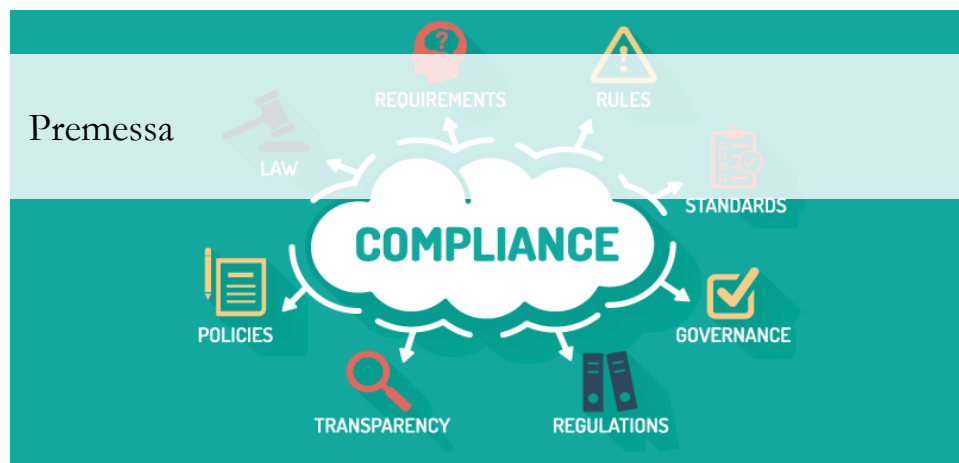




Sapio Life S.r.l.





Le norme poste a tutela della concorrenza italiane ed europee sono sostanzialmente identiche e proibiscono i seguenti comportamenti:

- **le intese restrittive della concorrenza** - art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (di seguito, “**Trattato**”); art. 2 della legge n. 287/1990 (di seguito, “**Legge**”);
- **gli abusi di posizione dominante** - art. 102 del Trattato; art. 3 della Legge.<sup>1</sup>

Le disposizioni in parola hanno ormai assunto un ruolo centrale nella disciplina dell’attività delle imprese. La violazione di tali norme espone, infatti, le imprese a sanzioni amministrative significativamente elevate e alla condanna al risarcimento dei danni in sede civile. Inoltre, in un numero crescente di giurisdizioni i *manager* e gli altri dipendenti che abbiano materialmente posto in essere le condotte illecite sono essi stessi esposti all’applicazione di sanzioni amministrative e penali.

Le azioni per violazione di queste norme – che possono essere promosse tanto dalle autorità di concorrenza (c.d. *public enforcement*) quanto dalle vittime di illeciti concorrenziali (c.d. *private enforcement*) – sono aumentate considerevolmente negli ultimi anni e sono peraltro destinate ad intensificarsi dato l’impegno proclamato della Commissione Europea (di seguito, “**Commissione**”) e dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, “**AGCM**” o “**Autorità**”) a proseguire nella politica di repressione degli illeciti concorrenziali.

---

<sup>1</sup> La differenza tra norme comunitarie ed italiane riguarda essenzialmente i rispettivi ambiti di applicazione territoriale: quelle europee si applicano ai comportamenti anticoncorrenziali che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri dell’Unione Europea, mentre quelle italiane si applicano ai comportamenti suscettibili di incidere sulla concorrenza esclusivamente all’interno del territorio nazionale.

Una conoscenza approfondita delle norme sugli illeciti anticoncorrenziali è quindi essenziale per tutte le imprese, indipendentemente dal settore di attività. In considerazione di quanto precede, Sapio Life S.r.l. (di seguito, “**Sapio**”) intende assicurare che la conduzione degli affari delle società del gruppo composto da Sapio, Eubios S.r.l. ed Oxy Live S.r.l. (di seguito, congiuntamente, il “**Gruppo**” o le “**Società**”) avvenga nel rispetto delle norme *antitrust*.

La presente guida (di seguito, “**Guida**” o “**Manuale**”) ha dunque lo scopo di descrivere i limiti imposti dalla normativa sulla concorrenza nazionale e dell’Unione europea in materia di intese e di abusi di posizione dominante, da un lato, ed illustrare i comportamenti da adottare e/o le condotte da non tenere al fine di garantire il pieno rispetto della normativa *antitrust*, dall’altro lato.

In considerazione di quanto sopra, Sapio richiede che, nell’espletamento della propria attività professionale, tutti i dipendenti e gli amministratori delle società del Gruppo rispettino rigorosamente i limiti imposti dalla disciplina *antitrust* nonché osservino con attenzione le prescrizioni previste nella presente Guida.

## INDICE

PREMESSA .....	3
PARTE I: INTESA E PRATICHE CONCORDATE.....	6
1. NOZIONI FONDAMENTALI.....	6
1.1 I divieti di intese restrittive .....	6
1.2 La nozione di “accordo” .....	7
1.3 La nozione di “pratica concordata” .....	8
1.4 Le delibere delle associazioni di imprese .....	10
2. <b>RESTRIZIONI ORIZZONTALI DELLA CONCORRENZA</b> .....	12
3. <b>RESTRIZIONI VERTICALI DELLA CONCORRENZA</b> .....	18
PARTE II: ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE .....	22
4. <b>NOZIONI FONDAMENTALI E FATTISPECIE VIETATE</b> .....	22
4.1 La detenzione di una posizione dominante .....	22
4.2 Condotte potenzialmente abusive.....	23
4.3 Regole di comportamento da adottare nei mercati in cui il Gruppo è dominante .....	25
PARTE III: L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA .....	28
5.1 La Commissione Europea e l'AGCM .....	28
5.2 I ricorsi contro le decisioni della Commissione europea e dell'AGCM .....	29
5.3 Procedimenti dinanzi alla Commissione europea e all'AGCM.....	30
6. <b>I POTERI DI INDAGINE DELLE AUTORITÀ DI CONCORRENZA</b> .....	31
6.1 Ispezioni, richieste di informazioni e scambio delle stesse .....	31
6.2 Regole di comportamento durante le ispezioni .....	35
7. <b>CONSEGUENZE DELLE VIOLAZIONI DELLE NORME POSTE A TUTELA DELLA CONCORRENZA</b> .....	36
7.1 Sanzioni .....	36
7.2 Leniency .....	40
7.3 Sanzioni penali a carico di amministratori e dipendenti.....	42
7.4 Nullità degli accordi e delle clausole restrittive della concorrenza; risarcimento del danno.....	42
7.5 Danno all'immagine dell'impresa.....	45

### Legenda:



Riferimento  
normativo



Nota  
importante



Consiglio

## PARTE I:

### Intese e pratiche concordate



## 1. Nozioni fondamentali

### 1.1 I divieti di intese restrittive

L'art. 101, par. 1, del Trattato e l'art. 2 della Legge vietano gli accordi tra imprese, le pratiche concordate e le decisioni di associazioni di imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza (di seguito "**Intese**").<sup>2</sup>



