

Programma di conformità e ottemperanza alle norme a tutela della concorrenza e del mercato

Linee Guida Compliance Antitrust

RICREA

INDICE

1.	PROGRAMMA DI CONFORMITÀ E OTTEMPERANZA ALLE NORME A TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO	1
2.	COS'È IL DIRITTO ANTITRUST?	5
3.	LINGUAGGIO ADEGUATO E USO DI DISPOSITIVI AZIENDALI	10
4.	ISPEZIONI A SORPRESA PRESSO I LOCALI DELL'IMPRESA (DAWN RAID)	11

1. PROGRAMMA DI CONFORMITÀ E OTTEMPERANZA ALLE NORME A TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

1.1 Introduzione

Ogni attività che il Consorzio Nazionale Riciclo e Recupero Imballaggi in Acciaio (di seguito anche "RICREA" o il "Consorzio") pone in essere è improntata al rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato (come meglio specificato al par 2 che segue, la "normativa antitrust") e a una politica di massima repressione di ogni violazione antitrust che venga posta in essere nell'attività consortile, interna e esterna.

Al fine di rendere concreto tale fondante e fondamentale impegno e garantire, dal punto di vista pratico e nello svolgimento delle singole attività del Consorzio, un adeguato livello di ottemperanza al diritto della concorrenza, RICREA ha predisposto il presente documento, denominato "Programma di conformità e ottemperanza alla norme a tutela della concorrenza e del mercato - Linee Guida Compliance Antitrust" (di seguito anche "Linee Guida"), con l'intento di guidare l'operato del Consorzio e del personale dello stesso. Le Linee Guida vengono redatte traendo ogni utile indicazione dalla prassi consolidata nel mercato, nazionale e internazionali, nonché dalle indicazioni fornite dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (l'"Autorità" o l'"AGCM") nell'ambito delle Linee Guida sulla *Compliance Antitrust* pubblicate il 25 settembre 2018¹.

Le presenti Linee Guida perseguono dunque il duplice obiettivo di:

1. promuovere e diffondere all'interno del Consorzio una cultura di rispetto della normativa antitrust;
2. costituire un punto di riferimento per tutto il personale coinvolto quotidianamente nei processi operativi e gestionali, facilitando l'identificazione delle condotte illecite (che eventualmente si verificano nonostante l'attività di formazione e prevenzione posta in essere), favorendo la segnalazione di eventuali criticità e l'individuazione delle soluzioni più idonee a porvi rimedio.

È intenzione del Consorzio diffondere le presenti Linee Guida al più ampio numero possibile di soggetti che, a vario titolo, vengano a contatto con le attività del Consorzio. Per tale ragione, le Linee Guida sono rivolte ai Membri degli Organi Consortili (Consiglio di Amministrazione, Direttore Generale e Collegio dei Sindaci), dell'Organismo di Vigilanza e ai Dipendenti (nel prosieguo "Personale").

In generale, l'obiettivo del documento è che tutto il Personale di RICREA in conformità alle presenti Linee Guida:

- i) agisca in modo corretto;
- ii) rispetti policy e regole interne, incluse quelle dettate nelle presenti Linee Guida;
- iii) rispetti la normativa antitrust, come sintetizzata ed esemplificata di seguito al capitolo 2;
- iv) segnali prontamente eventuali violazioni della suddetta normativa;
- v) sia consapevole del fatto che il proprio comportamento può danneggiare il Consorzio tanto economicamente quanto a livello reputazionale.

¹ Linee guida sulla compliance antitrust, Provvedimento n. 27356, disponibili al seguente indirizzo: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/intese-e-abusi/linee-guida-compliance>.

1.2 A chi si applicano le Linee Guida?

Tutto il Personale di RICREA è tenuto al rispetto rigoroso delle regole e delle procedure descritte all'interno del presente documento.

Eventuali violazioni potranno determinare sanzioni disciplinari in conformità a quanto prescritto dal Modello Organizzativo (MOG) di cui le Linee Guida costituiscono parte integrante. Questo a corroborare la centralità del rispetto della normativa qui in parola e a dare la possibilità, *ex ante*, a tutto il Personale, di meglio orientare le proprie condotte.

Allo specifico fine di garantire un livello quanto più elevato possibile di adesione alla normativa antitrust e, dunque, di efficacia delle misure volte a prevenire potenziali violazioni e illeciti, le presenti Linee Guida sono state predisposte a partire dall'individuazione delle c.d. aree di rischio antitrust con il diretto coinvolgimento delle figure direttive e dei responsabili delle varie aree del Consorzio.

