

17 aprile 2020

COVID-19 e Antitrust

Gli orientamenti per la cooperazione tra imprese durante l'emergenza Coronavirus e il ritorno (temporaneo) delle *Comfort Letter* della Commissione Europea

1. Introduzione

La crisi determinata dalla pandemia di Covid-19 ha stimolato l'intervento di legislatori e autorità di regolazione in molteplici settori, tra cui rientra anche quello del diritto della concorrenza. Su tale profilo, in aggiunta a quanto già segnalato circa le iniziative adottate dalla Commissione europea ("Commissione") in materia di aiuti di Stato¹, alcuni recenti interventi hanno delineato l'approccio della Commissione e delle autorità *antitrust* nazionali nell'applicazione del diritto della concorrenza durante l'attuale crisi.

2. La cooperazione tra imprese durante l'emergenza Coronavirus

La pandemia ha provocato una significativa perturbazione delle catene di approvvigionamento e un forte aumento della domanda di determinati prodotti e servizi, circostanze dalle quali potrebbero derivare carenze di prodotti fondamentali. Questi rischi riguardano, in particolare, i medicinali e le attrezzature mediche utilizzati per curare i pazienti affetti da Coronavirus, ma potrebbero verificarsi anche per altri beni e servizi essenziali al di fuori del settore sanitario.

Viste le circostanze eccezionali che le imprese europee si trovano ad affrontare in questo momento, un rapido coordinamento tra gli operatori sul mercato può svolgere un ruolo cruciale nel superare o, quanto meno, mitigare tempestivamente gli effetti della crisi sanitaria a vantaggio, in ultima analisi, dei cittadini. Tale cooperazione, tuttavia, deve essere conforme alle norme in materia di concorrenza.

3. Il comunicato della Rete Europea della Concorrenza

La Rete Europea della Concorrenza (European Competition Network, "ECN"), organismo che riunisce la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali dell'Unione Europea, tra cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, si è espressa in un breve comunicato (il "Comunicato ECN") sul trattamento della cooperazione tra imprese durante la crisi².

In particolare, i membri della ECN hanno dichiarato che riterranno tendenzialmente compatibili con la disciplina *antitrust* le misure di cooperazione adottate al fine di assicurare la produzione e la distribuzione ai consumatori di prodotti di difficile reperibilità. Al riguardo, nel Comunicato ECN si legge che la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali non interverranno attivamente contro tali **forme di cooperazione**, purché queste siano **temporanee e necessarie per evitare una carenza di approvvigionamento**.

Tuttavia, le autorità *antitrust* della ECN hanno anche precisato che non intendono abbassare la guardia e che agirano con determinazione contro le imprese che sfrutteranno l'emergenza sanitaria per adottare

¹ Si veda, al proposito, i precedenti Legal Update del [6 aprile 2020](#), del [25 marzo 2020](#), del [17 marzo 2020](#) e del [14 marzo 2020](#).

² Il Comunicato ECN è reperibile a [questo link](#).

forme di cartello o abusare della propria posizione dominante³.

Il Comunicato ECN sottolinea, in particolare, che è importante assicurare che il prezzo di prodotti essenziali per la salute dei consumatori nel presente contesto emergenziale, come gel disinfettanti e mascherine, rimanga a livelli concorrenziali. In quest'ottica, il Comunicato ECN menziona esplicitamente la possibilità per i produttori di fissare **prezzi massimi**, potendo così evitare che i prezzi dei propri prodotti aumentino ingiustificatamente quale conseguenza di strategie speculative dei propri distributori.

Il Comunicato ECN chiarisce altresì che le imprese possono rivolgersi alle autorità di concorrenza in caso di dubbi circa la compatibilità delle proprie condotte con la normativa *antitrust*.

4. Il Quadro Temporaneo della Commissione europea

In questo contesto, il 30 marzo 2020 la Commissione ha creato un'apposita pagina web⁴ e un indirizzo e-mail dedicato⁵ per aiutare le imprese nella valutazione *antitrust* delle eventuali forme di cooperazione poste in essere nell'ambito dell'emergenza sanitaria.

La Commissione ha poi pubblicato, in data 8 aprile 2020, una Comunicazione relativa al quadro temporaneo *ad hoc* per fornire orientamenti in materia *antitrust* alle imprese che cooperano per rispondere alle situazioni di emergenza connesse all'attuale pandemia di Coronavirus (il "**Quadro Temporaneo**")⁶.

Il Quadro Temporaneo (che sarà applicato dalla Commissione a partire dall'8 aprile 2020 e fino a nuova comunicazione) mira a fornire orientamenti alle imprese che desiderano cooperare temporaneamente e coordinare le loro attività al fine di aumentare la produzione nel modo più efficace possibile e di ottimizzare la fornitura dei prodotti e servizi essenziali durante la crisi quali, ad esempio, i farmaci e le attrezzature mediche utilizzate per la diagnosi e la cura del Coronavirus⁷.

a. Orientamenti per la valutazione della cooperazione tra imprese durante la pandemia

Nel Quadro Temporaneo, la Commissione utilizza, per sviluppare i propri orientamenti valutativi, l'esempio delle ipotesi di cooperazione per fare fronte alla mancanza di medicinali. Tuttavia, considerato che, come riconosciuto dalla stessa Commissione, l'incremento della domanda creato dalla pandemia può verificarsi anche per beni e servizi essenziali al di fuori del settore sanitario (come i beni alimentari e di largo consumo), gli orientamenti sviluppati nel Quadro Temporaneo in relazione alla fornitura di medicinali saranno rilevanti anche per le eventuali misure di cooperazione in altri settori.

