esteso al 15 maggio dal Decreto Liquidità.

[2] In particolare, l'AGCM ha pubblicato una prima comunicazione interpretativa dell'art. 103 del Decreto Cura Italia e, successivamente, una comunicazione interpretativa del Decreto Liquidità (accessibile qui).

[3] In tale ultima nozione, in via cautelativa, vanno ritenuti inclusi, e quindi per essi la sospensione non opera, anche i termini per la relazione di ottemperanza.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

1.2. Le misure adottate dalle Istituzioni europee: Commissione europea, Corte di Giustizia e Tribunale

Anche le Istituzioni europee hanno adottato diverse misure che potrebbero determinare un potenziale rallentamento delle attività di *enforcement antitrust*.

La **Commissione europea** ha diffuso due comunicati stampa[4] in cui consiglia di rimandare le **notifiche di operazioni di concentrazione** fino a nuova comunicazione.[5] Ciò in quanto gli uffici istruttori nel corso delle prossime settimane non potranno svolgere regolarmente le proprie attività atteso che, da un lato, è particolarmente complicato ottenere dagli operatori di mercato le informazioni necessarie a compiere le consuete valutazioni e, dall'altro, operando in *smart working,* avranno limitato accesso alle banche dati e alle altre risorse della Commissione. Per le medesime ragioni è dunque prevedibile che possano esservi rallentamenti anche per le operazioni di concentrazione già notificate, specie per quelle più complesse.[6]

Con riferimento ai procedimenti in materia di **intese**, la Commissione non ha adottato alcuna comunicazione formale di modifica delle proprie procedure. Ciononostante, è legittimo attendersi che le procedure istruttorie già in corso possano subire un rallentamento e che la Commissione avvii un minor numero di nuovi procedimenti, anche in ragione del fatto che la possibilità di effettuare **ispezioni sul posto** in questo periodo è inevitabilmente limitata.

Per quanto concerne **l'attività giurisdizionale**, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha pubblicato un comunicato stampa in cui conferma che la propria attività prosegue, dando priorità alle cause che presentano ragioni di particolare urgenza.[7]

Nonostante l'emergenza sanitaria, i **termini di ricorso e d'impugnazione** continuano a decorrere e le parti sono tenute a rispettarli. I termini endo-processuali sono prorogati di un mese a decorrere dal 19 marzo solo per i giudizi avanti la Corte di Giustizia, mentre continuano a decorrere normalmente per i giudizi avanti il Tribunale. Infine, le **udienze di discussione** fissate dalla Corte sino al 30 aprile 2020 e dal Tribunale sino al 15 maggio 2020, sono rinviate a ulteriore data.

---

[4] Accessibili ai seguenti link: qui (comunicato del 13 marzo) e qui (comunicato del 7 aprile).
[5] È consigliato depositare tutta la documentazione per le procedure *merger* in formato digitale.
[6] Si pensi, ad esempio, a *EssilorLuxottica/GrandVision* e *Johnson&Johnson/TachoSil*.
[7] Si vedano, al riguardo, i comunicati stampa della Corte di Giustizia e del Tribunale.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

Come noto, significative novità sono intervenute anche sul fronte degli **aiuti di Stato** che sono già state oggetto di un approfondimento dedicato accessibile qui.

2. Il ruolo delle autorità di concorrenza ai tempi del Covid-19

In tutto il mondo, le autorità garanti della concorrenza stanno avviando le prime iniziative connesse alla situazione emergenziale e rilasciando dichiarazioni su come intendono adattare l'applicazione delle regole *antitrust* alle eccezionali circostanze causate dalla epidemia di Covid-19.

2.1. I provvedimenti adottati dall'AGCM nel corso dell'epidemia

> Sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria in Italia, l'AGCM ha individuato tra le proprie priorità di azione la repressione di pratiche commerciali scorrette connesse alla commercializzazione di prodotti sanitari e ne ha inibito la prosecuzione facendo ampio ricorso a **misure cautelari**.

L'AGCM, in particolare, si è attivata per tutelare la **trasparenza** del commercio di medicinali e di prodotti igienico-sanitari, richiedendo spiegazioni,[8] avviando istruttorie[9] e adottando misure cautelari in relazione:

- all'utilizzo ingannevole di *claim* relativi all'asserita efficacia dei suddetti prodotti in termini di diagnosi,[10] di protezione e/o di contrasto del Covid-19;[11]

---

[8] Si veda il procedimento AGCM PS11705.

