

Provvedimento n. 4547 (I212) **CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE
ESCLUSIVA DI GELATI**

L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 23 dicembre 1996;

SENTITO il Relatore Professor Franco Romani;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la propria delibera dell'8 maggio 1996, con la quale disponeva l'avvio dell'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 nei confronti di Nestlé Italiana Spa, Unilever Italia Spa, Sammontana Srl e Gelati Sanson Spa e dei soggetti che hanno sottoscritto contratti di distribuzione di gelati, per presunta violazione dell'articolo 2 della stessa legge, tramite la conclusione di contratti contenenti clausole di acquisto esclusivo;

VISTE le proprie delibere dell'8 maggio 1996, con le quali si è disposto di effettuare verifiche ispettive presso le società Nestlé Italiana Spa, Unilever Italia Spa, Sammontana Srl e Gelati Sanson Spa, svoltesi in data 16 maggio 1996;

VISTA la propria delibera dell'11 luglio 1996, con la quale, su istanze presentate in data 5 e 8 luglio 1996 da parte delle società Nestlé Italiana Spa, Unilever Italia Spa e Sammontana Srl, si è prorogato al 30 settembre 1996 il termine di conclusione del procedimento;

VISTO l'atto, pervenuto il 13 settembre 1996 da parte di Nestlé Italiana Spa, Unilever Italia Spa, Sammontana Srl e Gelati Sanson Spa, con il quali si richiedeva, in subordine all'accertamento della non applicabilità dell'articolo 2 della legge n. 287/90, l'autorizzazione in deroga al divieto di cui al predetto articolo 2, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 4 della medesima legge;

VISTA la propria delibera del 17 settembre 1996, con la quale si disponeva, a seguito della predetta istanza, il differimento del termine di conclusione del procedimento al 24 dicembre 1996, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione richiesta;

SENTITI in data 27 maggio 1996 i rappresentanti di Ambrosiana Gelati Sas; in data 4 giugno 1996 i rappresentanti della Federazione Italiana Pubblici Esercizi (FIPE); in data 5 giugno e 12 novembre 1996 i rappresentanti della Nestlé Italiana Spa; in data 6 giugno e 12 novembre 1996 i rappresentanti della Unilever Italia Spa; in data 7 giugno 1996 i rappresentanti della Sammontana Srl; in data 10 giugno 1996 i rappresentanti della Federazione Italiana Esercenti Pubblici e Turistici (FIEPET); in data 11 giugno 1996 i rappresentanti della Gelati Sanson Spa; in data 3 settembre 1996 i consulenti economici esterni della Unilever Italia Spa; in data 13 novembre 1996 i rappresentanti di F. & C. Spa Divisione Foods (Haagen Dazs) e di Argel Spa

SENTITI nuovamente in data 3 dicembre 1996 i rappresentanti delle società Nestlé Italiana Spa, Unilever Italia Spa, Sammontana Srl e Gelati Sanson Spa;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. IL FATTO

1. In data 11 aprile 1996 la società Ambrosiana Gelati Sas (di seguito Ambrosiana) ha inoltrato all'Autorità un esposto, con la quale si denunciava l'esistenza di una fitta rete di accordi in esclusiva utilizzati da Nestlé Italiana Spa, Unilever Italia Spa, Sammontana Srl e Gelati Sanson Spa per la distribuzione dei gelati. Secondo quanto rappresentato nella denuncia, l'estrema diffusione di siffatti accordi determina serie difficoltà per le imprese concorrenti nel reperimento di esercizi commerciali non previamente vincolati in esclusiva.

2. In data 8 maggio 1996 l'Autorità ha deliberato l'avvio di un procedimento istruttorio al fine di verificare l'effettiva diffusione di contratti di distribuzione esclusiva nella vendita dei gelati e l'eventuale riconducibilità di tali accordi alla fattispecie astratta di intese vietate di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90.

II. LE PARTI

La società denunciante

3. Ambrosiana è una piccola impresa con sede in Caronno Pertusella (VA), operante nel settore della distribuzione all'ingrosso di gelati e di prodotti di pasticceria, con una presenza essenzialmente limitata al territorio della Lombardia. La società, che commercializza gelati industriali prodotti dalla Gelati Menne Srl, con sede in Certaldo (FI), ha realizzato nel 1995 un fatturato pari a 1,4 miliardi di lire.

Le società denunciate

4. Unilever Italia Spa (di seguito Unilever) è una società appartenente all'omonimo gruppo multinazionale, attivo nel settore agro-alimentare e chimico cosmetico. Il gruppo è il primo produttore mondiale di gelati.

Nel 1995 il fatturato netto consolidato del gruppo a livello mondiale è stato pari a circa 70.000 miliardi di lire. Unilever nel medesimo esercizio ha realizzato in Italia un fatturato netto pari a 3.773 miliardi di lire circa.

Nel settore dei gelati la società ha conseguito un fatturato totale lordo pari a 1.084 miliardi di lire. La società opera in questo settore, attraverso la Divisione Sagit, con i marchi Algida, Sorbetteria di Ranieri e Eldorado.

5. Nestlé Italiana Spa (di seguito Nestlé) è una società appartenente all'omonimo gruppo multinazionale, attivo principalmente nella produzione e commercializzazione di prodotti alimentari. Il gruppo è il secondo produttore mondiale di gelati dopo Unilever.

Nel 1995 il fatturato consolidato del gruppo, a livello mondiale, è stato pari a circa 70.000 miliardi di lire. Nestlé, nel medesimo esercizio, ha realizzato in Italia un fatturato pari a circa 3.300 miliardi di lire, di cui 542 nel settore dei gelati. La società opera nel settore dei gelati, attraverso la Divisione Gelati e Surgelati, con i marchi Motta e Antica Gelateria del Corso.

6. Sammontana Srl (di seguito Sammontana) è una società attiva nel settore della produzione e commercializzazione di gelati e pasticceria surgelata. Il capitale sociale della società è interamente detenuto dalla Famiglia Bagnoli.

Sammontana ha realizzato, nel 1995, un fatturato complessivo netto di 248 miliardi di lire, di cui 220 nel settore dei gelati.

7. Gelati Sanson Spa (di seguito Sanson) è una società controllata dal Sig. Leonardo del Vecchio, che ne detiene il 70% del capitale sociale. La società è attiva prevalentemente nel settore dei gelati.

Nel 1995 il fatturato della Sanson è stato pari a 108 miliardi di lire, di cui 97 nel settore dei gelati.

8. Gli esercizi commerciali che hanno sottoscritto un contratto di acquisto esclusivo di gelati sono imprese titolari di licenza per la somministrazione di alimenti e di bevande (bar, ristoranti, circoli ricreativi, stazioni di rifornimento di carburante, ecc.).

III. RISULTANZE ISTRUTTORIE

a) Il mercato del prodotto

9. Le imprese interessate sono aziende industriali attive nella produzione e commercializzazione del gelato o esercizi commerciali che distribuiscono gelati al dettaglio.

10. Sulla base delle modalità con le quali il prodotto viene consumato, il settore del gelato deve essere suddiviso in: gelato da impulso - consumato nel momento dell'acquisto e nelle vicinanze del punto vendita - e gelato da asporto, consumato in casa.

A tale distinzione è in larga parte associata anche una differenziazione di canali distributivi, essendo il prodotto, nel primo caso, distribuito da pubblici esercizi (bar, ristoranti, ecc.) e, nel secondo caso, venduto prevalentemente attraverso il canale alimentare (grande distribuzione e dettaglio tradizionale).

Anche le modalità di presentazione del prodotto risentono della distinzione: il gelato da impulso viene venduto in porzioni individuali, assumendo una configurazione di gelato monodose preconfezionato (stecchi, coni, coppe, biscotti, ecc.) o sfuso, dosato in porzioni dal venditore; il gelato da asporto viene offerto in confezioni tipo famiglia contenenti più porzioni monodose (multipack), ovvero nella forma di vaschette o secchielli contenenti un prodotto da dosare.

In considerazione delle differenze esistenti nelle modalità di consumo, di distribuzione e di confezionamento, l'impulso e l'asporto devono essere considerati come prodotti distinti, che rispondono a diversi bisogni della domanda.

Atteso che gli accordi di distribuzione in esame riguardano il gelato da impulso, a tale prodotto occorre far riferimento ai fini del presente procedimento.

11. Nella definizione del mercato del prodotto devono essere primariamente valutate le relazioni di sostituibilità esistenti, nell'ambito del gelato da impulso, tra prodotto industriale e artigianale.

La diversa origine del prodotto comporta significative differenze dal lato della domanda: i consumatori percepiscono il gelato artigianale come prodotto con sue caratteristiche di genuinità, freschezza e sapore rispetto al prodotto industriale. In considerazione di ciò, essi sono disposti a sostenere il prezzo più elevato che è associato al consumo di tale tipologia di gelato.

Infatti, le acquisizioni istruttorie mostrano un differente livello dei prezzi dei due prodotti, in quanto il prezzo del gelato artigianale è in media significativamente superiore. Le stesse imprese interessate hanno sostenuto nel corso dell'istruttoria che il prezzo del gelato industriale è indipendente da quello del gelato artigianale (audizione Unilever e Nestlé del 12 novembre 1996).