La responsabilità dell'attuazione, del monitoraggio e del rispetto delle presenti Linee Guida è affidata alla Direzione Generale, nella figura del suo responsabile, a cui sono riconosciuti autonomia, indipendenza, risorse e strumenti adeguati nell'attuazione delle stesse e che riferisce direttamente al Consiglio di Amministrazione quale organo con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo.

Gli ulteriori profili relativi alla gestione del rischio antitrust sono sviluppati nel prosieguo (§1.4).

1.3 Quali sono i rischi connessi ad una violazione antitrust e i vantaggi derivanti invece dalla c.d. "compliance antitrust"?

La c.d. "compliance antitrust" ricopre un ruolo di centrale importanza nelle dinamiche aziendali.

La primaria funzione di un programma di compliance antitrust è approntare i presidi organizzativi e procedurali atti a prevenire, nel modo più efficace possibile, il rischio di condotte non conformi alla normativa vigente ed evitare, quindi, le gravi conseguenze che ne possono derivare.

L'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie è la conseguenza più immediata di una violazione della normativa antitrust e, tenuto conto del possibile ammontare, anche quella per certi versi più grave.

La sanzione è immediatamente esecutiva e raramente i mezzi di impugnazione consentono la sospensione del pagamento.

Focus: Sanzioni amministrative pecuniarie applicabili

1) Per il Consorzio

a) Violazione sostanziali della normativa antitrust

Le violazioni della normativa antitrust possono dare origine a procedimenti amministrativi e alla comminazione di sanzioni amministrative pecuniarie, fino al 10% del fatturato annuo complessivo del soggetto sanzionato.

Con specifico riferimento alle associazioni di imprese, e quindi anche ai consorzi, il Decreto Legislativo 185 dell'8 novembre 2021 (che ha modificato e integrato la Legge 287 del 10 ottobre 1990 - "Legge 287/90") ha stabilito che, nel caso in cui la violazione antitrust riguardi l'attività dei suoi membri, **il fatturato di riferimento per l'applicazione della sanzione è costituito dalla somma dei fatturati totali a livello mondiale** realizzati nell'ultimo esercizio chiuso prima della

notifica della decisione che accerta l'infrazione **da ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione** (o dal consorzio)².

b) Violazioni procedurali

La mancata collaborazione nel corso di un eventuale procedimento con l'Autorità può esporre il Consorzio ad una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1% del fatturato totale realizzato a livello mondiale nell'esercizio precedente, qualora il Consorzio dolosamente o con colpa: i) ostacoli lo svolgimento delle ispezioni (inclusa la violazione dei sigilli apposti ai locali); ii) non fornisca entro il tempo stabilito, nel corso dell'ispezione, o nel corso del procedimento, una risposta ovvero fornisca informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti; iii) non si presenti in audizione³.

In aggiunta, l'Autorità può irrogare al Consorzio una penalità di mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella richiesta o nel provvedimento, al fine di costringerlo a: i) fornire informazioni complete ed esatte in risposta alle richieste di informazioni; ii) presentarsi all'audizione e iii) sottoporsi all'ispezione.

2) Per il **Personale**

Anche il Personale può essere soggetto ad una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 150 a Euro 25.823 se, dolosamente o per colpa: i) ostacola l'ispezione, ii) in risposta ad una richiesta di informazioni, fornisce informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti ovvero non fornisce le informazioni richieste entro il termine stabilito, salvo il rifiuto motivato dalla necessità di ammettere la propria responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo o per un reato; iii) non si presentino in audizione.

Inoltre, l'Autorità può irrogare una penalità di mora da Euro 150 a Euro 500 per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella richiesta o nel provvedimento al fine di costringere il Personale a: i) fornire informazioni complete ed esatte in risposta ad una richiesta di informazioni salvo il rifiuto motivato dalla necessità di ammettere la propria responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo o per un reato; ii) presentarsi all'audizione; iii) sottoporsi ad ispezione.

L'accertamento della violazione della normativa antitrust espone inoltre il soggetto che l'ha posta in essere ad ulteriori conseguenze, non meno gravi:

- le azioni di diritto civile dirette ad ottenere l'accertamento e il risarcimento dell'eventuale danno derivante dalla condotta anti-competitiva;
- la declaratoria di nullità di accordi o clausole ritenute in violazione della disciplina a tutela della concorrenza con il conseguente venire meno, per le parti di tale accordo, di tutti i diritti sotesi;

² Quando ad un'associazione di imprese/consorzio è irrogata una sanzione tenendo conto del fatturato dei suoi membri, e l'associazione/consorzio non è solvibile, essa/o è tenuta/o a richiedere ai propri membri contribuiti a concorrenza dell'importo della sanzione. Se tali contributi non sono stati versati integralmente all'associazione di imprese/consorzio entro il termine fissato dall'AGCM, l'AGCM può esigere il pagamento della sanzione direttamente dalle imprese i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali dell'associazione quando quest'ultima ha assunto la decisione che ha costituito l'infrazione.