[9] L'AGCM ha avviato due istruttorie per pratiche commerciali scorrette (*claim* ingannevoli ed eccessivi aumenti dei prezzi) nei confronti rispettivamente di Amazon e di Ebay (procedimenti PS11716 e PS11717).

[10] Con provvedimento cautelare adottato il 22 marzo 2020 (procedimento PS11727), l'Autorità ha disposto l'oscuramento di un sito internet che commercializzava un prodotto per l'autodiagnosi domestica dell'eventuale contagio da Covid-19. Analogamente, il 31 marzo scorso, l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio ed un sub-procedimento cautelare nei confronti di altra nota piattaforma di *e-commerce*, la quale commercializzava dei "*test kit*" per la diagnosi del Covid-19 a domicilio (procedimento PS11734).

[11] Si vedano i provvedimenti cautelari adottati dall'AGCM il 22 e il 27 marzo 2020 (procedimenti PS11722 e PS11732), con cui l'Autorità ha ordinato a due professionisti di eliminare i *claim* di efficacia protettiva e di contrasto al Covid-19 dai propri negozi *online* (e, nel primo caso, anche dal canale Instagram utilizzato a fini pubblicitari per prodotti per la cura della persona). Analogamente, l'8 aprile 2020, l'AGCM ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di Tiger Group S.r.l. (procedimento PS11736), disponendo al contempo in via cautelare la sospensione della promozione e vendita dei dispositivi individuali di protezione (in particolare mascherine FFP2) che risultino difformi da quelli pubblicizzati, in termini di caratteristiche qualitative e tecniche,

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

- all'ingiustificato e consistente aumento dei prezzi dei medesimi prodotti registrato in corrispondenza dell'inizio dell'emergenza sanitaria.[12]

Sotto un diverso profilo, l'AGCM si è mostrata attenta alle modalità con cui le piattaforme *online* consentono di erogare donazioni nei confronti degli ospedali e dei reparti più colpiti dall'emergenza sanitaria in corso.[13]

2.2. Gli orientamenti di altre autorità di concorrenza

> In Europa, l'emergenza sanitaria sta spingendo le autorità *antitrust*
>
> (i) da un lato, a **favorire forme di collaborazione tra imprese concorrenti** in quanto funzionali a far fronte alla situazione emergenziale, e
>
> (ii) dall'altro, a **rafforzare la repressione** di violazioni ritenute particolarmente insidiose nell'attuale momento di crisi, quale l'ingiustificato e improvviso aumento dei prezzi di alcuni prodotti sanitari.

Sotto il primo profilo, le autorità inglese[14], olandese[15] e finlandese[16] hanno espressamente riconosciuto l'utilità di accordi tra operatori della Grande Distribuzione Organizzata funzionali a garantire un'adeguata fornitura e un'equa distribuzione dei prodotti a tutti i consumatori. Altre importanti forme di cooperazione sono in essere tra aziende farmaceutiche rivali per trovare un vaccino contro il Covid-19 o per la produzione di dispositivi medici.[17]

---

certificazioni/validazioni e provenienza, e che non siano disponibili per la consegna entro i tempi indicati.

[12] Si veda il provvedimento cautelare adottato dall'AGCM il 17 marzo 2020 (procedimento PS11723), con cui l'Autorità ha sospeso la vendita *online* di un comune farmaco antivirale, reclamizzato ingannevolmente come "*l'unico farmaco contro il Coronavirus (COVID-19)*" e commercializzato al prezzo di € 634,44. Contestualmente, l'Autorità ha inoltre disposto l'oscuramento del sito internet utilizzato per tali attività di vendita. Il successivo 27 marzo 2020, nell'ambito dei procedimenti PS11733 e PS11735, l'AGCM ha disposto analoghe misure cautelari nei confronti di due professionisti che commercializzavano *online* (peraltro illegalmente) il medesimo farmaco antivirale, utilizzando *claim* altrettanto ingannevoli.

[13] Con provvedimento cautelare adottato dall'AGCM il 22 marzo 2020 (procedimento PS11726), l'Autorità ha disposto che una nota piattaforma *online* disattivasse la pre-impostazione di una commissione facoltativa in suo favore per tutte le donazioni erogate.

[14] Si veda, al riguardo, il comunicato stampa della CMA.