Non esiste un elenco esaustivo di fattispecie vietate, ma le forme più gravi di Intese sono quelle volte alla:

- fissazione dei prezzi di acquisto o di vendita ovvero di altre condizioni

<sup>2</sup> Sono sottratti al divieto, in quanto non idonei a restringere in modo consistente il gioco della concorrenza, gli accordi detti di "importanza minore" che consistono nelle intese: (i) tra concorrenti che coinvolgono imprese con una quota di mercato congiunta inferiore al 10%; (ii) tra non concorrenti che coinvolgono imprese con una quota di mercato inferiore al 15%. Quando il mercato è caratterizzato da reti parallele di accordi analoghi, la quota di mercato necessaria perché l'accordo sia considerato di importanza minore è del 5% (comunicazione de minimis, in GUUE 2014/C 291/01). La Commissione ha inoltre emanato dei regolamenti, in relazione ad alcune categorie di accordi verticali e orizzontali, che individuano le condizioni alle quali gli stessi possono essere esentati dall'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza (c.d. "*block exemptions*"). In linea generale, le condizioni alle quali è subordinato il beneficio dell'esenzione riguardano, da un lato, la quota di mercato complessivamente detenuta dalle imprese che partecipano all'accordo e, dall'altro, l'assenza nell'accordo stesso di alcune restrizioni concorrenziali considerate particolarmente gravi. La principale esenzione per categoria riguarda le Intese verticali ed è disciplinata dal Regolamento della Commissione n. 330/2010. Ulteriori esenzioni per categoria riguardano, ad esempio, gli accordi di trasferimento di tecnologia e gli accordi di ricerca e sviluppo in comune. Le Intese non coperte da un'esenzione per categoria possono nondimeno essere considerate conformi al diritto della concorrenza quando contribuiscano a migliorare la produzione o distribuzione o a promuovere il progresso tecnico o economico, arrecando beneficio ai consumatori, purché (i) non impongano restrizioni che non siano indispensabili a raggiungere tali obiettivi e (ii) non eliminino la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione (cfr. art. 101, par. 3, del Trattato e art. 4 della Legge).

- contrattuali;
- ripartizione dei mercati, della clientela, del territorio o delle fonti di approvvigionamento;
  - limitazione del confronto concorrenziale tra due o più concorrenti nell'ambito di gare d'appalto (di seguito, "**Bid Rigging**")
  - limitazione della produzione, degli investimenti in ricerca e sviluppo e/o degli investimenti pubblicitari;
  - definizione congiunta di strategie commerciali;
  - applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti che possono, ad esempio, avere lo scopo di boicottare determinati clienti o concorrenti;
  - imposizione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto del rapporto principale.

## 1.2 La nozione di "accordo"

Rientrano nella nozione di accordo tutti i casi in cui due o più imprese esprimano la comune volontà di adottare una determinata condotta sul mercato a prescindere dalle modalità con cui l'intento comune venga manifestato. Nel campo di applicazione del divieto rientra pertanto qualsiasi forma di accordo, inclusi, oltre agli accordi scritti:

- gli accordi conclusi in modo informale anche da dipendenti privi del potere di impegnare l'impresa;
- i c.d. "*gentlemen's agreements*";
- gli accordi giuridicamente non vincolanti;
- gli accordi che non impongono obblighi precisi alle parti;
- gli accordi che non prevedono sanzioni in caso di inadempimento.

### 1.3 La nozione di “pratica concordata”

La pratica concordata è definita nel diritto *antitrust* come quella forma di coordinamento tra imprese che, pur senza concretizzarsi in un vero e proprio accordo, costituisce una consapevole collaborazione tra le imprese a danno della concorrenza.

Elementi essenziali di questa fattispecie sono: (i) l'esistenza di una qualche forma, diretta o indiretta, di “contatto” tra le imprese che consenta loro di conoscere le rispettive strategie commerciali o, quantomeno, di ridurre l'incertezza su come un concorrente agirà sul mercato e (ii) una potenziale ricaduta di tale contatto sulla condotta delle imprese coinvolte, nel senso che queste, nell'assumere le proprie decisioni commerciali, potranno tenere conto dell'informazione ottenuta.

Lo scambio di informazioni sensibili è, quindi, severamente vietato in quanto idoneo ad eliminare le incertezze sui futuri comportamenti che le imprese intendono tenere sul mercato e a consentire un coordinamento delle loro condotte in funzione anticoncorrenziale.

Ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una pratica concordata, rileva anche solo l'evidenza di un contatto (ad es. la partecipazione ad una riunione) nell'ambito del quale vengono scambiate informazioni sensibili in quanto si presume che, in assenza di una chiara manifestazione di dissenso rispetto allo scambio di informazioni, l'impresa che le ha ricevute ne terrà conto ai fini della determinazione della propria politica commerciale. In mancanza di tale espressione di dissenso, al fine di dimostrare l'assenza di effetti restrittivi sulla concorrenza, l'impresa che ha ricevuto informazioni sensibili circa la politica commerciale di un concorrente, dovrebbe provare che il contatto sottostante era privo di qualunque finalità anticoncorrenziale,



ma ciò costituisce una prova “*diabolica*” ossia particolarmente difficile da fornire.

I contatti possono consistere in:

- incontri tra concorrenti;
- discussioni e scambi di informazioni tra concorrenti, anche solo informali, su questioni relative alle rispettive strategie commerciali;
- annunci pubblici unilaterali circa la strategia commerciale futura di un’impresa (ad esempio in merito ad un futuro aumento dei prezzi);
- scambi di informazioni indirette (ossia per mezzo di soggetti terzi) su elementi sensibili quali prezzi, produzione, iniziative commerciali future, ecc..

Rientrano in tale ultima categoria gli scambi di informazioni che avvengono senza il contatto diretto tra concorrenti bensì per il tramite di soggetti quali, ad esempio, clienti o fornitori in comune tra due o più concorrenti (c.d. *Hub&Spoke*).<sup>3</sup>

Le autorità di concorrenza possono trarre evidenza di una pratica concordata anche dall’esistenza di comportamenti paralleli (per esempio aumenti contestuali di prezzo di pari ammontare o sconti e sistemi di sconto identici) quando tale parallelismo non trovi altra spiegazione se non la concertazione anticoncorrenziale.