Se necessario a garantire il pagamento integrale della sanzione, l'AGCM dopo aver richiesto alle imprese summenzionate di corrispondere la sanzione, può esigere il pagamento dell'importo della sanzione ancora dovuto da qualsivoglia membro dell'associazione che operava nel mercato interessato dall'infrazione.

Tuttavia, non può esigersi il pagamento dalle imprese che dimostrano di non aver attuato la decisione dell'associazione che ha costituito infrazione e che o non erano a conoscenza della sua esistenza, o si sono attivamente dissociate da essa prima dell'inizio dell'indagine. Si precisa che la responsabilità finanziaria di ciascuna impresa associata non può superare il 10% del fatturato da essa realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente all'accertamento dell'infrazione.

³ Ai fini del pagamento della sanzione si applica il medesimo meccanismo descritto nella nota 2 che precede.

- la imposizione di rimedi comportamentali o strutturali rispetto alle condotte accertate come illegittime⁴;
- la possibile esclusione da gare indette dalla pubblica amministrazione.

Non da ultimo, e anche prima che la violazione venga accertata, il soggetto sottoposto al procedimento patisce danni reputazionali gravi di difficile ristoro.

L'effettivo rispetto della normativa antitrust, garantito da un'applicazione efficace del programma di compliance, ha quindi lo scopo di scongiurare il prodursi degli eventi succitati nonché di mitigare le conseguenze derivanti da eventuali violazioni della disciplina antitrust che dovessero verificarsi nonostante l'attività di prevenzione posta in essere. In particolare, il programma di compliance antitrust presentato nell'ambito del presente documento è anche volto a contenere nel loro ammontare potenziali sanzioni amministrative pecuniarie o ad evitare del tutto l'applicazione delle stesse ai sensi di quanto previsto dall'articolo 15 *bis* della Legge 287/90 (programma di clemenza o "*leniency program*"): individuata una violazione antitrust cui tale programma di clemenza è applicabile, l'impresa che vi ha partecipato, può decidere di porvi fine denunciandone l'esistenza all'AGCM, fornendole elementi probatori (altrimenti non reperibili facilmente dall'AGCM), in cambio di immunità dalla sanzione o, in subordine, una sua riduzione.

Focus: benefici del *leniency program* per il Personale

Tra le novità introdotte, il Decreto Legislativo 185 dell'8 novembre 2021 esclude la punibilità degli attuali ed ex direttori, amministratori e membri del personale delle imprese che in relazione alla partecipazione ad un cartello segreto hanno altresì posto in essere una condotta in violazione del codice penale⁵.

Tale esclusione opera se i seguenti requisiti risultano soddisfatti:

- presentazione da parte dell'impresa di una domanda di clemenza all'AGCM, alla Commissione Europea o ad altra autorità di concorrenza nazionale in un momento anteriore alla ricezione da parte degli attuali ed ex direttori, amministratori e membri del personale di una notizia che nei loro confronti sono svolte indagini in relazione ai fatti di cui agli articoli del codice penale succitati;
- collaborazione da parte degli attuali ed ex direttori, amministratori e membri del personale con l'autorità di concorrenza che persegue il caso e con il pubblico ministero fornendo indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e individuare gli altri responsabili.

L'operatività di questa disposizione non esclude comunque l'esercizio di azioni civili da parte delle vittime che hanno subito un danno a causa della violazione del diritto della concorrenza.

1.4 Come gestire il rischio antitrust? La "procedura di flag & report"

All'interno dell'organizzazione consortile, la Direzione Generale è la funzione di riferimento che deve essere interpellata in caso di dubbi in materia antitrust. In particolare, si raccomanda di:

⁴ Si precisa che il Decreto Legislativo dell'8 novembre 2021 n. 185 ha introdotto delle specifiche penalità di mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle a ottemperare a quanto indicato nella decisione con riferimento alla diffida. Per completezza, si noti inoltre che la medesima sanzione è applicata al fine di garantire l'ottemperanza ad eventuali misure cautelari imposte ai sensi dell'art. 14 *bis* della Legge 287/90 o ad impegni resi obbligatori mediante decisione ai sensi dell'art. 14 *ter* della Legge 287/90.