[15] Si veda, al riguardo, il comunicato stampa dell'autorità olandese.

[16] Si veda, al riguardo, il comunicato stampa dell'autorità finlandese.

[17] Si veda, al riguardo l'articolo accessibile qui.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

Sul secondo fronte, si segnalano le indagini avviate dalle autorità greca[18] e polacca[19] contro numerose aziende attive nella produzione, importazione e commercializzazione di prodotti sanitari, in particolare maschere chirurgiche e guanti monouso, in relazione all'aumento improvviso dei prezzi.

Sulla scia di queste singole iniziative, l'European Competition Network ("**ECN**"), in un comunicato stampa del 23 marzo,[20] ha dichiarato di comprendere che questa straordinaria situazione può innescare la necessità per le aziende di cooperare al fine di garantire la fornitura e l'equa distribuzione di prodotti essenziali per tutti i consumatori, con la conseguenza che limiterà il proprio intervento rispetto agli accordi **necessari e temporanei** volti a **evitare la carenza di forniture**. Per converso, l'ECN ha individuato tra le proprie priorità la repressione di tutti quei comportamenti anticoncorrenziali volti a impedire che **prodotti essenziali per proteggere la salute dei consumatori** (*e.g.* maschere per il viso e gel igienizzanti) **restino disponibili a prezzi competitivi**.

Per assicurare la comprensione delle regole entro cui le imprese possono cooperare in questo contesto di crisi, la Commissione ha predisposto una pagina web dedicata alla normativa in materia di intese restrittive della concorrenza e ha attivato un indirizzo e-mail a cui scrivere in caso di dubbi sulla compatibilità di singole iniziative con l'anzidetta normativa.

La Commissione ha, inoltre, pubblicato una comunicazione – **Temporary Framework Communication**[21] – nella quale, oltre a ribadire la sua disponibilità a supportare le imprese nella valutazione di specifiche iniziative,[22] ha riconosciuto che forme di cooperazione tra imprese concorrenti possono essere necessarie soprattutto nel settore sanitario (al fine, ad esempio, di coordinare la produzione in modo che siano soddisfatte le esigenze del mercato, gestire le scorte e la distribuzione di prodotti farmaceutici).[23] La stessa ha peraltro sottolineato che in tali

---

[18] Si veda il comunicato stampa dell'autorità ellenica.

[19] Si veda, al riguardo, il comunicato stampa dell'autorità di concorrenza polacca "*UOKiK's proceedings on wholesalers' unfair conduct towards hospitals*" del 4 marzo 2020 accessibile qui.

[20] Accessibile qui.

[21] Accessibile qui.

[22] Seguendo questo approccio, la Commissione ha anche reso noto che risponderà all'associazione Medicines for Europe con una *comfort letter* nella quale indicherà i limiti entro i quali considererà lecita ai sensi del diritto *antitrust* la cooperazione posta in essere tra produttori farmaceutici volta a prevenire il rischio di carenza di medicinali essenziali per il trattamento dei pazienti affetti da Covid-19.

[23] La Commissione, contestualmente all'adozione della Temporary Framework Communication, ha inoltre pubblicato delle linee guida "*on the optimisation of supply of medicines during the COVID-19 outbreak*" (accessibili qui), con le quali (i) invita gli Stati membri ad evitare l'adozione di misure protezionistiche volte ad accaparrarsi i medicinali

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

circostanze eccezionali, è più importante che mai che le imprese e i consumatori ricevano protezione secondo il diritto della concorrenza e non tollererà il comportamento di chi cerca opportunisticamente di sfruttare la crisi come copertura per l'attuazione di condotte anti-competitive.

2.3. Prospettive future

La crisi sanitaria attualmente in corso verosimilmente lascerà degli strascichi di tipo economico la cui entità e durata non è al momento prevedibile. È, tuttavia, ragionevole ipotizzare che ciò avrà un impatto sull'*enforcement* del diritto *antitrust* anche nel medio lungo periodo in quanto, al fine di tenere conto della possibile congiuntura economica negativa, alcune fattispecie "tipiche" del diritto *antitrust* potranno essere applicate in modo "atipico".