Dal lato dell'offerta, le differenze tra i due prodotti concernono anche modalità e tecniche produttive: il gelato artigianale viene prodotto quasi quotidianamente, mentre la produzione del gelato industriale avviene con considerevole anticipo rispetto al momento del consumo (verbale audizione FIEPET del 10 giugno 1996). La minore durata e conservabilità del gelato artigianale implicano poi l'utilizzo di materie prime, processi produttivi, sistemi di stoccaggio e di distribuzione differenti rispetto al prodotto industriale (fonte Databank). Inoltre, nella vendita di prodotto artigianale viene incorporata una componente di servizio quasi completamente assente nella somministrazione di gelato industriale. Infine, si consideri che la dimensione e la tipologia delle imprese attive nella produzione industriale non risulta assimilabile a quelle delle piccole imprese artigianali.

Queste differenze implicano anche una distinzione dei punti vendita, nel senso che per sua natura il prodotto artigianale è destinato ad essere venduto presso lo stesso laboratorio di produzione o nelle immediate vicinanze ("canale corto"), mentre il gelato industriale viene distribuito con "canale lungo", attraverso concessionari all'ingrosso.

L'insieme delle circostanze descritte determina gli effettivi limiti della sostituibilità esistente tra prodotto artigianale e industriale, così da indurre a ritenere che il prodotto impulso debba essere suddiviso in gelato industriale e artigianale, ciascuno dei quali individua un distinto mercato del prodotto.

12. Le parti hanno sostenuto, nel corso del procedimento, che l'Autorità non avrebbe tenuto conto, nella definizione del mercato rilevante, delle strette correlazioni esistenti tra gelato industriale e artigianale,

soprattutto con riferimento al gelato sfuso industriale. Le imprese, infatti, affermano di essere attive anche nella produzione di gelato sfuso, prodotto questo che, agli occhi del consumatore, non si distinguerebbe da quello artigianale e che viene distribuito anche tramite esercizi artigianali. Pertanto, i due prodotti sarebbero largamente sostituibili. A conferma della tesi, le parti adducono un'indagine di mercato realizzata dalla CRA-Nielsen nel 1995, dalla quale risulta che il 70% dei consumatori acquista sia gelati artigianali sia gelati industriali.

In proposito si deve osservare che se è vero che in alcune circostanze possono esistere delle relazioni di sostituibilità tra gelato sfuso industriale e gelato artigianale, è anche vero che esse interessano una parte esigua dell'intero consumo di gelato da impulso industriale e comunque non assumono una valenza rilevante rispetto alle condizioni di concorrenza esaminate.

Infatti si consideri, in primo luogo, che il gelato sfuso rappresenta solo il 10% della produzione industriale complessiva (Fonte: AIDI). Inoltre, l'eventuale nesso di sostituibilità non interessa comunque la quasi totalità del gelato industriale, che, come detto, è venduta in forma preconfezionata e quindi risulta chiaramente distinguibile per il consumatore. Infine, la sostituibilità non può esplicarsi se non ove vi sia una presenza sovrapposta di punti vendita di gelato industriale e artigianale; trattasi di un'eventualità marginale in considerazione della limitata presenza dei punti vendita artigianali rispetto a quelli industriali sul territorio (il rapporto è di 1 a 10 vedi *infra*).

In merito poi alla coesistenza di consumi dei due prodotti, industriale e artigianale, da parte della maggioranza dei consumatori, va osservato che tale circostanza non può fornire, in assenza di ulteriori e specifiche analisi, alcuna indicazione sulla delimitazione del mercato. Essa, infatti, non illustra le relazioni di sostituibilità tra prodotti, in quanto a tal fine è necessario conoscere, piuttosto che la tipologia di consumo in un anno, il comportamento del consumatore all'atto della scelta e le valutazioni (prezzo, abitudine, qualità, sapore ecc.) che ne costituiscono il fondamento. D'altro canto, se l'indagine fosse effettivamente idonea a delimitare il mercato del prodotto, si giungerebbe alla conseguenza, manifestamente infondata, di far ricadere nello stesso mercato tutti i diversi beni il cui consumo si è sovrapposto nel corso dell'anno, nonostante la loro indubbia idoneità a soddisfare bisogni assolutamente differenti.

Dalle acquisizioni istruttorie è, infine, emerso che le stesse parti del procedimento effettuano i propri studi di mercato avendo a riferimento l'impulso industriale (utilizzando il termine "impulso allargato" quando ricomprendono anche il gelato artigianale).

13. In ogni caso, si deve osservare che anche l'eventuale accoglimento della tesi delle parti sulla sostituibilità tra gelato industriale e artigianale non inciderebbe in modo sostanziale sulla valutazione degli effetti prodotti dai contratti di distribuzione esclusiva sul gioco della concorrenza, in ordine in particolare alla questione se l'accesso al mercato sia impedito o gravemente ostacolato dall'esistenza di tali contratti.

In primo luogo, le considerazioni avanzate dalle parti porterebbero a individuare non tanto un unico mercato formato da tutto il gelato artigianale e industriale da impulso quanto, invece, due distinti mercati: il gelato confezionato e quello non confezionato. Qualora si aderisse a tale impostazione non verrebbe modificata la valutazione dell'intesa in esame. Anzi, ne risulterebbe ulteriormente rafforzata la consistenza, in quanto le quattro grandi imprese industriali parti del procedimento concorrono alla produzione della quasi totalità del gelato confezionato da impulso venduto in Italia.

Inoltre, se la definizione del mercato come "impulso allargato" comporterebbe l'inserimento dei punti vendita di gelati artigianali (stimati in circa 24 mila unità) nel novero degli esercizi potenzialmente idonei alla distribuzione di gelato da impulso, è pur vero che gli esercizi artigianali non rappresentano un valido canale distributivo per il gelato industriale. Gli operatori artigianali hanno infatti affermato, nel corso dell'istruttoria, che l'esercizio artigianale tende, per sua natura, a distribuire quasi esclusivamente gelati di produzione propria (Audizione FIPE del 4 giugno 1996). Ad ulteriore conferma, la società che distribuisce i prodotti Haagen Dazs, di recente affermazione sul mercato italiano, ha dichiarato che nei punti vendita artigianali risulta difficile poter vendere prodotto industriale, se non per importi trascurabili (audizione F. & C. Spa Divisione Foods del 13 novembre 1996).

D'altro canto, la circostanza che il gelato industriale non possa essere efficacemente distribuito attraverso il canale artigianale è confermata dalla diversa dimensione del fatturato medio di un esercizio artigianale (80 milioni di lire annue circa realizzate con proprio prodotto), rispetto a quello realizzato dai produttori industriali interessati dal procedimento in media in ciascun punto vendita non in esclusiva (circa 3-5 milioni di lire). Il confronto mostra come il gelato artigianale non possa essere conteso dal gelato industriale nell'ambito degli stessi punti vendita artigianali.

In ogni caso, anche laddove si considerasse contro ogni evidenza la gelateria artigianale quale potenziale canale di vendita del gelato industriale, su un totale stimato di punti vendita attivi nel 1995 pari a

262 mila (fonte FIPE), gli esercizi artigianali rappresentano meno del 10%, non risultando quindi in grado di influenzare significativamente la valutazione della consistenza delle intese in esame.

14. Sulla base delle considerazioni che precedono, il mercato di riferimento per la valutazione delle fattispecie in esame è definito come quello del gelato da impulso industriale. Tale soluzione appare coerente anche con gli orientamenti espressi dalla Commissione UE, confermati dal Tribunale di I Grado, con specifico riferimento al settore dei gelati (sentenze del Tribunale di I grado 8 giugno 1995 cause T-7/93 e T-9/93, *Langnese c. Commissione e Scholler c. Commissione*).

b) Il mercato geografico

15. Per quanto riguarda la produzione, il mercato del gelato da impulso ha dimensione geografica tendenzialmente coincidente con il territorio nazionale, ove non è dato riscontrare differenze sostanziali nelle abitudini di consumo e nella tipologia dei prodotti interessati. A livello distributivo, l'ambito geografico di riferimento dal punto di vista della domanda è necessariamente limitato, non potendosi assumere una elevata mobilità dei consumatori per l'acquisto di un prodotto destinato a soddisfare esigenze d'impulso. Le condizioni di concorrenza nel territorio nazionale risultano, peraltro, sostanzialmente omogenee ove si tenga conto che le quattro grandi imprese industriali interessate dal procedimento, pur avendo localmente quote di mercato diverse, stipulano in tutto il territorio nazionale contratti di distribuzione identici.

c) Le caratteristiche del mercato

Produzione, vendite e consumi

16. Da un confronto del mercato italiano rispetto agli altri paesi europei risulta che, in termini di consumi complessivi, l'Italia occupa il primo posto in Europa nel settore del gelato da impulso. Il mercato italiano ha dimensioni più che doppie rispetto a quello tedesco e più che triple rispetto a quello spagnolo.