---

<sup>3</sup> A tal proposito, la Corte di Appello inglese ha precisato che, affinché un’informazione scambiata tra due operatori concorrenti attraverso un terzo intermediario integri un illecito anticoncorrenziale, è necessario provare (i) l’avvenuto scambio di informazioni attraverso l’intermediario, (ii) l’intenzione dell’impresa di fornire l’informazione al proprio concorrente e che (iii) quest’ultimo fosse consapevole della provenienza dell’informazione e l’abbia utilizzata per definire la propria politica commerciale (cfr. Caso 1022/1/1/03, [2004] CAT 17 *JJB Sports plc v Office of Fair Trading* e caso *Argos limited and Littlewoods Ltd v OFT, JJB Sports plc v OFT* [2006]. Si veda, altresì, Marc Hansen, Brussels April 2014, “Hub and Spoke” Cases and Special Considerations for Atypical Cartels).

Benché l'allineamento della politica commerciale non costituisca di per sé un'infrazione ai sensi della normativa *antitrust*, occorre prestare la massima attenzione a che tali comportamenti non siano il risultato di comunicazioni, contatti o scambi di informazioni (diretti o indiretti) con le imprese concorrenti.



Ciò non vuol dire dunque che il parallelismo sia sempre vietato ma semplicemente che esso può rappresentare un chiaro indizio di una concertazione anticoncorrenziale. In sostanza: il parallelismo è lecito solo se è il frutto di scelte indipendenti (e non precedute da contatti) ancorché ispirate, ad esempio, dalle scelte operate da concorrenti e osservate sul mercato.

#### 1.4 Le delibere delle associazioni di imprese

Le norme di concorrenza non vietano alle imprese di partecipare ad incontri con i propri concorrenti all'interno delle associazioni di categoria né a queste ultime di operare.

Tuttavia, le delibere di associazioni di categoria (o di organismi analoghi), qualunque forma giuridica assumano (ed indipendentemente dalla circostanza che siano vincolanti per i membri, costituiscano regole statutarie dell'associazione o siano mere raccomandazioni), ricadono tra le intese restrittive della concorrenza quando inducono gli associati a determinare in concreto un coordinamento del loro comportamento sul mercato.

Tale effetto può derivare, ad esempio, da decisioni che richiedono agli associati di adottare determinate strategie commerciali, di scambiarsi regolarmente informazioni confidenziali oppure di ripartirsi clienti o mercati.

Le associazioni di categoria possono invece legittimamente:

- svolgere attività di *lobbying*, ad esempio in riferimento a proposte di legge;
- fissare *standard* tecnici comuni, nonché rappresentare le imprese del settore presso gli organismi competenti, ad esempio, in materia di sicurezza;
- elaborare codici generali di condotta purché gli stessi non abbiano, direttamente o indirettamente, ad oggetto la politica commerciale delle imprese aderenti;
- raccogliere informazioni statistiche storiche sull'andamento dell'attività delle imprese associate, a condizione che tali informazioni siano elaborate su base aggregata e in modo da non consentire di conoscere l'andamento economico delle singole imprese;
- condurre ricerche di mercato a condizione che le stesse non abbiano, per oggetto o come effetto, l'uniformazione delle strategie commerciali degli associati;
- fornire informazioni generali, assistenza e supporto ai propri associati;
- avviare contrattazioni collettive con i sindacati;
- svolgere attività di pubbliche relazioni a favore dei propri associati;
- organizzare corsi e programmi di aggiornamento professionale.

In seno a tali associazioni occorre in sostanza discutere esclusivamente di profili tecnici o attinenti alla tutela della categoria ed assolutamente evitare qualsiasi confronto che riguardi temi di carattere commerciale (quali, ad esempio, prezzi, livello della produzione e iniziative commerciali).



In caso di violazione delle norme *antitrust*, sia l'associazione sia i suoi membri possono essere ritenuti responsabili e possono pertanto essere condannati al pagamento di sanzioni.

## 2. Restrizioni orizzontali della concorrenza

Un'Intesa può essere conclusa fra due o più imprese concorrenti<sup>4</sup> (c.d. **“accordo orizzontale”** o **“cartello”**) o fra imprese che si collocano a livelli diversi del processo economico, per esempio un produttore e un distributore (c.d. **accordo “verticale”**).



Le Intese tra concorrenti sono tipicamente considerate maggiormente lesive della concorrenza rispetto alle restrizioni verticali perché possono più facilmente tradursi in limitazioni della concorrenza a danno dei consumatori e possono più difficilmente essere giustificate da benefici per i consumatori.

Ai sensi del diritto della concorrenza, non sono considerate imprese concorrenti due o più imprese appartenenti al medesimo gruppo. Ne discende dunque che accordi fra un'impresa madre ed un'impresa figlia, ovvero tra imprese assoggettate al medesimo centro di controllo, non rientrano nell'ambito di applicazione del divieto *ex* articolo 101 TFUE.

### Regole di comportamento relative ai rapporti con i concorrenti

Alla luce dei principi descritti e al fine di garantire il rispetto della normativa *antitrust*, è opportuno che i dipendenti e i dirigenti delle società del Gruppo si

<sup>4</sup> Nell'ambito del diritto della concorrenza la definizione di impresa prescinde da una precisa categorizzazione giuridico-formale, dandosi invece preminente rilievo alla natura economica dell'attività svolta. In tal senso è la giurisprudenza europea a sancire che *“nel contesto del diritto della concorrenza la qualifica di impresa si applica a qualsiasi entità che esercita una attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e delle sue modalità di finanziamento”* (cfr. Corte di Giustizia, 18/06/1991, C-41/90, *Hoefner and Elser/Macrotron GmbH*, in Racc. p. I-1979).

attengano alle seguenti regole di comportamento.

- a) **Non concludere con i concorrenti accordi** di qualsiasi natura (*i.e.* diretti o indiretti, vincolanti o non vincolanti, formali o informali, taciti o espressi) aventi ad oggetto la politica commerciale da adottare sul mercato. Vi rientrano, a titolo meramente esemplificativo, gli accordi riguardanti il prezzo di rivendita dei prodotti, la determinazione di altre condizioni commerciali (quali il livello di sconto applicabile), la ripartizione dei mercati, dei territori o della clientela, il contingentamento della produzione, ecc.

Più in generale, ogniqualvolta sorga l'opportunità o anche solo l'eventualità di stipulare accordi con i concorrenti, prima di intraprendere qualsiasi azione (incluso lo scambio di informazioni preliminari), è necessario rivolgersi all'Ufficio Legale della Società e/o all'*Antitrust Compliance Manager* al fine di accertarsi che ricorrano

le condizioni eccezionali che consentano la conclusione di tali tipi di accordi.

- b) **Non scambiare informazioni con i concorrenti** (per mezzo di riunioni, contatti formali o informali, *email*, annunci pubblici unilaterali, soggetti terzi quali clienti o fornitori, ecc.) idonee a ridurre l'incertezza circa il comportamento attuale o futuro di un concorrente del Gruppo Sapio sul mercato. Vi rientrano, ad esempio, le informazioni riguardanti, il prezzo di rivendita, gli sconti e/o le altre condizioni praticate o da praticare, gli aumenti di prezzo, le campagne promozionali, i costi della produzione, le fonti di approvvigionamento, il livello della produzione, le aree di sviluppo strategico, l'identità dei clienti, le strategie di investimento commerciali, pubblicitarie o produttive, ecc. (di seguito

“**Informazioni Sensibili**”).