Sarà, dunque, particolarmente importante monitorare nel prossimo futuro la prassi applicativa delle autorità di concorrenza, soprattutto con riferimento alle seguenti fattispecie:

- **Prezzi eccessivi**: considerate le fluttuazioni del mercato causate dall'emergenza sanitaria (alcune delle quali già manifestatesi in queste prime settimane), le autorità di concorrenza potranno essere chiamate a intervenire per prevenire e sanzionare gli aumenti dei prezzi non derivanti da genuine dinamiche di mercato e motivati dal solo scopo di ottenere un extra-profitto. Particolare attenzione dovrà, dunque, essere prestata dalle imprese in posizione dominante, su cui grava la speciale responsabilità – rafforzata alla luce dell'attuale emergenza sanitaria – di non alterare il buon funzionamento del mercato. Nei confronti delle imprese non in posizione dominante, l'AGCM potrà comunque intervenire e sanzionare l'applicazione di prezzi eccessivi come pratica commerciale aggressiva o come abuso di dipendenza economica. Sarà dunque necessario per le imprese prestare la massima attenzione nel determinare o modificare i propri prezzi di vendita senza che ciò costituisca una condotta commerciale vietata.

- **Cartelli di crisi**: l'attuale emergenza potrà portare a uno squilibrio strutturale tra domanda e offerta nei mercati e indurre imprese concorrenti a concludere accordi volti a controbilanciare tale squilibrio attraverso, ad esempio, un coordinamento della propria capacità produttiva e dei prezzi applicati alla clientela. Sarà interessante verificare come le autorità di concorrenza valuteranno tali accordi e se

---

richiesti per fronteggiare la crisi Covid-19 e (ii) indica come soluzione ottimale quella di organizzare delle scorte degli stessi a livello UE.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

e a quali condizioni riterranno che gli effetti anti-competitivi dagli stessi prodotti siano controbilanciati da eventuali effetti benefici (in termini, ad esempio, di mantenimento dei livelli occupazionali e di recupero di efficienza e competitività del settore industriale).

- ***Failing firm defence***: la possibile congiuntura economica negativa che conseguirà all'emergenza sanitaria potrebbe costringere alcune imprese a valutare ipotesi di fusione con (o acquisizione di) imprese concorrenti. In tali ipotesi, le potenziali criticità concorrenziali poste da tali operazioni di concentrazione potranno essere superate qualora si dimostri che esse costituiscono l'unico modo per evitare l'uscita dal mercato di un'impresa che versa in grave stato di crisi. Sarà interessante verificare in che misura tali considerazioni verranno accolte dall'AGCM e dalla Commissione europea, in passato particolarmente caute sul punto.

- ***Inability to pay***: l'imposizione di sanzioni significative quali quelle irrogate dalle autorità di concorrenza può compromettere irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa, determinandone potenzialmente l'uscita dal mercato. In tale ottica, sarà interessante verificare se e in che misura le conseguenze economiche dell'emergenza attualmente in corso spingeranno l'AGCM e la Commissione europea a ridurre l'importo delle sanzioni che andranno a irrogare nei prossimi mesi.

Conclusioni

L'emergenza Covid-19 e la possibile congiuntura economica negativa che verosimilmente ne conseguirà, avranno delle sicure ripercussioni nell'*enforcement* del diritto *antitrust* in quanto vecchi e nuovi problemi dovranno essere valutati alla luce di un mutato contesto di riferimento.

Tale fenomeno è già riconoscibile nella prassi delle autorità di concorrenza delle ultime settimane che, da un lato, hanno mostrato di tollerare forme di collaborazione tra imprese concorrenti in quanto funzionali a far fronte alla situazione emergenziale e, dall'altro, hanno dichiarato di volere rafforzare la repressione di violazioni ritenute particolarmente insidiose nell'attuale momento di crisi, quali l'ingiustificato e improvviso aumento dei prezzi di alcuni prodotti sanitari.

Quel che è certo è che, anche nei periodi di crisi, una concorrenza basata sui meriti riveste un ruolo molto importante per lo sviluppo dei mercati e le diverse autorità *antitrust* – seppur con priorità di *enforcement* che

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

potrebbero essere adattate alla situazione economica che stiamo vivendo – non potranno sottrarsi dall'esercitare il proprio ruolo.

In questo contesto in continua evoluzione, è particolarmente importante che le aziende rimangano in stretto contatto con consulenti esperti per monitorare costantemente l'evolversi della normativa e della prassi applicativa delle diverse autorità di concorrenza e conseguentemente orientare le proprie condotte.

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only.
It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.