⁵ Il riferimento è agli articoli 353, 353 *bis*, 354 e 501 del codice penale.

1. leggere con attenzione e seguire le regole di condotta descritte nelle presenti Linee Guida;
e
2. informare tempestivamente la Direzione Generale soprattutto in caso di dubbi circa la rilevanza ed applicabilità delle regole antitrust rispetto a contesti specifici nonché in occasione di questioni particolarmente complesse.

1.5 **Formazione continua**

Conformemente agli obiettivi delle Linee Guida, RICREA si propone di realizzare apposite attività per garantire una formazione continua con cadenza annuale al Personale.

Tali attività hanno la finalità di diffondere e mantenere in seno al Consorzio un'adeguata conoscenza della normativa antitrust. Esse forniscono, infatti, esempi pratici fondati sulle esigenze del *business* e spiegano gli obiettivi e le ragioni delle procedure di compliance antitrust e le conseguenze derivanti dalla loro violazione. La formazione è rivolta a tutto il Personale.

Le attività di *training* hanno ad oggetto:

- l'esposizione della normativa a tutela della concorrenza per accedere ad una formazione generale in materia antitrust;
- gli specifici rischi cui il Consorzio è esposto avuto riguardo alle principali fattispecie antitrust, quali, ad esempio, scambio di informazioni sensibili, condotte escludenti di concorrenti.

1.6 **Monitoraggio continuo - Auditing**

RICREA si impegna a monitorare su base continuativa l'adeguatezza e l'efficacia delle Linee Guida nonché a intervenire per ogni eventuale modifica e aggiornamento che dovesse rendersi necessario.

1.7 **Modelli di reporting e sanzioni in caso di violazione**

Come indicato sopra (*sub* § 1.3) la violazione della normativa antitrust può determinare conseguenze in capo al Consorzio, incluse sanzioni amministrative pecuniarie, danni reputazionali e di immagine nonché possibili richieste di risarcimento danni in sede civile⁶.

Eventuali inadempienze rispetto alle Linee Guida - e quindi alle norme poste a tutela della concorrenza - costituiscono una violazione degli obblighi professionali, dando luogo a responsabilità per inadempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro e/o illecito disciplinare, con ogni conseguenza di legge, anche riguardo alla conservazione del rapporto di lavoro, come previsto dal MOG.

Eventuali segnalazioni circa violazioni delle Linee Guida possono essere effettuate dal Personale e da soggetti terzi, esterni al Consorzio, al Direttore Generale che garantisce, *inter alia*, il rispetto dell'anonimato del segnalante, nonché attraverso la procedura di *reporting* interno.

2. **COS'È IL DIRITTO ANTITRUST?**

La disciplina antitrust è posta a livello europeo dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") che vietano, rispettivamente, le intese

⁶ Decreto Legislativo del 19 gennaio 2017, n. 3 che ha dato attuazione alla Direttiva 2014/104/UE e art. 140 *bis* del Codice del Consumo con specifico riferimento alle azioni di classe.

restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante, suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

In ambito nazionale, analoga disciplina è posta dagli artt. 2 e 3 della Legge 287/90 che mirano a catturare pratiche anticoncorrenziali di rilievo nazionale.

In via generale, il fine della normativa a tutela della concorrenza può essere individuato nel garantire un funzionamento dei mercati tale da assicurare alla collettività il massimo benessere perseguibile. Tale normativa vieta pertanto le condotte poste in essere da quelle imprese dotate di potere di mercato che, allentando la pressione competitiva, possono ostacolare o impedire il processo dinamico di rivalità tra le imprese che rappresenta il fondamento dell'efficace funzionamento dei mercati.

2.1 **L'applicabilità del diritto antitrust ai consorzi**

Il diritto antitrust trova applicazione rispetto alle condotte poste in essere da imprese e da associazioni di imprese.

È importante specificare che, nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento. La nozione di impresa ha infatti una portata molto ampia, e deve essere intesa nel senso di ricomprendervi qualsiasi entità che svolga un'attività economica o commerciale⁷, a prescindere dalla forma giuridica, dall'organizzazione interna e dall'oggetto dell'attività svolta. L'assenza di scopo di lucro non fa venir meno il carattere economico dell'attività: in altre parole, ciò che conta ai fini dell'applicabilità del diritto antitrust è lo svolgimento di un'attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato.