In Italia, la produzione di impulso industriale è stata nel 1995 pari a circa 123.000 tonnellate, equivalenti a oltre 1.350 miliardi di lire a prezzi ex-fabbrica e a 2.200 miliardi di lire a prezzi al consumo (fonte: Associazione Industrie Dolciarie Italiane e Unilever). Di notevole rilievo è la presenza di gelato artigianale, che nel nostro paese viene stimata in circa 182.000 tonnellate, pari, quindi, al 60% della produzione complessiva del gelato da impulso (fonte: FIPE), a fronte di valori inferiori al 20% negli altri paesi europei.

17. In merito all'andamento dei consumi, nel 1995, a fronte di una crescita significativa del gelato da asporto, si registra una diminuzione consistente per il gelato da impulso, pari al 3% per il gelato preconfezionato e al 9,5% per lo sfuso industriale (fonte Associazione Industrie Dolciarie Italiane). La contrazione dei consumi realizzata negli ultimi anni risente anche di fattori climatici sfavorevoli.

Il mercato italiano del gelato da impulso può essere considerato, quindi, un mercato sostanzialmente maturo.

18. I listini dei prezzi al pubblico dei gelati preconfezionati sono approntati direttamente dalle ditte produttrici, anche mediante la fornitura di cartelloni pubblicitari da esporre, per obbligo contrattuale, in ciascun punto vendita. Per quanto i prezzi indicati possono subire alcune modifiche, da un'indagine effettuata nel 1992 per conto di Nestlé, risulta che solo il 32% degli esercizi non pratici al pubblico il prezzo indicato. I prezzi indicati devono comunque essere intesi come minimi, in quanto, secondo quanto affermato dalle parti, le eventuali modifiche avvengono solo al rialzo (audizione Unilever, Nestlé, Sammontana e Sanson del 3 dicembre 1996).

Il livello dei prezzi al consumo suggerito nei cartelloni pubblicitari dalle principali imprese del settore risulta omogeneo per i prodotti di maggior rilevanza commerciale (Tab. 1).

Tabella 1. Confronto prezzi delle prime tre imprese

(Lire)

	Unilever	Nestlé	Sammontana
Cornetto Classico	1.300	1.300	1.300
Cornetto Maxi	1.700	1.700	1.700
Stecco	1.800	1.800	1.800

Coppetta standard	1.600	1.600	1.600
-------------------	-------	-------	-------

Fonte: listini Unilever, Nestlé, Sammontana 1996

19. La struttura di vendita del gelato da impulso in Italia risulta particolarmente frammentata: attualmente sono attivi nella distribuzione gli esercizi commerciali titolari di licenza per la somministrazione di alimenti e di bevande. Secondo la Federazione Italiana Pubblici Esercizi, nel 1993 i punti vendita autorizzati erano pari a circa 262 mila unità - dato comprensivo di bar, ristoranti, sale da ballo, stabilimenti balneari -, di cui circa 24 mila gelaterie artigianali, contro i 110 mila, ad esempio, della Germania (documentazione FIPE del 4 giugno 1996).

La struttura del mercato

20. L'istruttoria ha evidenziato che il mercato del gelato da impulso industriale è caratterizzato da un grado di concentrazione molto elevato: le prime due imprese (Unilever e Nestlé) detengono il 70,1% delle vendite complessive in volume e le prime quattro l'89,1%. Il restante 10,9% è detenuto da una pluralità di operatori di piccole dimensioni, che peraltro risultano prevalentemente attivi nel gelato sfuso (tab. 2). L'indice di Herfindahl ha un valore pari a circa 2.923¹.

Si consideri, inoltre, che nella sola produzione di gelato confezionato, l'unico effettivamente riconoscibile con un suo marchio, la quota delle piccole imprese industriali scende al 5,2% in volume e al 3,1% in valore.

La posizione relativa delle parti varia nelle diverse aree geografiche. In particolare, risulta che Unilever detiene una quota del 69% in Campania, Abruzzo e Molise, Nestlé del 43% in Emilia Romagna, Sammontana del 29% in Toscana, Marche e Umbria e Sanson del 30% in Veneto (documentazione Unilever del 6 giugno 1996).

Tabella 2: Principali operatori del gelato da impulso industriale

Quote di mercato nazionali

Imprese	Quota in volume	Quota in valore
Unilever	46,8	45,2
Nestlé	23,3	24,6
Sammontana	11,3	11,5
Sanson	7,7	7,7
Totale imprese interessate	89,1	89,0
ALTRI	10,9	11,0
Totale mercato	100	100

Fonte: Unilever

21. Con specifico riferimento alla posizione degli operatori industriali diversi dalle imprese coinvolte nel presente procedimento, risulta che trattasi di oltre 40 imprese di piccole o piccolissime dimensioni (Fonte Databank). Il quinto operatore del settore, S.I.P.A. (marchio Bindi), realizza un fatturato complessivo di circa 20 miliardi di lire (di cui 18 circa nel prodotto sfuso) equivalente ad una quota di mercato nazionale dell'1,5% circa. Anche in ambito locale, la S.I.P.A. non ha un ruolo di rilievo: nella regione Lombardia, zona di origine, la società realizza un fatturato di circa 4 miliardi di lire con una quota decisamente inferiore al 5%. Analogamente risulta che tutti gli altri operatori industriali minori non raggiungano quote significative neppure in ambito locale. A titolo esemplificativo, la società Gelati Menne, i cui prodotti sono distribuiti in Lombardia dalla società denunciante, Ambrosiana Gelati, realizza sul mercato italiano un fatturato complessivo di circa 5 miliardi di lire, pari a circa lo 0,4%, con quote locali assolutamente esigue. La stessa Ambrosiana Gelati ha un fatturato di 1,4 miliardi di lire, che, anche se riferiti alla sola regione Lombardia, non possono che rappresentare una quota irrilevante.

d) Le modalità distributive del gelato da impulso industriale

I contratti di concessione di vendita.

¹L'indice è stato calcolato facendo un'ipotesi semplificatrice sulla quota di mercato detenuta da ciascuna delle imprese di piccole dimensioni. In particolare, si è assunta l'esistenza di 40 imprese, ciascuna delle quali ha una quota pari ad un ventesimo della quota complessiva.

22. La documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria mostra come le imprese parti del procedimento provvedano alla distribuzione dei gelati attraverso concessionari all'ingrosso, la cui funzione consiste nel curare, nell'ambito geografico di propria competenza, l'approvvigionamento dei punti vendita ivi dislocati. A tal fine il concessionario svolge, accanto ad un ruolo di stoccaggio, consistente nell'immagazzinamento e nella conservazione dei prodotti in propri depositi frigoriferi, un ruolo di ricerca attiva dei punti vendita e di sottoscrizione, per conto delle imprese concedenti, dei contratti destinati a disciplinare il rapporto tra i singoli esercizi commerciali e l'azienda produttrice.

I concessionari sono generalmente vincolati a ciascun produttore da contratti di esclusiva, nel senso che da un lato il produttore si impegna a rifornire per la rivendita in una determinata zona solo un concessionario, dall'altro lo stesso si obbliga a trattare solo prodotti dell'impresa concedente (documentazione Unilever, Nestlé, Sammontana reperita nel corso delle ispezioni del 16 maggio 1996).

23. Al concessionario è anche demandata la funzione di dislocazione e assegnazione a ciascun punto vendita dei frigoriferi di proprietà dell'azienda concedente. Risulta, infatti, che accanto al contratto di concessione di vendita, ed accessorio allo stesso, venga sottoscritto un contratto avente ad oggetto il trasferimento in uso al concessionario dei frigoriferi. In alcuni casi tale contratto ha la natura di un comodato ovvero di deposito gratuito, in altri esso assume una configurazione atipica riconducibile sostanzialmente al contratto di locazione, essendo tenuto il concessionario a corrispondere per sei anni un canone periodico per ciascun apparecchio.

A sua volta il concessionario provvede alla collocazione materiale dei *freezer* in deposito o comodato gratuito presso i singoli esercizi commerciali.

24. Il concessionario fornisce i singoli punti vendita che hanno sottoscritto un contratto di acquisto esclusivo o che comunque abbiano a disposizione un frigorifero in comodato.

L'approvvigionamento avviene mediante il meccanismo della "tentata vendita", nel senso che il concessionario consegna all'esercente, dietro pagamento in contanti, quanto lo stesso è disposto ad acquistare. Le quantità di gelato effettivamente distribuite dal concessionario sono strettamente connesse con la disponibilità di liquidità di ciascun esercizio e possono prescindere dalla capienza dei frigoriferi collocati presso lo stesso, i quali spesso sono utilizzati in misura sub-ottimale. Di conseguenza gli approvvigionamenti dei punti vendita hanno una frequenza elevata, talvolta addirittura giornaliera (audizione Unilever e Nestlé del 12 novembre 1996).

I contratti di acquisto esclusivo con gli esercenti

25. I concessionari provvedono alla raccolta materiale delle adesioni dei singoli esercenti ai contratti tipo predisposti dalle aziende produttrici e destinati a disciplinare i rapporti intercorrenti tra ciascuna impresa e gli esercizi commerciali.