Più in generale, ogniqualvolta sorga l'opportunità o anche solo l'eventualità di entrare direttamente o indirettamente in contatto con i concorrenti, è necessario rivolgersi all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager* al fine di verificare se e in che misura tale contatto abbia natura lecita.

c) **Non cooperare con i concorrenti in occasione di gare d'appalto**

né con l'intento di attenuare l'incertezza sul comportamento delle società del Gruppo Sapio o di un concorrente in sede di gara (ad esempio, mediante scambi di informazioni sui lotti ritenuti di interesse, sulle offerte considerate ragionevoli e sulle strategie di gara, o mediante commenti su aspetti economici e/o tecnici del capitolato di gara o sulla opportunità che la gara non abbia successo/vada deserta) né al fine di concertare le rispettive strategie partecipative (concordando, ad esempio, di spartirsi i lotti, di boicottare la gara, di presentare offerte di appoggio *etc.*).

Un'attenzione particolare deve, inoltre, essere dedicata all'eventualità in cui le società del Gruppo decidessero di partecipare alle gare con propri concorrenti nella forma dell'associazione temporanea di imprese (c.d. ATI). Nel caso in cui le società del Gruppo abbiano tutti i requisiti per partecipare autonomamente alla gara, la decisione di partecipare alla stessa in forma di ATI dovrà essere preventivamente valutata dall'Ufficio Legale e/o dall'*Antitrust Compliance Manager* al fine di verificare che la finalità della partecipazione congiunta sia compatibile con la normativa *antitrust*.

La legittimità in una prospettiva *antitrust* delle condotte tenute dalle imprese in occasione di gare d'appalto è di particolare rilevanza anche

alla luce della recente consultazione promossa dall'ANAC. In particolare, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha suggerito l'adozione di linee guida che consentano alle stazioni appaltanti di escludere dalla partecipazione alla gara d'appalto le imprese che siano state condannate in via definitiva per illeciti *antitrust*.

- d) **Non comunicare informazioni commerciali sensibili ai clienti o ai fornitori** con la finalità di consentire loro di trasmetterle ai concorrenti.

Si suggerisce, inoltre, di non chiedere espressamente ai clienti e/o ai fornitori informazioni concernenti le condizioni contrattuali praticate da un concorrente. Ciò non impedisce di recepire dai clienti tali informazioni nel caso in cui questi le comunichino spontaneamente alle Società al fine di ottenere, nell'ambito di una negoziazione, condizioni contrattuali più favorevoli rispetto a quelle inizialmente offerte. Tuttavia, nel circolare internamente l'informazione ricevuta, è sempre opportuno menzionare la fonte da cui proviene onde poter dimostrare, ove necessario, che non vi è stato alcun scambio di informazioni (indiretto) con un concorrente.

- e) Nel caso in cui **si ricevano da concorrenti informazioni** idonee a ridurre l'incertezza circa il comportamento attuale o futuro di un concorrente sul mercato quali, ad esempio, le Informazioni Sensibili, occorre opporsi immediatamente ed espressamente all'ulteriore divulgazione delle stesse chiarendo che il Gruppo Sapio non ne farà uso in sede di determinazione della propria politica commerciale (di seguito, “**Opposizione allo Scambio**”).

In particolare:

- se l'informazione è ricevuta via *email* o, comunque, per iscritto, sarà

necessario rispondere per iscritto manifestando espressamente l'Opposizione allo Scambio. In tal caso, si raccomanda altresì di conservare copia della risposta fornita;

- qualora lo scambio di informazioni illegittimo dovesse avvenire nel corso di una riunione (incluse le riunioni presso associazioni di categoria), occorre far annotare a verbale l'Opposizione allo Scambio e, ove lo stesso non cessi immediatamente, sarà necessario abbandonare la riunione facendo riportare nel verbale anche tale evento (questa precauzione è molto importante in quanto anche l'impresa che partecipa passivamente ad un incontro anticoncorrenziale può essere ritenuta responsabile dell'infrazione, salvo che non dimostri di aver manifestato pubblicamente il proprio dissenso);

In aggiunta a quanto sopra, occorrerà riportare l'accaduto all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager* che, ove necessario, adotterà ulteriori iniziative volte a garantire il pieno rispetto della normativa *antitrust*. In caso di dubbi circa il comportamento da adottare in un caso specifico o circa il carattere sensibile di un'informazione in una prospettiva *antitrust*, occorre rivolgersi all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager* che fornirà le opportune indicazioni.

- f) Poiché le **associazioni di categoria** sono ritenute dalle autorità di concorrenza sedi privilegiate per lo scambio di informazioni sensibili - con la conseguenza che sono spesso oggetto di ispezioni - è opportuno (i) evitare la partecipazione di dipendenti del Gruppo appartenenti alle funzioni commerciali agli incontri delle associazioni di categoria e (ii) che i dipendenti del Gruppo incaricati di partecipare agli incontri si attengano scrupolosamente alle seguenti regole di comportamento:



- farsi inviare preventivamente l'ordine del giorno della riunione al fine di poterlo condividere con l'Ufficio Legale e/o l'*Antitrust Compliance Manager*, cui spetterà valutare possibilità, forme e modi della partecipazione;
- adottare le regole di comportamento indicate al punto e) che precede qualora nell'ambito dell'incontro si dovessero trattare argomenti potenzialmente critici;
- dopo ogni riunione di associazione in cui siano stati trattati temi di particolare rilevanza, al fine di verificare la conformità della riunioni e delle discussioni alle regole in materia di concorrenza (e, in caso contrario, di adottare le iniziative necessarie), deve essere redatto un rapporto scritto destinato all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager* contenente: una copia dell'ordine del giorno, una copia di ogni documento distribuito durante l'incontro, la lista dei partecipanti e le relative imprese di appartenenza, una copia dei verbali dell'incontro e un resoconto degli ulteriori argomenti trattati qualora i verbali non fossero esaustivi.

g) **Evitare di annunciare pubblicamente** strategie delle società del Gruppo Sapio soprattutto quando la relativa adozione avverrà a distanza di molto tempo dall'annuncio e quando la loro attuazione possa essere pregiudizievole per i clienti/consumatori (es: aumento dei prezzi).

Nel caso in cui si intenda annunciare pubblicamente la strategia del Gruppo, se possibile, evitare mezzi di informazione che si rivolgono esclusivamente o prevalentemente ai soli operatori del settore (es. riviste specializzate, *meeting* dedicati, ecc.).