Come indicato, il diritto antitrust si applica altresì alle associazioni di impresa, categoria nella quale sono ricompresi altresì i consorzi⁸. In particolare, per prassi costante dell'AGCM, i consorzi sono considerati pienamente assoggettabili alla disciplina antitrust, a prescindere dalla circostanza che gli stessi siano stati costituiti per perseguire compiti di interesse generale, nella misura in cui la loro condotta ecceda gli ambiti di esercizio conferiti per legge⁹.

2.2 **Quali sono gli illeciti rilevanti per i consorzi?**

(a) **L'abuso di posizione dominante**

La disciplina dell'abuso di posizione dominante è contenuta all'interno dell'art. 3 della Legge 287/1990 che riproduce quasi testualmente il corrispondente art. 102 TFUE.

Per posizione dominante si intende una posizione di potenza economica, grazie alla quale l'impresa che la detiene ha la possibilità di agire in maniera indipendente rispetto a concorrenti, clienti e in ultima analisi ai consumatori. La dominanza si incentra dunque sulla capacità di un'impresa di decidere le proprie strategie commerciali senza subire sostanziali condizionamenti da parte degli altri attori del mercato proprio in ragione del potere di mercato di cui l'impresa dominante beneficia, inteso come potere di praticare prezzi sovra-competitivi o di stabilire altre condizioni contrattuali senza temere una reazione ad opera degli attori del mercato.

⁷ Sentenze della Corte di giustizia Kleochner-Werke AG Hoesch AG del 13 luglio 1962 e Hoefner ed Elser del 23 aprile 1991.

⁸ Sul punto e più ampiamente si rinvia all'Approfondimento "*Gli interventi dell'AGCM nel settore dei rifiuti da imballaggio*".

⁹ Si veda, *ex multis*, Provvedimento n. 19814 del 29/04/2009, I697 – Riciclaggio delle batterie esauste.

L'accertamento della sussistenza di una posizione dominante si basa su di un'analisi da svolgersi caso per caso alla luce di molteplici elementi, quali, *in primis*, le quote detenute dall'impresa nel mercato rilevante¹⁰.

Focus: Mercato rilevante

Ai sensi della normativa antitrust, il mercato rilevante è definito avendo come riferimento due parametri, da valutarsi in combinazione fra loro:

- l'ambito merceologico (mercato del prodotto rilevante) che comprende tutti i beni e servizi che possano essere ritenuti dal consumatore intercambiabili o sostituibili, in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi o dell'uso al quale sono destinati;
- l'ambito territoriale (mercato geografico rilevante) che fa riferimento all'area in cui le condizioni della concorrenza, per la fornitura di determinati beni e servizi, sono sufficientemente omogenee e, al contempo, diverse da quelle presenti in altre aree.

In linea generale, si ritiene che la detenzione di una quota di mercato pari o superiore al 40% del mercato rilevante rappresenti una soglia di attenzione ai fini della individuazione della dominanza, ferma restando l'esigenza di effettuare una verifica più approfondita sulla base delle altre caratteristiche del mercato di riferimento.

In proposito, si precisa che non è la mera detenzione di una posizione dominante ad essere sanzionata ma il suo abusivo sfruttamento¹¹: infatti, l'esistenza di una posizione dominante non priva un'impresa del diritto di tutelare i propri interessi commerciali e della facoltà di compiere, entro limiti ragionevoli, gli atti che ritenga opportuni per la protezione degli stessi, ma non le sono consentiti comportamenti che abbiano lo scopo di rafforzare la sua posizione dominante e di abusarne. Ne consegue che comportamenti legittimi dal punto di vista antitrust, se posti in essere da un'impresa che non detiene una posizione dominante, possono rappresentare, invece, abusi qualora siano compiuti da un'impresa in tale posizione¹².

I possibili comportamenti abusivi da parte dell'impresa in posizione dominante sono convenzionalmente suddivisi in due categorie: abusi di sfruttamento ed abusi escludenti.

¹⁰ Secondo la prassi giurisprudenziale europea, cui quella italiana si è uniformata:

- una quota di mercato superiore al 50% fa presumere la posizione dominante, spettando all'impresa l'onere della prova contraria;
- una quota di mercato compresa tra il 40% e il 50% non costituisce un indizio di per sé sufficiente a provare la posizione dominante ma è necessario che concorrano altri fattori (quali ad esempio: la disponibilità di infrastrutture essenziali, il modesto potere di mercato detenuto dagli altri concorrenti; l'integrazione verticale);
- una quota di mercato inferiore al 40% è considerata generalmente indice di non dominanza ma implica comunque una valutazione caso per caso;
- una quota di mercato inferiore al 10% implica generalmente un'assenza di dominanza.