Tali contratti tipo prevedono un obbligo di acquisto e di commercializzazione esclusiva di tutto l'assortimento dei prodotti gelati, nel senso che è precluso al rivenditore trattare presso il proprio punto vendita gelati di fornitori concorrenti. La clausola di esclusiva è prevista all'articolo 4 del contratto Unilever; all'articolo 1 del contratto Nestlé; all'articolo 5 del contratto Sammontana e all'articolo 6 del contratto Sanson.

A titolo rafforzativo del vincolo di esclusiva, tutti i contratti prevedono una significativa penale (50% del fabbisogno annuo di gelato) per il caso in cui l'esercente risulti inadempiente alla clausola di esclusiva.

I prodotti oggetto degli accordi non sono specificamente indicati nel contratto, bensì determinati con riferimento ai listini dell'azienda fornitrice, soggetti a variazioni annuali. Pertanto, l'esclusiva è riferita all'intera gamma e comprensiva del gelato sfuso industriale.

26. Di solito i contratti tipo prevedono l'obbligo dell'esercente di promuovere le vendite e di esporre il materiale pubblicitario messo a disposizione dal fornitore e, in quest'ottica, risulta che i cartelloni pubblicitari delle aziende industriali contengano anche l'indicazione del prezzo al pubblico. La previsione è contenuta nell'articolo 5 dei contratti Unilever e Sammontana e, nell'articolo 6 del contratto Sanson (audizione FIEPET del 10 giugno 1996 e audizione delle parti del 3 dicembre 1996).

E' stabilito, inoltre, un obbligo dell'esercente di far subentrare il concessionario nel contratto di acquisto esclusivo con la ditta fornitrice, laddove intendesse procedere all'alienazione del punto vendita (articolo 7 contratto Unilever, artt. 8 contratti Nestlé e Sammontana e articolo 10 contratto Sanson).

27. Di regola, i contratti hanno durata variabile da uno a cinque anni. Qualora il contratto abbia durata inferiore al quinquennio, esso è soggetto a proroga tacita di anno in anno solo per una durata massima di cinque anni.

28. Nel corso dell'istruttoria sono state acquisite alcune evidenze relative ad accordi tra le imprese principali, nonché tra concessionari delle stesse, in ordine al reciproco rispetto degli esercizi commerciali. In altri termini, è emerso che in alcuni casi ricorrono impegni di non concorrenza, consistenti nell'evitare di acquisire punti vendita già attivi nella distribuzione di gelati concorrenti (ad es. documentazione del 18 giugno 1996 agli atti del procedimento).

I contratti di cessione in uso dei frigoriferi

29. Dalle acquisizioni istruttorie risulta che i sistemi distributivi delle imprese parti del presente procedimento consistono, oltre che dei contratti di acquisto esclusivo di cui sopra, anche della prassi di cedere al pubblico esercizio i frigoriferi necessari per il mantenimento dei prodotti. Come sopra accennato, il *freezer* viene ceduto dall'azienda (attraverso il concessionario di zona) in comodato o deposito gratuito all'esercente, che si obbliga dal canto suo a conservarvi unicamente prodotti della ditta fornitrice (c.d. *freezer exclusivity*).

30. La disciplina del rapporto contrattuale relativa al frigorifero è generalmente contenuta nella "bolla di accompagnamento" utilizzata per il trasporto dell'apparecchio ed in alcuni casi ribadita nel contratto di acquisto esclusivo (documentazione Unilever, Nestlé e Sammontana del 16 maggio 1996 e Audizione Sanson dell'11 giugno 1996).

In ogni caso, è emerso che il contratto di cessione in uso del frigorifero non è funzionalmente e necessariamente collegato al contratto di acquisto esclusivo, ben potendo un esercizio disporre di un *freezer* in esclusiva di un'azienda senza aver sottoscritto con la stessa un contratto di acquisto esclusivo (audizioni delle parti).

Di qui la distinzione, più volte affermata dalle parti, tra esercizi "contrattizzati" e non "contrattizzati": i primi vincolati con un contratto di esclusiva globale di acquisto, i secondi comunque stabilmente approvvigionati in virtù della *freezer exclusivity*.

31. La documentazione dell'istruttoria mostra come ciascun pubblico esercizio approvvigionato dalle imprese dispone mediamente di 2 *freezer* con caratteristiche differenti, uno per i prodotti confezionati e uno per lo sfuso, oppure con strutture diverse per il confezionato, verticale e orizzontale (Verbale audizione Unilever e Nestlé del 12 novembre 1996).

e) Gli esercizi approvvigionati dalle parti.

32. Dalle informazioni acquisite dalle parti nel corso del procedimento risulta che Unilever e Nestlé forniscono rispettivamente [omissis]² e [omissis] esercizi, a fronte dei [omissis] di Sammontana e dei [omissis] di Sanson.

Le imprese interessate approvvigionano, pertanto, un numero di esercizi complessivo di 259 mila unità, tutti in possesso di almeno un *freezer* in esclusiva. Tale valore è addirittura superiore rispetto alla stima del totale degli esercizi non artigianali fornita all'Autorità dalla Federazione Italiana Pubblici Esercizi (238 mila). La diversa natura delle fonti, nonché alcune sovrapposizioni di approvvigionamento spiegano la, peraltro limitata, divergenza nei dati. Risulta in ogni caso l'assoluta rilevanza dei sistemi distributivi delle aziende interessate e la loro estensione all'intero mercato considerato.

33. Nell'ambito del totale degli esercizi approvvigionati, i contratti di acquisto esclusivo interessano ben 162 mila punti vendita (documentazione Unilever del 13 giugno 1996, Nestlé del 13 giugno 1996, Sammontana del 14 giugno e 24 ottobre 1996 e informazioni fornite da Sanson nel corso dell'audizione dell'11 giugno 1996). In media, circa il 73% del fatturato realizzato nell'impulso dalle aziende interessate transita attraverso esercizi vincolati in esclusiva.

Tabella 3: Punti vendita in esclusiva

Imprese	esercizi
---------	----------

²Nella presente versione alcuni dati saranno d'ora in avanti omessi, conformemente alle disposizioni dell'art. 8, comma 1, del D.P.R. 10 settembre 1991, n. 461.

	n.	%
Unilever	[omissis]	[omissis]
Nestlé	[omissis]	[omissis]
Sammontana	[omissis]	[omissis]
Sanson	[omissis]	[omissis]
Totale imprese	162.000	68,1
Totale mercato	238.000	100

Fonte: dati forniti dalle parti e dalla Federazione Italiana Pubblici Esercizi

34. I contratti di acquisto esclusivo interessano in prevalenza esercizi commerciali caratterizzati dagli approvvigionamenti più importanti. Infatti, il fatturato medio realizzato dalle singole imprese interessate nei punti vendita con contratto di acquisto esclusivo risulta decisamente superiore rispetto a quello degli esercizi con la sola esclusiva sul *freezer* (tabella 4).

Tabella 4: fatturato medio per punto vendita realizzato dalle singole imprese.

	Esercizi con contratto di acquisto esclusivo (in milioni)	esercizi con sola freezer exclusivity (in milioni)
Unilever	[omissis]	[omissis]
Nestlé	[omissis]	[omissis]
Sammontana	[omissis]	[omissis]

Fonte: dati forniti dalle parti

f) Barriere all'entrata

35. Il mercato del gelato industriale è caratterizzato dalla presenza di grandi imprese e da un elevato grado di concentrazione. Tale struttura è determinata da una serie di fattori che impediscono l'entrata.

36. In primo luogo, risultano elevati i costi di distribuzione che occorre sostenere per accedere al mercato, connessi alla necessità di impiantare e utilizzare una catena del freddo e alla polverizzazione dei punti vendita. La costituzione di un sistema distributivo rispondente a criteri di economicità implica in sostanza per un nuovo produttore la conquista di un numero rilevante e geograficamente concentrato di esercizi commerciali che possano essere approvvigionati dal concessionario di zona.

37. In secondo luogo, trattandosi di un'industria di beni di largo consumo, largamente basata sulla rinomanza del marchio e del prodotto, per affrontare la competizione occorre disporre di elevate capacità finanziarie per sviluppare tecnologia e know-how necessari, nonché per sostenere gli elevati investimenti pubblicitari necessari al lancio e all'affermazione del prodotto. Al riguardo, risulta che le imprese industriali attive in questo settore hanno sostenuto nel 1994 investimenti pubblicitari complessivi per circa 210 miliardi di lire, valore pari all'8,5% dell'intero fatturato industriale. Le imprese parti del presente procedimento hanno sostenuto la quasi totalità di tali spese, pari a circa il 96% del settore (Fonte Databank).

38. Inoltre, il generale ricorso a contratti di *freezer* exclusivity, utilizzati oltre che dalle grandi imprese industriali, anche da aziende di piccole dimensioni (Ambrosiana, Gelpas, SIPA, Bindi, Stocchi, Tonitto, Unione Laboratori, Steffan e Olearia), costituisce a sua volta una barriera all'entrata.

39. In questo contesto, la struttura del mercato risulta definitivamente irrigidita dalla adozione da parte di tutte le imprese attive nella produzione di gelati industriali di contratti di esclusiva globale sul punto vendita, idonei a rendere ancora più difficoltoso l'accesso al mercato.