Prima di effettuare annunci pubblici aventi ad oggetto strategie commerciali future delle Società, incluse Informazioni Sensibili, rivolgersi all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager* al fine di consentirgli di verificare se e in che misura è possibile annunciare pubblicamente tali informazioni.

Nel caso in cui un concorrente annunci pubblicamente le sue future strategie, soprattutto se potenzialmente pregiudizievoli per i clienti/consumatori,;

- evitare di replicare con annunci analoghi; è fondamentale non dare l'impressione che le imprese del settore stiano “dialogando” per mezzo di annunci pubblici al fine di coordinare le loro strategie;
- valutare con attenzione l'opportunità di redigere e diffondere internamente analisi che ipotizzano l'adozione di comportamenti analoghi a quelli prospettati dall'impresa concorrente;
- valutare con l'Ufficio Legale e/o l'*Antitrust Compliance Manager* la possibilità di inviare ai concorrenti una comunicazione in cui si invitano gli stessi a non diffondere annunci simili e si rende noto che il Gruppo non terrà in considerazione tali annunci nella determinazione della sua futura strategia commerciale.

### **3. Restrizioni verticali della concorrenza**

Sebbene siano di norma considerati meno pregiudizievoli per la concorrenza rispetto a quelli orizzontali, anche gli accordi verticali possono contenere previsioni proibite dalla disciplina *antitrust*.

In particolare, sono vietati gli accordi verticali in virtù dei quali il fornitore (es: Sapiro o un fornitore di apparecchiature di ventiloterapia) impone al proprio cliente:

- il **prezzo di rivendita** dei prodotti e/o servizi forniti (è fatta salva la possibilità di imporre prezzi massimi o di raccomandare il prezzo di rivendita, a condizione che ciò non si traduca, di fatto, in un'imposizione di prezzi fissi o minimi di rivendita per effetto di pressioni o incentivi);
- il **territorio in cui o i soggetti** ai quali il cliente può rivendere i prodotti acquistati:
  - qualora sia il fornitore sia l'acquirente dovessero detenere quote di mercato inferiori al 30%,<sup>5</sup> non è, tuttavia, ritenuto illecito vietare le vendite attive<sup>6</sup> da parte di un cliente (es: Sapiro) nel territorio esclusivo o alla clientela esclusiva che il fornitore (es: un fornitore di apparecchiature per la ventiloterapia) ha riservato a se o ad un altro distributore;
  - parimenti, nel caso in cui sia il fornitore sia l'acquirente dovessero detenere quote di mercato inferiori al 30%, non è ritenuto illecito vietare le vendite agli utenti finali (es: ai pazienti) da parte di un acquirente (es: Sapiro) operante al livello del commercio all'ingrosso.

---

<sup>5</sup> Perché possa operare l'esenzione in parola è necessario che (i) la quota detenuta dal fornitore nel mercato rilevante sul quale vende i beni o i servizi oggetto del contratto non sia superiore al 30% e (ii) la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o i servizi oggetto del contratto.

<sup>6</sup> Per "vendita attiva" si intende la vendita che sia esito di un'attività di ricerca e di contatto da parte dell'impresa nei confronti dell'acquirente, ad esempio per posta (o posta elettronica) non sollecitata, mediante visite presso la sede o il domicilio dei clienti, o anche la pubblicità in determinate aree territoriali o specificamente destinata a determinate categorie di clienti.

Rientrano tra gli accordi verticali potenzialmente illegittimi i c.d. **obblighi di non concorrenza** ossia gli accordi attraverso cui l'acquirente è indotto o costretto a concentrare almeno l'80% degli ordini di un particolare tipo di prodotto e/o servizio presso un unico fornitore (si pensi, ad esempio, al caso in cui un fornitore di apparecchiature di ventiloterapia imponga alle società del Gruppo di approvvigionarsi esclusivamente presso quest'ultimo o al caso in cui sia Sapio o un'altra società del Gruppo ad imporre ad un ospedale di acquistare esclusivamente i propri servizi). In particolare, tali accordi possono essere considerati restrittivi della concorrenza e la loro liceità deve essere valutata caso per caso, laddove (i) gli stessi abbiano una durata indefinita o superiore a cinque anni o (ii) il fornitore e/o l'acquirente detenga una quota di mercato superiore al 30%.<sup>7</sup>

Possono essere considerati restrittivi della concorrenza anche gli **accordi di distribuzione esclusiva**, ossia gli accordi con cui il fornitore (ad esempio, un fornitore di apparecchiature di ventiloterapia) acconsente a vendere i propri prodotti ad un unico distributore (es: Sapio), affinché li rivenda in un particolare territorio. Gli accordi in parola possono essere considerati esenti dal divieto di cui all'art. 101 TFUE laddove sia la quota di mercato del fornitore che quella dell'acquirente siano inferiori al 30%.

### **Regole di comportamento per le relazioni verticali**

Alla luce dei principi del diritto della concorrenza sopra illustrati, è opportuno attenersi alle seguenti regole di comportamento:

---

<sup>7</sup> Anche gli obblighi di non concorrenza imposti all'acquirente per un periodo successivo alla scadenza del suo contratto possono essere ritenuti restrittivi della concorrenza salvo il caso in cui le parti dimostrino che tali accordi sono: (i) indispensabili per proteggere il *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente durante il periodo di vigenza del contratto, (ii) limitati al punto vendita da cui l'acquirente ha operato durante il rapporto contrattuale, e (iii) limitati ad un periodo massimo di un anno dopo la scadenza del contratto.

- a) Non pattuire con i fornitori e con i clienti il prezzo di rivendita dei prodotti o servizi acquistati o venduti dalle Società del Gruppo.
- b) Non ricevere né erogare incentivi connessi all'applicazione di un prezzo di rivendita raccomandato.
- c) Non effettuare pressioni commerciali (es: minacce, rifiuto di fornire i prodotti o servizi, ritardi nelle forniture, ecc.) nel caso in cui un cliente non applichi il prezzo di rivendita raccomandato.
- d) Sottoporre sempre all'Ufficio Legale del Gruppo e/o all'*Antitrust Compliance Manager* i contratti e gli accordi aventi ad oggetto clausole di non concorrenza e clausole di esclusiva sia nel caso in cui abbiano ad oggetto l'acquisto di prodotti o servizi, sia nel caso in cui siano volti a disciplinare la fornitura di prodotti o servizi.

## PARTE II:

### Abuso di posizione dominante



## 4. Nozioni fondamentali e fattispecie vietate

### 4.1 La detenzione di una posizione dominante

Un'impresa è considerata in "posizione dominante" quando ha un **potere di mercato** tale da essere in grado di operare indipendentemente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori finali ed è in grado di influenzare in maniera considerevole e decisa i principali parametri della concorrenza (prezzo, condizioni di vendita, ecc.).