¹¹ L'art. 102 del TFUE stabilisce che: "È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

¹² Per completezza, si precisa che l'abuso di posizione dominante può essere posto in essere da parte di una sola impresa o da parte di più imprese (dominanza collettiva).

(i) Abusi di sfruttamento

Gli abusi di sfruttamento consistono in comportamenti con cui l'impresa dominante si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti (fornitori o clienti) per realizzare profitti eccessivi e sovra-competitivi.

Tipici abusi di sfruttamento sono:

- l'imposizione di prezzi eccessivi, ossia di prezzi privi di ragionevole rapporto con il valore dei beni o della prestazione;
- l'attuazione di pratiche discriminatorie consistenti nell'attuare politiche differenti senza che via una obiettiva giustificazione per la differenziazione.

(ii) Abusi escludenti

Si tratta di condotte commerciali finalizzate ad estromettere i concorrenti (ad esempio aumentandone i costi di ingresso sul mercato, o precludendo loro gli sbocchi o gli approvvigionamenti) con l'intento di monopolizzare il mercato ed estrarne rendite monopolistiche a danno dei consumatori.

Esempi tipici di abusi escludenti sono:

- l'adozione di pratiche finalizzate a impedire o ritardare l'ingresso sul mercato di un operatore concorrente, quali a titolo di esempio, il rifiuto di fornire informazioni necessarie affinché un operatore possa entrare sul mercato;
- l'applicazione di prezzi predatori che si verifica quando l'impresa dominante pone in essere una strategia di vendita a prezzi sottocosto non giustificata da ragioni di efficienza economica, bensì da un intento escludente volto per l'appunto ad estromettere dal mercato i concorrenti più deboli, privi delle adeguate risorse finanziarie per sopportare una guerra dei prezzi prolungata;
- l'imposizione di obblighi di esclusiva che costringono il cliente a rifornirsi presso un'impresa in posizione dominante;
- le pratiche denigratorie che si possono verificare in caso di diffusione di informazioni non veritiere aventi ad oggetto, ad esempio, l'inefficienza o gli scarsi standard di qualità e sicurezza posseduti dai beni o dai servizi di un'impresa concorrente. Le pratiche denigratorie si inseriscono in un contesto il cui fine ultimo non coincide con la sola volontà di denigrare l'impresa concorrente, quanto piuttosto con l'intento di indurre colui che viene raggiunto dalla notizia a scegliere il bene o il servizio prodotto dall'impresa divulgatrice dell'informazione denigratoria anziché quello concorrente, servendosi di un particolare elemento psicologico e persuasivo, e compromettendo di conseguenza la posizione ricoperta dall'impresa concorrente nel mercato e le libere scelte di acquisto delle controparti commerciali e dei consumatori.

2.3 Si specifica che la lista di condotte sopraelencate non è esaustiva e che, in relazione a specifiche fattispecie/problemi, è necessario rivolgersi ai legali interni e/o alla consulenza di legali esterni. Ulteriori dettagli/esempi pratici sono forniti nell'Appendice A.1 Abuso di posizione dominante: esempi pratici, che costituisce parte integrante del presente documento.

(b) **Le intese restrittive della concorrenza**

(i) Nozione generale

L'art. 101 TFUE (e in maniera analoga l'art. 2 della legge 287/90) vieta, *inter alia*, gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate tra concorrenti che abbiano per oggetto o per effetto quello di restringere la concorrenza.

In particolare, per quanto riguarda l'attività dei consorzi rileva la circostanza che è considerata intesa qualsiasi atto adottato da organi associativi rappresentativi di una determinata categoria di imprese che abbiano lo scopo di influenzare la condotta delle imprese sul mercato.

Affinché vi sia un accordo ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust, è sufficiente che le imprese raggiungano una qualsiasi forma di consenso, anche privo di veste formale, e non produttivo di obblighi giuridici, circa l'adozione di determinate condotte sul mercato. In sostanza, affinché vi sia un accordo basta che le imprese abbiano espresso la volontà di comportarsi in un determinato modo, limitando reciprocamente la propria politica commerciale sul mercato.

Del pari, nel caso delle decisioni di associazioni di imprese non è necessario che la decisione sia vincolante, formalmente adottata dagli organi associativi o che imponga obblighi vincolanti ai propri membri.

(ii) Lo scambio di informazioni sensibili

Come sopra anticipato, la disciplina antitrust vieta altresì le pratiche concordate e, in particolare gli scambi di informazioni sensibili. A tal proposito si rileva che la nozione di pratica concordata è stata interpretata in maniera ampia dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali, cosicché essa ricomprende qualsiasi forma di collusione tra concorrenti. Il risultato è che anche gli scambi di informazioni potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE (e disposizioni nazionali analoghe) quando riguardano informazioni sensibili.