40. L'insieme delle circostanze sopra richiamate, unitamente alla riduzione dei consumi del prodotto impulso, caratterizzano il mercato rilevante come mercato con elevate barriere per i nuovi entranti. La forma di ingresso più praticabile è infatti rappresentata dall'acquisto di operatori già presenti ed affermati sul mercato. Circostanza questa difficilmente realizzabile in un mercato già particolarmente concentrato.

41. A titolo di comparazione si deve notare che la situazione risulta sostanzialmente diversa nel settore del gelato da asporto, ove la diversa natura dei sistemi distributivi utilizzati dalle principali imprese

rende sostanzialmente più agevole l'ingresso. Infatti, nell'asporto le quote di mercato delle quattro imprese industriali parti del procedimento si riducono complessivamente dal 90% circa, detenuto nell'impulso industriale, al 64%. Nel settore asporto le imprese concorrenti realizzano il 35,9% in volume a fronte del 10,9% conseguito nell'impulso.

In questo senso, risultano significative le esperienze di imprese entrate di recente sul mercato italiano del gelato. Negli ultimi anni, gli unici ingressi di qualche rilievo si registrano infatti proprio nel prodotto da asporto, tipicamente distribuito attraverso il canale alimentare o "porta a porta", ove l'assenza di una diffusa prassi di contratti di acquisto esclusivo e di *freezer exclusivity*, rende molto più agevole l'accesso. Ci si riferisce in particolare alle esperienze di Bo Frost nelle vendite "porta a porta" e Haagen Dazs nel canale alimentare.

IV. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI E LE PROPOSTE DI MODIFICA DELLE INTESI

42. Nel corso dell'istruttoria, Nestlé, Unilever, Sammontana e Sanson sono state ascoltate in audizione sia individualmente che congiuntamente. Le stesse parti hanno depositato memorie, indagini di mercato e scritti difensivi. Le principali argomentazioni contenute in tali atti possono essere sintetizzate come segue:

a) gli accordi di acquisto esclusivo sono conformi al Regolamento CEE 1984/83 e quindi esentati in virtù della normativa comunitaria. Pertanto l'Autorità non potrebbe vietare tali accordi se non a costo di violare il principio della supremazia del diritto comunitario;

b) la valutazione delle fattispecie deve essere effettuata avendo a riferimento il gelato da impulso nel suo complesso, senza effettuare distinzioni tra prodotto industriale e artigianale. Le gelaterie artigianali distribuiscono infatti anche il prodotto industriale sfuso e, in quest'ottica, anche tali esercizi (circa 24 mila) devono essere considerati accessibili per la distribuzione del prodotto impulso. Inoltre, ciascun anno il numero dei punti vendita "liberi o liberabili" per scadenza del contratto ammonterebbe a oltre 100 mila unità. Le intese in esame non determinano pertanto alcun blocco dell'accesso al mercato per i concorrenti;

c) laddove l'Autorità ravvisasse l'esistenza di un blocco dell'accesso al mercato, deve comunque essere tenuto nel debito conto il contributo che ciascuna delle intese in esame apporta a tale effetto. Sotto questo profilo, Sanson e Sammontana affermano che la loro limitata posizione sul mercato non consentirebbe di incidere sensibilmente sulla concorrenza e comunque la clausola di esclusiva sarebbe da queste imprese utilizzata soprattutto a fini di difesa nei confronti della potenza economica delle multinazionali del settore. Peraltro, sotto questo profilo le difese di Nestlé e Unilever escludono la possibilità di un trattamento diverso tra le stesse parti del procedimento;

d) in ogni caso, qualora si volesse concludere nel senso che tutte le intese interessate apportano un contributo significativo all'effetto di blocco, l'Autorità, ad avviso delle quattro grandi imprese industriali, non potrebbe effettuare discriminazioni, vietando le esclusive solo per le imprese interessate dalla presente procedura e lasciando liberi gli altri operatori di utilizzare questo "strumento";

e) le intese sarebbero comunque autorizzabili in deroga ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 287/90, in quanto consentirebbero un miglioramento delle condizioni di offerta.

43. Nel corso del procedimento le parti, al fine di superare le obiezioni sollevate dall'Autorità in merito alla possibile natura restrittiva delle intese, hanno dichiarato la disponibilità ad apportare alcune modifiche ai propri contratti tipo, finalizzate alla riduzione della durata massima da cinque a tre anni, alla riduzione dell'importo della penale posta a carico dell'esercente per il caso di inadempimento dell'esclusiva di acquisto ed a garantire una maggiore trasparenza nella gestione dei rapporti con gli esercenti.

V. VALUTAZIONE DELLE FATTISPECIE

a) Il Regolamento CEE 1984/83

44. Nell'ambito dell'applicazione del diritto della concorrenza, la Commissione ha adottato uno specifico Regolamento (Reg. CE n. 1984/83), che individua le forme e i limiti attraverso cui sistemi distributivi improntati a clausole di esclusiva possono attuarsi in conformità alle disposizioni del Trattato CE poste a tutela della concorrenza. Il Regolamento, da un lato, autorizza accordi che soddisfino determinate condizioni di durata e di oggetto, dall'altro esclude che gli stessi siano suscettibili di valutazione positiva, in via generale, quando diano alle imprese partecipanti la possibilità di escludere la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione.

In virtù di questo principio, anche accordi astrattamente riconducibili alla fattispecie prevista in sede di Regolamento, possono ricadere nel divieto di intese restrittive della concorrenza laddove, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, siano idonei ad ostacolare in maniera sensibile l'accesso al mercato da parte di altri produttori. In quest'ottica un orientamento dell'Autorità nazionale a favore di intese siffatte si porrebbe in contrasto con i principi comunitari anche recentemente ribaditi in sede giurisprudenziale con riferimento a fattispecie interessanti proprio la distribuzione dei gelati (Decisioni della Commissione del 23 dicembre 1992 *Langnese e Scholler* e sentenze del Tribunale di primo grado 8 giugno 1995 cause T-7/93 e T-9/93).

45. Anche a voler prescindere da tale considerazione, che ha comunque carattere assorbente, gli accordi in esame presentano comunque clausole restrittive della concorrenza diverse ed ulteriori rispetto all'esclusiva e quindi non sono conformi alla fattispecie astratta di accordo esentato dal Regolamento comunitario.

Si consideri, a titolo di esempio, che i contratti tipo prevedono l'obbligo dell'esercente di esporre i cartelloni pubblicitari predisposti dai fornitori, che contengono anche l'indicazione del prezzo al pubblico. Pur trattandosi, a detta delle imprese, di prezzi "consigliati" nel minimo, le indicazioni fornite dai produttori hanno una natura particolarmente cogente, in quanto le eventuali modifiche vengono effettuate solo al rialzo. Questa previsione contrattuale, valutata congiuntamente alla circostanza che la maggior parte degli esercenti effettivamente rispetta i prezzi indicati - a detta delle parti solo il 32% se ne discosterebbe -, è da sola in grado di escludere l'applicazione del Regolamento 1984/83.

Gli accordi sanciscono poi un obbligo dell'esercente di far subentrare il cessionario nel contratto di acquisito esclusivo con la ditta fornitrice, laddove intendesse procedere all'alienazione del punto vendita. Anche questa previsione appare del tutto incompatibile con all'applicazione del Regolamento.

Atteso che le disposizioni del Regolamento di esenzione costituiscono eccezioni al divieto generale di intese restrittive della concorrenza sancito dall'articolo 85.1 del Trattato CE, esse devono essere assoggettate alle regole della "stretta" interpretazione. In questo senso, le divergenze rilevate tra gli accordi in esame e la fattispecie astratta prevista dal Regolamento escludono l'applicabilità del Regolamento di esenzione per categoria. Espressamente in tal senso si è espressa la Corte di Giustizia europea, laddove ha affermato che *un giudice nazionale non può estendere il campo di applicazione del regolamento CE 1984/83 a contratti di fornitura di birra che non rispondono esplicitamente alle condizioni di esenzione fissate da questo Regolamento* (Sentenza del 28 febbraio 1991, causa C 234/89, *Delimitis/Henninger Breau*).

b) Natura restrittiva delle intese

46. Dal punto di vista della qualificazione giuridica, i contratti sottoscritti da ciascuna delle imprese parti del procedimento con i rispettivi esercizi commerciali, costituiscono altrettante intese, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90.

47. Le clausole di esclusiva contenute in tali accordi pongono a carico del rivenditore l'obbligo di acquistare tutto il proprio fabbisogno di gelati unicamente presso l'impresa preponente ed escludono, nel contempo, che lo stesso possa commercializzare presso il proprio punto vendita prodotti concorrenti. Le clausole hanno un carattere particolarmente vincolante per il rivenditore, sul quale incombe l'onere del pagamento di una significativa penale nel caso di inadempimento.

D'altro canto, la circostanza che i prodotti interessati non siano specificamente indicati negli accordi, ma risultino da listini modificabili annualmente per iniziativa unilaterale del fornitore, estende la portata effettiva delle esclusive.