Al fine di determinare se il "potere di mercato" detenuto da un'impresa sia tale da far configurare in capo alla stessa una posizione dominante, i fattori da prendere in considerazione sono molteplici, primo fra tutti le relative quote di mercato.<sup>8</sup> In particolare:

- se la quota di mercato di un'impresa è inferiore al 30-40%, è poco probabile che questa sia ritenuta dominante in assenza di ulteriori elementi quali l'assenza di concorrenti con quote di mercato significative;
- se la quota di mercato di un'impresa è tra il 40% e il 50%, devono essere presi in considerazione ulteriori fattori quali, ad esempio, le

---

<sup>8</sup> Ne deriva che, al fine di verificare se un'impresa sia o meno in posizione dominante, la prima operazione da effettuare è l'individuazione del mercato in cui la stessa opera. A tal fine, occorre individuare sia il mercato di prodotto, sia il mercato geografico. Il mercato di prodotto include tutti i beni e servizi che sono considerati intercambiabili tra di loro in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati. Il mercato geografico è costituito dall'area nella quale le condizioni della concorrenza sono omogenee in ragione, tra le altre cose, delle caratteristiche e abitudini dei consumatori, dei costi di trasporto e della normativa applicabile

barriere all'ingresso per i nuovi entranti, la capacità economico finanziaria dell'impresa, il livello di integrazione verticale della stessa, l'esistenza di economie di scala, la possibilità di accedere alle fonti di approvvigionamento e alle principali risorse, la fedeltà dei consumatori al relativo marchio, il potere negoziale dei clienti, ecc.;

- se la quota di mercato di un'impresa è superiore al 50%, vi è una presunzione di dominanza e spetta dunque alla stessa dimostrare di non essere in grado di esercitare un significativo potere sul mercato in cui opera.

Fermo restando che la valutazione sulla dominanza deve essere fatta caso per caso e che un'impresa può essere dominante in taluni mercati e non esserlo in altri, è importante chiarire che detenere una posizione dominante non è considerato illecito di per sé.

Ciò che è vietato alle imprese dominanti è, infatti, solo lo **sfruttamento abusivo** di tale posizione a danno dei propri concorrenti e, soprattutto, dei clienti e dei consumatori. In buona sostanza, dunque, le imprese dominanti hanno una “speciale responsabilità” che le vieta di porre in essere determinate condotte che sono invece consentite ai relativi concorrenti.



## 4.2 Condotte potenzialmente abusive

L'art. 102 del Trattato e l'art. 3 della Legge contengono un elenco di condotte vietate. Tale elenco non è esaustivo e, nel corso degli anni, la giurisprudenza e la prassi nazionale ed europea hanno individuato ulteriori condotte ritenute potenzialmente abusive. Tra le condotte rilevanti ai fini della presente Guida rientrano in particolare:

- l'imposizione di prezzi d'acquisto, di vendita ed altre condizioni di

transazione non eque (es: applicazione di prezzi superiori a quelli che sarebbero consentiti in un mercato concorrenziale);

- la previsione di “**Obblighi di Esclusiva**”, ossia dell’obbligo posto in capo ad un cliente di approvvigionarsi esclusivamente presso l’impresa dominante;
- l’imposizione di esclusive di fatto ossia di vincoli di esclusiva scaturenti dall’effetto di particolari politiche commerciali applicate dall’impresa dominante quale, ad esempio, l’applicazione di sconti e/o compensi fidelizzanti;
- l’applicazione di “**Prezzi Predatori**”, ossia di prezzi di vendita inferiori al costo di produzione;<sup>9</sup>
- la previsione della c.d. “**Clausola Inglese**”, ovvero dell’obbligo del cliente di riferire all’impresa dominante eventuali offerte maggiormente vantaggiose ricevute da altri fornitori e di accettare tali offerte solo nel caso in cui l’impresa dominante decida di non offrire condizioni equivalenti;
- le “**vendite abbinate**”, che si hanno quando l’impresa dominante subordina la vendita di un prodotto (generalmente riferibile al mercato in cui è dominante) alla condizione che il cliente acquisti al contempo un altro prodotto (tipicamente di minor successo)

---

<sup>9</sup> Sulla definizione di “costi di produzione” si sono espresse in più occasioni sia le corti europee, sia la Commissione Europea. Nei primi casi in materia, le corti comunitarie hanno ritenuto predatori i prezzi inferiori ai costi medi variabili e, in alcuni casi, i prezzi al di sotto dei costi totali variabili. (Corte di Giustizia Europea, sentenza del 3 luglio 1991, causa n. 62/86, caso *Akzo Chemie BV v. Commission*, paragrafi 71 e 71). Più recentemente, la Commissione, seguita da alcune pronunce della Corte di Giustizia, ha ritenuto che devono ritenersi predatori i prezzi inferiori ai costi evitabili medi e, in alcuni casi, inferiori al costo incrementale medio di lungo periodo (Comunicazione della Commissione Europea “Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti, in GUUE 2009/C-45/02”, paragrafo 26).



appartenente ad un diverso mercato e vendibile separatamente (rientra nella nozione di “vendite abbinata” anche la previsione di sconti particolarmente vantaggiosi subordinati all’acquisto congiunto di due prodotti distinti);<sup>10</sup>

- la “**discriminazione**”, ossia l’applicazione di condizioni commerciali dissimili per prestazioni equivalenti;<sup>11</sup>
- il “**rifiuto ingiustificato**” a contrarre.<sup>12</sup>

#### **4.3 Regole di comportamento da adottare nei mercati in cui il Gruppo è dominante**

Alla luce di quanto precede, è opportuno che nei mercati in cui le società del Gruppo detengono una posizione dominante, vengano rigorosamente osservati i limiti imposti dalla relativa disciplina.

Come visto, l’individuazione dei mercati in cui le Società potrebbero detenere una posizione dominante è un’operazione complicata i cui risultati potrebbero peraltro variare a seconda del periodo preso a riferimento. Un’impresa potrebbe, infatti, essere dominante su un mercato in un dato

---

<sup>10</sup> Si pensi, ad esempio, ad un’impresa dominante nel settore delle bevande gasate al gusto cola che subordina la vendita di tali bevande all’acquisto da parte del cliente di un’acqua minerale dalla stessa prodotta ma di scarso successo sul mercato.

<sup>11</sup> Ciò non implica, ovviamente, che le imprese dominanti sono tenute ad applicare identiche condizioni a tutti i propri clienti. Invero, la fornitura di un prodotto ad un cliente ad un prezzo inferiore rispetto al prezzo solitamente praticato ad altri clienti può, ad esempio, dipendere (i) dai costi di trasporto del prodotto che potrebbero essere proporzionalmente inferiori se viene ordinato un quantitativo maggiore di prodotti, (ii) dai termini di consegna del prodotto che potrebbero far gravare sull’impresa dominante spese di deposito o di immagazzinaggio meno elevate rispetto al solito, e/o (iii) dalla circostanza che un cliente si impegna ad effettuare nell’interesse del Gruppo determinati servizi o attività promozionali. In buona sostanza, ciò che rileva è dunque la circostanza che a parità di controprestazioni l’impresa dominante offra pari condizioni.