La logica alla base di ciò è che le imprese concorrenti sul mercato devono determinare autonomamente i propri comportamenti commerciali; al contrario, lo scambio di informazioni sensibili tra concorrenti può essere in grado di ridurre l'incertezza sul comportamento commerciale che i concorrenti adotteranno sul mercato, diminuendo gli incentivi a competere e facilitando la collusione¹³.

Non esiste una lista predefinita di informazioni sensibili il cui scambio determini una violazione della normativa antitrust: in generale, si considerano sensibili quelle informazioni che le imprese (in assenza di comportamenti anticoncorrenziali) terrebbero strettamente riservate, come, ad esempio, informazioni su prezzi, costi di produzione, quantità, capacità, clienti e fornitori¹⁴.

Occorre inoltre sottolineare che la prassi decisionale, a livello euro-unitario e nazionale, ha esteso il tipo di scambi che possono formare oggetto di indagine e conseguente sanzione antitrust in modo da includere anche i casi di mera ricezione passiva di informazioni sensibili senza alcuna ulteriore condotta attiva da parte del soggetto che le riceve. In altri termini, uno scambio di informazioni sensibili non deve necessariamente implicare una condotta reciproca per integrare una violazione della normativa antitrust¹⁵. I dettagli su come comportarsi in casi simili saranno forniti nell'Appendice A.2 - Scambio di informazioni sensibili: regole operative - che costituisce parte integrante del presente documento.

¹³ Commissione europea, Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione, OJ C2011, 11/01, punto 61.

¹⁴ *Ibidem* punto 86.

¹⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 15 marzo 2000, *Cimenteries*, T-25/95 e altri, EU:T:2000:77, punto 1849; sentenza del 4 giugno 2009, *T-Mobile*, C-8/08, EU:C:2009:343, punti 58-61; Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione, OJ C2011, 11/01, punto 62.

Focus: Accordi Hub & Spoke

Per accordi hub-and-spoke si intende lo scambio illegale di informazioni tra imprese concorrenti effettuato tramite terzi soggetti.

La particolarità di questi accordi è che i concorrenti non hanno alcun contatto diretto tra loro, ma trasmettono informazioni sensibili attraverso un intermediario (ad esempio potrebbero cercare di utilizzare i consorzi) che agisce come canale per il trasferimento delle informazioni tra i concorrenti.

Gli accordi di hub & spoke espongono a responsabilità antitrust non soltanto i concorrenti ma anche il terzo intermediario che opera come facilitatore della condotta anticoncorrenziale.

3. LINGUAGGIO ADEGUATO E USO DI DISPOSITIVI AZIENDALI

Tutto il Personale è tenuto a prestare la massima attenzione alle comunicazioni interne ed esterne al Consorzio inviate tramite dispositivi aziendali poiché tali comunicazioni potrebbero formare oggetto di ispezione (sul punto, più ampiamente di seguito) ed essere dunque utilizzate da un'autorità di concorrenza come evidenze (eventualmente a carico) nell'ambito di un procedimento antitrust. Non sono rilevanti le modalità con cui tali comunicazioni vengono redatte e conservate, o il supporto su cui sono conservate¹⁶ (elettronico cartaceo), o il contesto in cui sono inviate (formali o informali, anche ad esempio, *chat WhatsApp*, voci di calendario o messaggi vocali). Anche i messaggi presumibilmente cancellati potrebbero essere ripristinati attraverso determinate procedure informatiche di cui i funzionari antitrust si avvalgono regolarmente nel corso delle ispezioni e quindi utilizzati come evidenze a supporto di eventuali addebiti dell'AGCM.

Allo stesso modo, possono venire in rilievo – come evidenze probatorie acquisite in sede di ispezione – eventuali documenti informatici relativi a riunioni, incontri, *call*, appunti, annotazioni etc. Anche i *file* eventualmente cancellati sono suscettibili di ripristino da parte dei funzionari *antitrust*.