48. Le reti di distribuzione in esclusiva pongono al diritto *antitrust* un problema complesso. Infatti, esse hanno la caratteristica intrinseca di ostacolare la fluidità del mercato e di limitare le possibilità di scelta dei consumatori nei singoli punti vendita. D'altro canto, è talvolta proprio alle reti di distribuzione in esclusiva che si deve lo sviluppo della concorrenza tra marche, attraverso la localizzazione degli esercenti nella vendita del prodotto distribuito in esclusiva, la possibilità per i produttori di programmare investimenti a più lungo termine in un quadro di maggiore prevedibilità del mercato e lo sviluppo di un'assistenza post vendita più qualificata e dedicata a vantaggio dei consumatori.

Per queste ragioni, il bilancio concorrenziale delle reti di distribuzione esclusiva è sempre articolato. Il pregiudizio della concorrenza insito in sistemi improntati a clausole di esclusiva è tuttavia sempre sanzionato nei casi in cui dalle intese derivi un effetto seriamente "escludente", ossia quando, dato il contesto

economico e giuridico di riferimento, l'ingresso di nuovi operatori ovvero l'espansione delle quote di mercato di operatori già presenti risulti gravemente compromesso.

49. Questo è certamente il caso del procedimento in oggetto, poiché l'ingresso al mercato di nuovi operatori appare sostanzialmente impedito dalla generalizzata rete di intese in esclusiva realizzate dalle imprese industriali parti del procedimento. In più, la limitazione della possibilità di scelta dei consumatori, insita in sistemi siffatti, appare massimizzata nel presente caso, trattandosi del consumo di prodotti da impulso, per i quali è particolarmente oneroso uno spostamento dell'utilizzatore finale da un punto vendita all'altro.

Per altro verso, nella fattispecie in esame, i vantaggi concorrenziali talvolta derivanti dalla distribuzione esclusiva appaiono limitati o assenti in un mercato maturo, nel quale gli investimenti sono stabilizzati da altre pratiche restrittive e l'assistenza post vendita non gioca alcun ruolo. Ancor più, nel caso di specie, l'istruttoria ha mostrato come le eventuali sinergie positive insite nei sistemi distributivi esclusivi non abbiano, di fatto prodotto gli auspicati effetti benefici sulla concorrenza *interbrand*.

E' emerso, piuttosto, che le fattispecie in esame hanno indotto una grave alterazione delle dinamiche competitive. Più in particolare la clausola di esclusiva presente nei contratti di distribuzione dei gelati ha determinato, in concreto, un'alterazione della concorrenza tra i principali operatori e un innalzamento delle barriere all'ingresso nel mercato.

50. Le clausole di esclusiva, nel caso specifico, hanno indotto a compartimentazioni del mercato e attenuato le normali dinamiche competitive, sostituendo la concorrenza per il reperimento di un numero significativo di punti vendita alla competizione sulla qualità del prodotto e sul prezzo. Invero, considerate le peculiari caratteristiche di questo mercato, quali l'elevato grado di concentrazione e l'assenza di ingressi significativi, appare emergere un allineamento delle condizioni di offerta, come risulta dall'analisi comparata dei listini prezzi delle principali imprese industriali.

In concreto, alcuni degli atti istruttori mostrano l'esistenza di atteggiamenti tendenzialmente collusivi in ordine alla spartizione dei punti vendita tra le maggiori imprese industriali. Per quanto questa fattispecie non sia oggetto del presente procedimento, tuttavia la documentazione acquisita conferma come lo spostamento della competizione al mero livello di reperimento dei punti vendita assicuri alle imprese un efficace controllo sull'attività dei concorrenti e riduca le variabili su cui dovrebbe esplicarsi un'effettiva concorrenza, il che facilita accordi collusivi più o meno taciti tra i concorrenti.

51. Ma, soprattutto, la presenza della clausola di esclusiva falsa le normali dinamiche competitive, in quanto impone a tutte le imprese che vogliono operare sul mercato di presentarsi con un intero assortimento di prodotti.

Essa, infatti, induce i punti vendita a commercializzare tutto l'assortimento di prodotti di un solo fornitore. Considerato che tale sistema è utilizzato dalla quasi totalità delle imprese attive nel mercato, l'esercente si trova nella necessità di dover scegliere una sola impresa. In questa situazione, la scelta tra i vari fornitori possibili non potrà che cadere su quelli titolari di un marchio affermato e di un'ampia gamma di prodotti, non essendo consentito commercializzare anche un solo prodotto di un terzo. La clausola di esclusiva è pertanto idonea ad escludere automaticamente dal mercato imprese monoprodotto, o comunque non in grado, per scelta strategica o per capacità finanziarie, di immettere sul mercato un assortimento completo e di effettuare rilevanti investimenti pubblicitari. Si pensi, ad esempio, alla società denunciante, che vende gelato industriale sfuso, ovvero anche a società quali Dolma (marchio Mars) e Haagen Dazs, presenti rispettivamente con una sola tipologia di prodotto e nella fascia alta di produzione.

Sulla base di queste premesse, la circostanza che un certo numero di esercizi commerciali siano ogni anno "liberabili" alla scadenza dei contratti, non può far venire meno l'alterazione del gioco della concorrenza, in quanto la possibilità per un nuovo entrante di accedere agli esercizi "liberati" è comunque subordinata alla fornitura di un'intera gamma di prodotti, non essendo ipotizzabile, in presenza di un sistema di esclusive sul punto vendita, la compresenza nel medesimo esercizio di più marche.

52. La restrizione che ne deriva è di particolare rilevanza, quando si consideri che, in una normale logica commerciale, l'entrata di nuovi operatori sui mercati, di regola, non può che avvenire inizialmente per un singolo prodotto o per una tipologia ristretta di prodotti, per estendersi solo successivamente ad una gamma completa. Data la situazione di chiusura del mercato di riferimento, l'alternativa per un nuovo concorrente si riduce pertanto alla conclusione di un accordo di distribuzione con un operatore già affermato sul mercato e dotato di una sua rete distributiva, ovvero all'acquisto dello stesso mediante un processo di

concentrazione. Soluzioni entrambe di difficile realizzazione in presenza di grandi imprese industriali che offrono una gamma completa di prodotti e di un mercato estremamente concentrato.

c) Blocco dell'accesso al mercato

Il contesto economico e giuridico di riferimento

53. Tenendo conto del contesto economico e giuridico nel quale le intese si collocano e del contributo che ciascuna di esse apporta all'effetto cumulativo di blocco dell'accesso al mercato, risulta che le fattispecie in esame hanno una diffusione ed un impatto tali da frapporre effettivi ostacoli al libero esplicarsi della concorrenza, in violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90.

54. Dall'analisi del mercato condotta nel corso dell'istruttoria e di cui è stato dato conto nel presente provvedimento, risulta che il mercato del gelato industriale da impulso è caratterizzato da un significativo livello di concentrazione, dal momento che le prime quattro imprese, parti del procedimento, realizzano circa il 90% delle vendite. D'altro canto, l'accesso è reso particolarmente oneroso per i nuovi entranti in considerazione della particolare fedeltà dei consumatori alle marche esistenti e dell'elevato livello di saturazione del mercato, che registra negli ultimi anni un significativo calo di consumi.

A ciò si aggiungano gli elevati costi di distribuzione dei gelati, connessi alla necessità di preservare la catena del freddo e di approvvigionare esercizi commerciali che nel mercato italiano si presentano assai numerosi.

55. Infine, l'elemento più rilevante che contribuisce a connotare il mercato di riferimento come di difficile accesso è rappresentato dalla generalizzata prassi della *freezer* exclusivity: praticamente ogni esercizio commerciale attivo nella distribuzione dei gelati dispone di almeno un *freezer* di proprietà dell'azienda fornitrice, in cui può conservare solo prodotti della stessa.

Questa circostanza rappresenta un rilevante elemento per valutare le possibilità reali e concrete per i concorrenti di accedere al mercato di riferimento. Essa, infatti, comporta necessariamente che qualsiasi nuovo operatore si trovi nell'alternativa di convincere il rivenditore al dettaglio a sostituire il *freezer* già presente nel punto vendita, ovvero di indurlo ad accettare l'installazione di un *freezer* supplementare. Quest'ultima soluzione può poi rivelarsi semplicemente impossibile, per ragioni di spazio, nei piccoli esercizi. Inoltre, qualora il nuovo concorrente si presenti con un assortimento limitato di prodotti, può rivelarsi oltremodo difficile indurre il rivenditore a sostituire il *freezer* del precedente fornitore ed a rinunciare in tal modo a vendere prodotti già noti e variamente assortiti.

56. Il diffuso ricorso degli operatori industriali a clausole di esclusiva sul punto vendita va, quindi, ad inserirsi in un contesto di mercato già significativamente precluso all'entrata di nuove imprese. In questa prospettiva, l'esistenza di reti di esclusiva utilizzate da tutti gli operatori del mercato accentua l'effetto cumulativo di blocco.

Sotto questo profilo, non vale ad escludere l'esistenza di un contesto di difficile accesso quanto rappresentato dalle imprese in ordine alla esistenza di un rilevante numero di punti vendita non vincolati in esclusiva, in quanto essi corrispondono, in sostanza, agli esercizi che le parti comunque approvvigionano e che, dunque, detengono almeno un *freezer* in esclusiva. Invero, esercizi siffatti non possono ritenersi liberamente accessibili per i concorrenti, proprio per l'esistenza dei frigoriferi ad uso esclusivo.