<sup>12</sup> In particolare, qualora un’impresa in posizione dominante si rifiuti di fornire i propri prodotti ad uno o più clienti, è tenuta a giustificare tale scelta con delle motivazioni legate alla tutela dei propri legittimi interessi commerciali (es: rifiuto di fornire a clienti che non pagano).

periodo e non esserlo più in un periodo successivo (o viceversa) perché nel frattempo è mutato il mercato di riferimento e/o è mutato il potere di mercato dell'impresa in questione.

L'individuazione dei mercati in cui il Gruppo è potenzialmente in posizione dominante è dunque rimessa all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager* che, di volta in volta comunicherà ai dipendenti della Società in quali mercati la stessa potrebbe essere ritenuta dominante.

### **Regole di comportamento nei mercati in cui il Gruppo è potenzialmente dominante**

In ottemperanza a quanto sopra, nei mercati in cui le società del Gruppo sono potenzialmente in posizione dominante, tutti i dipendenti sono tenuti ad attenersi alle seguenti regole di comportamento:

- i) non applicare prezzi eccessivi, ossia prezzi che non appaiono ragionevoli in relazione al valore economico del prodotto;
- ii) non pattuire con i clienti Obblighi di Esclusiva;
- iii) non applicare prezzi (inclusi eventuali sconti) inferiori ai costi incrementali medi di lungo periodo;
- iv) non imporre ai clienti l'obbligo di riportare eventuali offerte migliorative ricevute dalla concorrenza né il divieto di accettarle se le società del Gruppo si rendono disponibile a pareggiare l'offerta;
- v) non subordinare la vendita di taluni prodotti all'acquisto da parte del cliente anche di altri prodotti vendibili separatamente; non erogare sconti a fronte dell'acquisto congiunto di tali prodotti;

- vi) evitare discriminazioni non obiettivamente giustificabili tra clienti (è quindi opportuno verificare sempre che la concessione a determinati clienti di sconti o condizioni commerciali più favorevoli rispetto ad altri clienti sia giustificata da risparmi di costo o guadagni di efficienza e fondata su criteri oggettivi e trasparenti);
- vii) non rifiutarsi di fornire prodotti ai clienti (attuali o potenziali) che ne facciano richiesta salvo il caso in cui il rifiuto sia giustificato da obiettivi interessi commerciali del Gruppo (es: quando l'ordinativo è effettuato da un cliente che non paga o non offre adeguate garanzie di pagamento o di rispettare i propri obblighi contrattuali). In caso di dubbi sulla legittimità delle ragioni di un rifiuto, è consigliabile rivolgersi all'Ufficio Legale e/o all'*Antitrust Compliance Manager*.

## PARTE III:

### L'applicazione delle regole di concorrenza

## 5. Le autorità di concorrenza

### 5.1 La Commissione Europea e l'AGCM

Con riferimento alle intese restrittive e agli abusi di posizione dominante, il principale compito della Commissione e dell'AGCM è accertare e perseguire le violazioni ai divieti.

La Commissione condivide la competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 del Trattato con le autorità di concorrenza ed i giudici nazionali. In particolare, l'ambito di intervento della Commissione è limitato alle sole fattispecie di natura autenticamente transfrontaliera che coinvolgano almeno quattro Stati membri dell'Unione.



L'AGCM, oltre ad essere responsabile dell'applicazione della Legge, è quindi competente ad applicare gli articoli 101 e 102 del Trattato (art. 5, Reg. (CE) 1/2003) quando, in base ai criteri di allocazione delle competenze sopra detti, risulti più idonea ad intervenire. Inoltre, ogniqualvolta l'AGCM applichi gli artt. 2 e/o 3 della Legge a fattispecie che possono pregiudicare il commercio tra Stati Membri, essa applica obbligatoriamente anche gli articoli 101 e/o 102 del Trattato (art. 3 Reg. 1/2003).

Il Reg. (CE) 1/2003 stabilisce una stretta collaborazione tra Commissione e autorità nazionali di concorrenza nell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza prevedendo meccanismi di informazione reciproca, di consultazione e di coordinamento al fine di evitare la duplicazione di procedimenti e decisioni sulle medesime fattispecie.<sup>13</sup>



<sup>13</sup> Si veda a questo proposito anche la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (in GUCE C 101 del 27 aprile 2004, p. 3).

Nell'applicare gli articoli 101 e 102 del Trattato, la Commissione e l'AGCM, qualora ritengano che le condotte delle imprese oggetto di analisi possano arrecare un pregiudizio grave ed irreparabile alla concorrenza, possono adottare misure cautelari nelle more del procedimento.

A conclusione di un procedimento istruttorio avviato per accertare l'esistenza di presunte infrazioni delle norme *antitrust*, l'AGCM e la Commissione possono:

- adottare una decisione con la quale accertano la compatibilità della fattispecie esaminata con le regole di concorrenza (per quanto ciò accada assai infrequentemente);
- adottare una decisione con cui ordinano alle imprese di cessare le infrazioni constatate. A tal fine la Commissione dispone altresì del potere di imporre misure correttive di natura strutturale o comportamentale;
- imporre sanzioni amministrative pecuniarie nell'ipotesi di intese ritenute gravemente lesive della concorrenza.

---

## **5.2 I ricorsi contro le decisioni della Commissione europea e dell'AGCM**

Contro le decisioni della Commissione in materia di concorrenza può essere proposto ricorso innanzi al Tribunale dell'Unione Europea entro due mesi dal giorno successivo alla notifica della decisione.

Le decisioni del Tribunale sono impugnabili dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea soltanto per motivi di diritto.

Avverso le decisioni dell'AGCM è proponibile ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio entro 60 giorni dalla data di notifica del provvedimento. Il ricorso è limitato essenzialmente ad un esame della legittimità del provvedimento, sulla base dei motivi di incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere, difetto di istruttoria o di motivazione. L'esame può portare soltanto all'annullamento della decisione e non ad una nuova decisione sul merito.

Le sentenze del TAR del Lazio sono impugnabili a loro volta innanzi al Consiglio di Stato.