Ciò premesso, nel Quadro Temporaneo, la Commissione sottolinea che per colmare il *gap* tra domanda e offerta di farmaci nel contesto dell'attuale crisi sanitaria si possono attuare diverse strategie (ad esempio, aumentare la produzione dei medicinali necessari e ridurre la produzione di altri medicinali, riallocare gli *stock*, specializzare i siti produttivi). Pertanto, il tipo e grado delle cooperazioni tra imprese per affrontare la pandemia di Covid-19, così come l'impatto *antitrust* delle

³ Nello stesso senso si è espressa, lo scorso 27 marzo, il Commissario alla concorrenza Margrethe Vestager, nel seminario "*Friends of Europe – Shaping Europe's digital future: an industry, markets and digital nexus?*".

⁴ La pagina predisposta *ad hoc* dalla Commissione è raggiungibile a [questo link](#).

⁵ Le imprese possono inviare una e-mail all'indirizzo dedicato COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu con una breve descrizione della proposta iniziativa di cooperazione, fornendo i seguenti elementi: *i*) imprese e prodotti/servizi coinvolti; *ii*) oggetto e ambito della cooperazione; *iii*) aspetti che potrebbero suscitare criticità *antitrust*; e *iv*) benefici che la cooperazione intende ottenere ed illustrazione del perché la cooperazione è necessaria e proporzionata al raggiungimento di tali benefici.

⁶ La Comunicazione, intitolata "*Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*", è reperibile a [questo link](#).

⁷ Si segnala che la Commissione ha adottato un'ulteriore Comunicazione, dal titolo "*Guidelines on the optimal and rational supply of medicines to avoid shortages during the COVID-19 outbreak*" (reperibile a [questo link](#)), volta a fornire orientamenti circa la fornitura, l'allocazione e l'utilizzo dei farmaci per la cura del Covid-19.

stesse, possono variare moltissimo.

In questo contesto, la Commissione ha evidenziato che, in generale, **a condizione che non ci siano scambi di informazioni individuali tra concorrenti, non susciterebbe criticità *antitrust* attribuire ad una associazione di categoria, un consulente terzo o un organismo pubblico, l'incarico di:** *i)* coordinare il trasporto congiunto degli *input* produttivi, *ii)* identificare i prodotti di cui si rischia la carenza, *iii)* aggregare le informazioni sulla produzione e la capacità produttiva (senza scambiare dati individuali), *iv)* elaborare modelli per prevedere la domanda dei prodotti a livello nazionale e identificare situazioni di carenza, e *v)* scambiare informazioni aggregate su situazioni di carenza di prodotti e chiedere individualmente alle imprese partecipanti la loro disponibilità a colmare tali carenze (senza che tale disponibilità sia comunicata tra i concorrenti).

La Commissione ha poi riconosciuto che nel settore farmaceutico, in talune circostanze, potrebbe essere necessario un maggiore grado di cooperazione. Questo potrebbe declinarsi, ad esempio, nel **coordinamento ai fini della riorganizzazione della produzione dei farmaci**, sia in termini di riconversione o passaggio a una produzione su più ampia scala nel modo più efficiente possibile sia di gestione degli *stock* e della loro eventuale distribuzione. L'attuazione di questo tipo di misure potrebbe richiedere lo scambio di informazioni commercialmente sensibili ed il coordinamento delle attività produttive tra concorrenti che, in circostanze normali, susciterebbero criticità lato *antitrust*. Tuttavia, nel contesto dell'emergenza Coronavirus, tali misure potrebbero essere considerate non problematiche sotto il profilo *antitrust* **a patto che siano:** *i)* **oggettivamente necessarie** per aumentare la produzione nella maniera più efficiente al fine di affrontare o evitare problemi di fornitura di prodotti o servizi essenziali; *ii)* di **natura temporanea** (solo per il periodo in cui sussista scarsità del prodotto o servizio e, in ogni caso, solo durante la crisi Coronavirus); e *iii)* **limitate a quanto strettamente necessario** per il raggiungimento degli obiettivi di cui sopra.

Inoltre, secondo la Commissione, è altresì rilevante che il coordinamento tra imprese sia stato **incoraggiato** o coordinato dalle Autorità pubbliche. A maggior ragione, nei casi in cui il coordinamento temporaneo tra imprese sia **imposto** dalle Autorità pubbliche per rispondere a situazioni di emergenza derivanti dalla pandemia Covid-19 (ad esempio per garantire le forniture al fine di poter mantenere il servizio sanitario nazionale in funzionamento), tale coordinamento sarà consentito.