Le parti inoltre osservano che la durata quinquennale dei contratti di esclusiva consente un elevato *turn over* dei punti vendita, rendendo in ogni caso possibile l'ingresso di concorrenti. Al riguardo si fa riferimento a quanto già esposto al § 51, da cui emerge che la durata circoscritta dei contratti non modifica in misura sostanziale la natura restrittiva delle clausole di esclusiva, in quanto la "liberazione" più o meno frequente degli esercizi non fa venire meno le alterazioni della concorrenza derivanti dalla necessità per i nuovi operatori di presentarsi sul mercato con un assortimento completo di prodotti.

57. Si deve, pertanto, concludere nel senso che il mercato italiano del gelato da impulso industriale si presenta di accesso estremamente difficile per nuovi operatori. A conferma della situazione di chiusura è significativa l'esperienza di Bo Frost e Haagen Dazs, la cui distribuzione si svolge attualmente attraverso canali alternativi (porta a porta e alimentare), dove non è dato riscontrare un effetto cumulativo di blocco di entità e diffusione equiparabile a quello del mercato impulso. D'altra parte, laddove si effettui un confronto con il settore del gelato da asporto, prodotto distribuito senza il ricorso generalizzato a clausole di esclusiva,

emerge una minore concentrazione e una posizione più significativa occupata da operatori minori, a testimoniare la minor difficoltà di accesso al mercato.

Contributo di ciascuna intesa all'effetto di blocco

58. Considerata la particolare difficoltà di accesso al mercato rilevante per i nuovi operatori, la valutazione della valenza restrittiva delle fattispecie in esame deve tener conto della misura in cui ciascuna delle intese contribuisce all'effetto cumulativo di blocco, dovendosi ritenere che solo un contributo significativo possa ricadere nel divieto dell'articolo 2 della legge n. 287/90.

Sotto questo profilo, la posizione delle parti contraenti sul mercato, con specifico riferimento alla quota di mercato e al numero di punti vincolati in esclusiva rispetto al totale dei pubblici esercizi attivi sul mercato rilevante, è di particolare rilievo e non confrontabile con quella delle imprese minori.

59. Ciascuna delle quattro grandi imprese industriali interessate realizza un volume di vendite significativo (almeno >7%) e vincola in esclusiva un numero di punti vendita elevato (almeno > 6%).

In particolare, analizzando la posizione delle singole imprese:

a) Unilever detiene una quota pari al 46,8%, in volume e vincola in esclusiva circa [omissis] punti vendita;

b) Nestlé ha una quota di mercato del 23,3% e vincola [omissis] punti vendita;

c) Sammontana realizza l'11,3% delle vendite e vincola [omissis] esercizi;

d) Sanson ha una quota del 7,7% e vincola [omissis] punti vendita attivi.

60. In merito a quanto rappresentato da Sanson e Sammontana circa l'irrelevanza del contributo dalle stesse apportato all'effetto di blocco, in ragione della ridotta dimensione delle rispettive aziende rispetto alle concorrenti multinazionali, si osserva quanto segue.

Per quanto non sia negabile una diversa entità del contributo che ciascuna intesa apporta alla situazione di chiusura del mercato, questa può semmai comportare una diversa valutazione in ordine alla rilevanza delle violazioni della concorrenza, piuttosto che essere considerata alla stregua di un elemento esimente. A tale conclusione si giunge non solo considerando la significativa quota di mercato di tali imprese a livello nazionale ed il rilevante numero di punti vendita vincolati, che si aggira sempre nell'ordine delle decine di migliaia, ma anche tenendo conto della importante presenza delle stesse in alcune aree geografiche del territorio nazionale.

La posizione di rilievo di Sanson e Sammontana risulta nettamente distinta da quella degli altri operatori del mercato non coinvolti nella presente procedura. Questi ultimi, infatti, sono costituiti da una pluralità (circa 40) di imprese che, globalmente considerate, realizzano una quota di mercato di poco superiore a quella detenuta singolarmente dalla Sanson. L'operatore principale non coinvolto nel presente procedimento ha una quota di mercato nazionale dell'1,5%, inferiore ad un quinto di quella della Sanson.

Non sono, pertanto, condivisibili le argomentazioni delle parti circa la presunta discriminazione tra le imprese parti del procedimento e i restanti operatori del mercato, che pur utilizzano clausole di esclusiva per la distribuzione dei propri prodotti. Al riguardo, da un'analisi della posizione delle imprese industriali minori condotta nel corso del procedimento è apparso che il contributo che le stesse, singolarmente considerate, apportano, sia a livello nazionale che locale, all'effetto di blocco si presenta assolutamente marginale e comunque non paragonabile con quello prodotto dai contratti di esclusiva posti in essere anche dalla meno importante delle imprese industriali parte del procedimento. In questo senso, "i contratti di acquisto in esclusiva di un fornitore la cui incidenza sull'effetto cumulativo sia insignificante non ricadono nella sfera di applicazione dell'articolo 85.1 (Sentenza della Corte di Giustizia, *Delimitis* cit. punti 23 e 24 e Sentenze del Tribunale di I Grado *Langnese* e *Scholler* cit. rispettivamente ai punti 206 e 160).

E' opportuno, sotto questo profilo, osservare che lo svolgimento di un procedimento *antitrust* nei confronti di alcune imprese non può automaticamente comportare un'analisi dettagliata della posizione di mercato di ciascuno dei soggetti non coinvolti, al fine di verificare l'eventuale restrittività dei sistemi distributivi dagli stessi utilizzati. I comportamenti delle altre imprese attive sul mercato di riferimento - laddove soprattutto, come nel caso di specie, si tratti di operatori molteplici e marginali - devono piuttosto essere analizzati nel loro complesso, quale elemento che contribuisce a caratterizzare il contesto economico e giuridico.

Peraltro, ove dovesse emergere che, in futuro, in ambito nazionale o locale, contratti di esclusiva analoghi a quelli stipulati dalle imprese interessate dal presente procedimento producono un significativo effetto restrittivo della concorrenza, l'Autorità si riserva di intervenire avviando uno specifico procedimento.

61. Le valutazioni svolte consentono di affermare che, avendo a riferimento il peculiare contesto economico e giuridico del mercato interessato, le reti di vendita in esclusiva delle quattro grandi imprese industriali interessate dal presente procedimento apportano, ciascuna isolatamente considerata, un contributo significativo all'effetto cumulativo di blocco e configurano una sensibile restrizione della concorrenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera b), della legge n. 287/90.

62. Le modifiche ai contratti proposte dalle parti nel corso del procedimento, incentrate sulla riduzione della durata (da cinque a tre anni) e dell'importo della penale per l'inadempimento, non rimuovono gli elementi lesivi della concorrenza insiti nei sistemi distributivi in vigore.

Infatti, per tutte le ragioni sopra esposte le modifiche contrattuali proposte, ed in particolare la riduzione della durata dei contratti, lasciano essenzialmente inalterate le caratteristiche restrittive delle intese, rappresentate in particolare dalla introduzione di una concorrenza sull'intero assortimento di prodotti, con conseguente inibizione dell'ingresso per operatori monoprodotto ovvero attivi nella fascia alta di produzione.

VI. LE ISTANZE DI AUTORIZZAZIONE IN DEROGA

63. Le parti hanno presentato, in via subordinata, istanza di autorizzazione in deroga, ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 287/90, in quanto ritengono che le intese apportino un effettivo miglioramento delle condizioni di offerta, minimizzando le fluttuazioni della domanda, garantendo un approvvigionamento capillare e regolare dei punti vendita anche di piccole dimensioni e contestualmente un contenimento degli elevati costi di distribuzione mediante un'adeguata programmazione della produzione. Ne conseguirebbe un sicuro vantaggio del consumatore, il quale, da un lato, potrà beneficiare di un approvvigionamento regolare e dall'altro usufruirà di prezzi più vantaggiosi. L'incremento dei costi a seguito dell'eliminazione dell'esclusiva, a parità di fatturato, si aggirerebbe in media intorno al 4,5%

64. L'articolo 4 della legge n. 287/90 attribuisce all'Autorità il potere di autorizzare, per un periodo di tempo limitato, intese vietate dall'articolo 2 che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta ed i cui effetti siano tali da comportare un sostanziale beneficio per il consumatore. L'autorizzazione non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità perseguite dall'intesa, né la medesima autorizzazione può consentire l'eliminazione della concorrenza sul mercato interessato.

Miglioramento delle condizioni di offerta

65. In merito ai miglioramenti della produzione, se è vero che i sistemi di esclusiva in esame garantiscono alle imprese una protezione contro le fluttuazioni della domanda ed assicurano la possibilità di un mercato più "prevedibile", è pur vero che, nel mercato in esame, le clausole di esclusiva si sovrappongono ad una realtà di fatto già predisposta per risolvere, in massima parte, i problemi di linearizzazione della produzione. Ciascun esercizio commerciale dispone infatti di frigoriferi in cui può conservare unicamente i prodotti dell'impresa fornitrice. Di conseguenza, le aziende, essendo a conoscenza del numero dei *freezer* concesso in comodato e della capienza massima di ciascuno di essi, sono in grado per ciò solo di programmare, con ragionevole approssimazione, la loro produzione. L'obiettivo della miglior programmazione della produzione è pertanto già perseguito con la *freezer exclusivity*.