In particolare, è opportuno evitare espressioni che richiama impropriamente nozioni antitrust, quali ad esempio "cartello", "intesa", "impresa che domina il mercato", "posizione dominante sul mercato"; messaggi che possano essere considerati quali indici di condotte escludenti. Analogamente, non è appropriato l'invio di comunicazioni che presuppongano o lascino supporre:

- l'illiceità di una particolare condotta;
- che vi sia qualcosa da occultare (ad esempio, "*distuggere dopo la lettura*", ecc.);
- la conclusione di accordi con i concorrenti o che vi sia con essi un'intesa;
- l'assenza di concorrenza sul mercato (ad esempio, "*vantiamo una posizione inattaccabile sul mercato*");
- che si siano esercitate pressioni sui concorrenti o sui membri del Consorzio per indurli a prendere parte a determinati accordi;
- condotte/strategie finalizzate ad escludere i sistemi autonomi;

¹⁶ Cellulare, pc, tablet, cloud, server, applicazioni di messaggistica istantanea, dalla quale è possibile acquisire anche messaggi audio, messaggi che appaiono come non letti o come cancellati.

- missive in cui si cerca di scoraggiare le aziende dall'aderire ai sistemi autonomi, eventualmente ventilando possibili irrogazione di sanzioni da parte delle pubbliche amministrazioni in caso di mancata iscrizione al sistema RICREA, ovvero missive in cui si prospettano delle agevolazioni per inadempimenti pregressi in caso di iscrizione a RICREA.

Inoltre, è opportuno considerare che, quanto alla riservatezza delle comunicazioni con i legali, solo le comunicazioni scambiate con gli avvocati esterni sono protette dal segreto professionale e non possono essere acquisite o utilizzate dalle autorità antitrust contro le imprese. È necessario a tal proposito contrassegnare con la formula “riservato e confidenziale – comunicazione avvocato-cliente” tutti i documenti che sintetizzano il parere di un legale esterno o che sono confezionati al fine dell’ottenimento di un parere o un’analisi da parte di un legale esterno.

Al contrario, alle comunicazioni con i legali interni, ivi inclusi con i legali CONAI, non è riservata questa protezione.

4. ISPEZIONI A SORPRESA PRESSO I LOCALI DELL'IMPRESA (DAWN RAID)

Le sedi del Consorzio possono formare oggetto di ispezioni a sorpresa (“*Dawn Raid*”) da parte dei funzionari dell’AGCM o della Commissione europea, finalizzate a reperire le evidenze di eventuali violazioni antitrust attraverso (i) la raccolta di documenti e (ii) le domande al personale presente in loco nel corso dell’accertamento ispettivo.

Attenzione!

Il Decreto Legislativo 185 dell’8 novembre 2021 ha ampliato i poteri dell’AGCM in materia di ispezioni, consentendole altresì di sottoporre a ispezione i locali, terreni e mezzi di trasporto diversi da quelli aziendali, compresa l’abitazione di dirigenti, amministratori e altri membri del personale, qualora vi siano ragionevoli motivi di sospettare che libri o altri documenti connessi al Consorzio e all’oggetto dell’ispezione siano conservati in tali luoghi.

Tale accertamento può essere eseguito solo se autorizzato con decreto motivato emesso dal Procuratore della Repubblica del luogo ove deve svolgersi l’accesso.

L’AGCM può farsi assistere dal nucleo speciale della Guardia di Finanza nonché da ogni altro organo dello Stato.

Si noti che anche alla Commissione europea è attribuito – previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria – il potere di effettuare ispezioni presso le abitazioni di dirigenti e dipendenti delle imprese coinvolte nel procedimento. Per quanto riguarda l’ispezione in locali privati di dipendenti o dirigenti dell’azienda – come anticipato – è richiesta la preventiva autorizzazione di un giudice, il quale deve verificare che la decisione sia autentica e che la proposta di ispezione nei locali privati non sia né arbitraria né eccessiva, in considerazione (i) della gravità della presunta infrazione, (ii) dell’importanza delle prove richieste, (iii) del coinvolgimento dell’impresa interessata e (iv) della ragionevole probabilità che i libri e i documenti aziendali relativi all’oggetto dell’ispezione siano conservati nei locali per i quali è richiesta l’autorizzazione all’ispezione.

Le ispezioni sono solitamente svolte da un guarnito gruppo di funzionari. La composizione e numerosità di tale gruppo varia a seconda della tipologia dell’attività di impresa ispezionata e dalle dimensioni dei locali dell’impresa medesima.

Un'ispezione antitrust viene svolta secondo predeterminate modalità e procedure: lo schema usuale, in massima sintesi, prevede che a ciascun funzionario venga assegnata la postazione di una delle persone del Consorzio, di cui verrà anzitutto chiesto accesso all'*account e-mail*. Di norma, i funzionari, il giorno dell'ispezione, si presentano presso i locali dell'impresa avendo già ben chiare le idee sulle postazioni da ispezionare e sulle persone cui sottoporre richieste di chiarimenti e domande.