Infine, la Commissione richiede alle imprese di documentare tutti gli scambi e gli accordi tra imprese relativi alle misure di cooperazione per fare fronte all'emergenza Coronavirus e di essere pronte a rendere tale documentazione disponibile alla Commissione laddove richiesta.

b. Procedura temporanea di Comfort Letter

In considerazione dell'eccezionalità della situazione – caratterizzata, da un lato, dalla necessità di cooperare per superare o mitigare gli effetti della pandemia e, dall'altro, dall'interesse a ricevere rassicurazioni circa la legittimità di tale cooperazione – la Commissione ha riconosciuto che le imprese hanno necessità di ricevere orientamenti specifici per poter valutare la legittimità *antitrust* dei loro progetti di cooperazione.

Pertanto, pur essendo – dopo l'abolizione della procedura di notifica preventiva delle intese⁸ – responsabilità delle imprese procedere autonomamente alla valutazione dei loro accordi e delle loro pratiche, la Commissione ha avviato un **dialogo** con le imprese e le associazioni di categoria per supportarle nella valutazione *antitrust* dei loro progetti di cooperazione.

⁸ A partire dall'approvazione del Regolamento (CE) n. 1/2003, infatti, il previgente sistema di notifica preventiva degli accordi restrittivi della concorrenza è stato abolito a favore di un sistema incentrato sulla responsabilità gravante sulle imprese circa la valutazione della legittimità dei propri accordi e pratiche ai sensi dell'art. 101 TFUE.

Nella maggior parte delle situazioni la Commissione sta procedendo a fornire orientamenti orali o, comunque, informali alle imprese. Tuttavia, con l'adozione del Quadro Temporaneo, la Commissione ha precisato che **temporaneamente** è anche pronta a fornire alle imprese, in via **eccezionale**, assicurazioni di conformità (c.d. **Comfort Letter**) in relazione a singoli progetti di cooperazione che necessitino di pronta attuazione per contrastare l'emergenza da Coronavirus, in particolare nei casi in cui potrebbero esserci incertezze circa la compatibilità di tali iniziative con il diritto *antitrust*⁹.

5. La prima Comfort Letter nel settore dei medicinali

La Commissione ha utilizzato per la prima volta la nuova procedura di *Comfort Letter* nel settore farmaceutico in relazione ad un progetto di [Medicines for Europe](#), associazione di produttori di farmaci generici.

Il progetto riguarderebbe una cooperazione volontaria tra produttori, sia membri che non membri dell'associazione, volta ad evitare il rischio di carenza di medicinali ad uso ospedaliero necessari per la cura dei pazienti affetti da Coronavirus. Tra le ipotesi di collaborazione rientrerebbero la fornitura incrociata delle materie prime, l'individuazione congiunta dei siti dove concentrare la produzione di determinati prodotti e la redistribuzione concordata dell'eventuale eccesso di offerta¹⁰.

Ad avviso della Commissione, anche considerato che le case farmaceutiche generiche producono la stragrande maggioranza dei medicinali di cui gli ospedali hanno urgente bisogno, nel contesto attuale, tale cooperazione temporanea sembra ricadere nell'ambito di applicazione del Quadro Temporaneo, tenuto conto del suo obiettivo, del suo carattere temporaneo e delle misure di salvaguardia messe in atto per evitare rischi per la concorrenza¹¹.

6. Conclusioni

La Commissione e le autorità *antitrust* nazionali si sono indirizzate verso una strategia comune per fronteggiare le sfide derivanti dall'emergenza Coronavirus volta, innanzitutto, ad astenersi da interventi nei confronti di misure di cooperazione temporanee necessarie a fronteggiare la crisi e anche a supportare le imprese nella tempestiva valutazione della legittimità *antitrust* di tali forme di cooperazione (anche tramite l'emissione – in via eccezionale – di *Comfort Letter* da parte della Commissione).

D'altra parte, la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali hanno dichiarato che intendono continuare ad agire con fermezza nei confronti di comportamenti collusivi o abusivi, non potendo lo stato di emergenza essere utilizzato come un espediente per porre in essere condotte illecite a scapito dei consumatori.

⁹ Cfr. Quadro Temporaneo, par. 3.

¹⁰ Si veda, al proposito, il commento di Enrique Häusermann, presidente di Assogenerici, a [questo link](#).

¹¹ Si veda, al proposito, il comunicato stampa a [questo link](#).

Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners ha organizzato una Task Force interna, la **Task Force Covid**, per monitorare costantemente l'evolversi della normativa.

La Task Force Covid è a completa disposizione per supportarvi nell'individuazione, elaborazione ed implementazione delle migliori strategie volte a contenere gli impatti della diffusione del Covid-19 sull'operatività aziendale e sulla gestione dei rapporti commerciali in essere.

#iorestoacasa ma GOP è sempre al vostro fianco.
Per qualsiasi informazione scrivetece a: coronavirus@gop.it

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.
Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura..



INFORMATIVA EX ART. 13 del Reg. UE 2016/679 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dallo studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: relazioniesterne@gop.it. Titolare del trattamento è lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.