Inoltre l'argomento della prevedibilità della produzione potrebbe forse essere invocato da piccoli operatori, per i quali la riduzione delle vendite determinata dall'espansione dei consumi di prodotti concorrenti in alcuni esercizi potrebbe non essere compensata da andamenti di segno opposto in altri esercizi. Assai diverso si presenta il problema per le parti del presente procedimento che, disponendo di una rete distributiva composta da un numero di esercizi che varia (a secondo dell'operatore) da 30.000 a oltre 100.000 unità, possono agevolmente compensare le fluttuazioni dei consumi dei singoli punti vendita.

66. Secondo quanto rappresentato dalle parti, i sistemi in esclusiva permetterebbero anche un miglioramento della distribuzione dei prodotti, consentendo un approvvigionamento capillare e regolare dei punti vendita anche di piccole dimensioni. In assenza di sistemi di esclusiva le aziende dovrebbero astenersi dal rifornire, per motivi di costo, gli esercizi commerciali con fatturato ridotto nella vendita di gelati, laddove questo fatturato dovesse essere ripartito tra più produttori.

A questo proposito, si osserva che nel corso del procedimento è emerso come le clausole di esclusiva siano rivolte principalmente a "fidelizzare" punti vendita con fatturati significativi nel gelato. E' pur vero che

le parti approvvigionano anche esercizi caratterizzati da fatturati più contenuti, ma, nei confronti di questi, non ricorrono all'esclusiva d'acquisto, bensì si avvalgono prevalentemente della *freezer exclusivity*. Circostanza questa che conferma la "finalità escludente" che le imprese stesse attribuiscono alla contrattazione esclusiva. Infatti, la sovrapposizione dell'esclusiva di acquisto alla preesistente esclusiva sul frigorifero si realizza, di fatto, unicamente per gli esercizi che, per le loro dimensioni, sarebbero in grado di detenere più di un frigorifero e quindi di poter garantire l'ingresso di un concorrente

67. Per quanto concerne poi l'incremento dei costi di distribuzione lamentato dalle parti, va osservato che in linea generale tali costi costituiscono uno dei fattori il cui contenimento dovrebbe rappresentare il frutto di scelte strategiche condizionate dalla pressione concorrenziale.

In ogni caso, la stima delle parti in ordine ad un aumento dei costi di distribuzione intorno al 4,5% non appare realistica, in quanto tale incremento è calcolato avendo a riferimento un'ipotesi estrema, quale quella del dimezzamento del fatturato dei punti vendita vincolati e assumendo come immutata l'attuale struttura distributiva. In realtà, le modifiche ai sistemi distributivi vigenti, che conseguiranno alla eliminazione dell'esclusiva globale sul punto vendita, potranno assumere le caratteristiche più diverse così come avviene ogni volta che si attiva una nuova dinamica concorrenziale. In quest'ottica, ogni stima condotta in ordine agli eventuali incrementi dei costi distributivi risulta difficilmente attendibile, per le numerose e imprevedibili variabili di cui dovrebbe effettivamente tener conto, tanto più in quanto gli aumenti dei costi stimati dalle parti non potrebbero che verificarsi nel lungo periodo, a causa della permanenza della *freezer exclusivity*.

Beneficio dei consumatori

68. Le parti affermano che le clausole di esclusiva consentono il contenimento dei prezzi al consumo, e, a dimostrazione, adducono la differenza di prezzi esistente tra l'Italia e gli altri Paesi europei, dove i sistemi distributivi delle aziende non sono talvolta improntati ad un regime di esclusiva.

69. In punto di fatto questa affermazione non è condivisibile, in quanto non è possibile rintracciare alcuna regolarità tra livello dei prezzi nei diversi paesi e presenza di clausola di esclusiva sul punto vendita. A titolo meramente esemplificativo, si consideri che i paesi europei, in cui il prezzo del gelato industriale risulta più elevato, ossia la Francia e la Danimarca, sono quelli ove è ampiamente utilizzata la clausola di esclusiva sul punto vendita. Ciò testimonia come i livelli di prezzi dipendano da una pluralità di elementi idiosincratici nazionali: l'inferenza addotta dalle parti, mirante a stabilire un nesso tra prezzi e clausola di esclusiva, non è, dunque, provata dal confronto internazionale.

In conclusione, l'argomentazione non può essere accolta, atteso che il livello contenuto dei prezzi del gelato industriale in Italia appare attribuibile ad un variegato complesso di caratteristiche strutturali del mercato, tra le quali assume un rilievo determinante l'elevata propensione al consumo di gelato, che consente importanti economie di scala e quindi il contenimento dei costi di produzione e di distribuzione.

70. D'altro canto, le intese oggetto del procedimento non arrecano benefici ai consumatori e anzi ne limitano fortemente la possibilità di scelta: nei punti vendita in esclusiva l'utilizzatore finale può, infatti, trovare solo l'assortimento di gelati di un solo produttore. Per quanto nelle vicinanze possa esistere un diverso esercizio che offre l'assortimento di un diverso produttore, ciò non di meno risulta estremamente disagiata per un consumatore di un prodotto d'impulso effettuare spostamenti per acquistare articoli appartenenti a diversi assortimenti (Decisioni della Commissione *Langnese* e *Scholler* cit. rispettivamente punti 123-124 e 122-123).

Indispensabilità della restrizione

71. Le restrizioni della concorrenza insite nelle clausole di esclusiva non sono indispensabili per il conseguimento del miglioramento delle condizioni di offerta, dal momento che, come sopra detto, in ogni caso la presenza della *freezer exclusivity* è già in grado di garantire comunque alle imprese un livello apprezzabile di efficienza produttiva e distributiva.

Eliminazione della concorrenza

72. Per quanto l'assenza delle condizioni precedenti, sia di per sé idonea ad escludere l'applicazione dell'articolo 4 della legge n. 287/90, è opportuno notare che le intese comportano la eliminazione della

concorrenza nel mercato nazionale del gelato da impulso industriale e, anche sotto questo profilo, si confermano non autorizzabili. A questo proposito, occorre considerare che ciascuna intesa, in quanto si sovrappone ad una diffusa prassi di esclusiva sui *freezer*, annulla le possibilità di ingresso dei concorrenti.

73. Dall'analisi della richiesta formulata e sulla base delle risultanze istruttorie acquisite nel corso del presente procedimento, le intese non soddisfano, pertanto, i requisiti richiesti dall'articolo 4 della legge n. 287/90 e pertanto non sono suscettibili di beneficiare dell'autorizzazione in deroga al divieto di intese prevista da tale disposizione.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che i contratti di acquisto e commercializzazione stipulati da Unilever Italia Spa e dai pubblici esercizi per la distribuzione del gelato da impulso, con particolare riferimento alla clausola di esclusiva prevista all'articolo 4 ed alla clausola penale prevista dall'articolo 8, costituiscono una violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90, in quanto, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, hanno per effetto di restringere in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale;

b) che i contratti di acquisto e commercializzazione stipulati da Nestlé Italiana Spa e dai pubblici esercizi per la distribuzione del gelato da impulso, con particolare riferimento alla clausola di esclusiva prevista all'articolo 1 ed alla clausola penale prevista dall'articolo 5, costituiscono una violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90, in quanto, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, hanno per effetto di restringere in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale;

c) che i contratti di acquisto e commercializzazione stipulati da Sammontana Srl e dai pubblici esercizi per la distribuzione del gelato da impulso, con particolare riferimento alla clausola di esclusiva prevista all'articolo 5 ed alla clausola penale prevista all'articolo 9, costituiscono una violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90, in quanto, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, hanno per effetto di restringere in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale;

d) che i contratti di acquisto e commercializzazione stipulati da Sanson Spa e dai pubblici esercizi per la distribuzione del gelato da impulso, con particolare riferimento alla clausola di esclusiva prevista all'articolo

clausola penale prevista all'articolo 8, costituiscono una violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90, in quanto, tenuto conto del contesto economico e giuridico di riferimento, hanno per effetto di restringere in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale;

e) di rigettare le istanze di autorizzazione in deroga avanzate dalle parti ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 287/90;

f) che le imprese di cui alle lettere a)-d) che precedono pongano fine alle infrazioni accertate, cessando immediatamente di sottoscrivere, invocare o utilizzare la clausola di esclusiva contenuta nei rispettivi contratti - tipo e dall'applicare qualsiasi penale ad essa connessa agli esercizi commerciali riforniti;

g) che le stesse imprese presentino, entro centottanta giorni decorrenti dalla data della notificazione del presente provvedimento, una relazione illustrativa in ordine alle concrete misure adottate per rimuovere le infrazioni accertate.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere proposto ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 33, comma 1, della legge n. 287/90, entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Alberto Pera

IL PRESIDENTE
Giuliano Amato

* * *