### **5.3 Procedimenti dinanzi alla Commissione europea e all'AGCM**

I procedimenti di fronte alla Commissione e all'AGCM possono essere avviati:

- d'ufficio, quando l'organo venga autonomamente a conoscenza di una possibile violazione delle regole della concorrenza;
- a seguito della denuncia di una (o più) delle imprese partecipanti all'intesa (c.d. *leniency application*)
- a seguito della denuncia di un concorrente, di un cliente, di un'associazione di consumatori, ecc.;
- a seguito della comunicazione volontaria di un accordo da parte delle imprese interessate volta ad ottenere un provvedimento di accertamento negativo o di esenzione individuale (provvedimenti che, come detto, a seguito dell'entrata in vigore del Reg. (CE) 1/2003 non possono più essere adottati dalla Commissione e sono concessi dall'AGCM solo in casi eccezionali, v. *supra* § 3.4).

L'avvio formale di un procedimento viene deliberato dalla Commissione o dall'AGCM quando, a seguito di una sommaria valutazione degli elementi in loro possesso, viene ritenuto probabile che si sia verificata una violazione delle regole della concorrenza.

---

## **6. I poteri di indagine delle autorità di concorrenza**

### **6.1 Ispezioni, richieste di informazioni e scambio delle stesse**

Le normative della concorrenza comunitaria e italiana conferiscono rispettivamente alla Commissione e all'AGCM ampi poteri di indagine. Tali poteri includono:

- *il potere di condurre ispezioni* senza preavviso presso le sedi di imprese, persone fisiche o giuridiche che si ritiene siano in possesso di documenti rilevanti per l'istruttoria.

In particolare, i funzionari della Commissione o dell'AGCM incaricati dell'ispezione hanno il potere di accedere a tutti i locali in cui si svolge l'attività aziendale (ivi comprese le automobili).

L'art. 21 del Reg. (CE) 1/2003 attribuisce alla Commissione – previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro nel cui territorio si trova il luogo da ispezionare – il potere di effettuare ispezioni anche presso le abitazioni di dirigenti e dipendenti delle imprese

coinvolte nel procedimento. Analogo potere non è, invece, conferito all'AGCM.

Nel condurre l'ispezione, l'AGCM e la Commissione si avvalgono generalmente della collaborazione di agenti della Guardia di Finanza che nello svolgimento delle ispezioni hanno gli stessi poteri previsti per gli accertamenti ispettivi di polizia tributaria.

La Guardia di Finanza può ricorrere alla forza per ottenere l'accesso a uffici, locali, armadi, *computers* ecc. in caso di opposizione da parte dei soggetti sottoposti ad ispezione. Può, inoltre, apporre sigilli quando ciò sia necessario per garantire lo svolgimento dell'ispezione, oppure per prevenire eventuali manomissioni (ad esempio, quando l'ispezione dura più giorni).

Dirigenti e dipendenti dell'impresa sottoposta ad ispezione sono tenuti a cooperare con i funzionari. Il rifiuto ingiustificato di fornire informazioni o esibire documenti rilevanti per l'istruttoria o la presentazione di informazioni o documenti non veritieri è punito con sanzioni che, nel caso di procedure in base al diritto comunitario, possono giungere all'1% del fatturato dell'impresa interessata. Il diritto nazionale prevede, invece, una sanzione massima di 25.822 Euro laddove tali soggetti si rifiutino di fornire le informazioni richieste, che possono giungere fino a 51.645 Euro nel caso in cui vengano fornite informazioni o documenti non veritieri. Inoltre, la mancata collaborazione dell'impresa all'attività istruttoria viene considerata circostanza aggravante suscettibile di comportare un aumento della sanzione irrogabile per le violazioni del diritto della concorrenza.



- *Il potere di indirizzare richieste di informazioni* sia alle imprese già soggette ad un'istruttoria, sia ad altre imprese. Le imprese sono tenute a rispondere a tali richieste in maniera completa e veritiera, pena l'assoggettamento a sanzioni. Poiché le richieste sono spesso utilizzate per ottenere informazioni utili all'avvio o allo svolgimento di un'istruttoria, le risposte vanno predisposte con particolare attenzione.
- *Scambio di informazioni tra autorità di concorrenza.* Tra Commissione, AGCM e altre autorità di concorrenza dell'Unione Europea vi sono contatti regolari, che comprendono anche lo scambio di prove e informazioni concernenti possibili violazioni del diritto della concorrenza comunitario. In determinati casi le informazioni scambiate tra le autorità degli Stati membri possono anche essere utilizzate come prove nei procedimenti istruttori per violazione delle norme di concorrenza nazionali. Questi scambi si sono intensificati a seguito della creazione di una rete tra le autorità di concorrenza di tutti gli Stati membri (*l'European Competition Network*), come prevista dal Reg. (CE) 1/2003.

I poteri di indagine della Commissione e dell'AGCM sono soggetti ad alcune limitazioni, tra cui:

- Il divieto di auto-incriminazione. L'impresa è tenuta a fornire alla Commissione o all'AGCM tutte le informazioni da queste ritenute utili per comprendere i fatti oggetto dell'istruttoria e, quindi, anche documenti che possono servire a provare un comportamento anticoncorrenziale. Tuttavia, la Commissione e l'AGCM non possono obbligare il presunto trasgressore ad ammettere l'esistenza della trasgressione, testimoniando contro se stesso.
- La corrispondenza cliente-avvocato. In base alla prassi comunitaria la Commissione non può richiedere la produzione di corrispondenza ed

altri documenti dei consulenti legali esterni indirizzati all'impresa. Malgrado il silenzio della Legge, l'AGCM segue il medesimo approccio.

Più in dettaglio, la giurisprudenza comunitaria riconosce il *legal privilege* (il diritto al segreto professionale) solo per: a) i documenti o la corrispondenza scritta tra un legale indipendente (ossia non vincolato da rapporti di lavoro con la società come ad es. un *in-house lawyer*), sempre che trattino materie attinenti all'oggetto dell'istruttoria eventualmente avviata dalle autorità di concorrenza; b) i documenti interni della società che riportano il contenuto delle comunicazioni o dei documenti dei legali esterni di cui al punto a); essi perderebbero pertanto questa tutela se includessero opinioni, commenti o aggiungessero profili di valutazione ulteriori rispetto al parere dei legali esterni.

In considerazione dei principi ora rammentati occorrerà prestare particolare attenzione a:

- evidenziare in tutta la corrispondenza con i legali esterni (comprese le e-mail) che si tratta di documentazione “Riservata - corrispondenza cliente-avvocato”;
- fare sì che tutte le informazioni interne di carattere sensibile siano scambiate solo oralmente o attraverso i legali esterni;
- non commentare per iscritto, negli scambi di corrispondenza o in documenti indirizzati internamente alla società, né modificare i pareri legali o i documenti provenienti dai legali esterni che trattano di argomenti aventi rilevanza *antitrust*.



## 6.2 Regole di comportamento durante le ispezioni

Nell'eventualità di un'ispezione dell'AGCM o della Commissione è opportuno che il Gruppo:

- a) assicurarsi la presenza, durante l'intero accertamento, del responsabile della funzione interessata dall'ispezione, di un rappresentante della dell'Ufficio Legale e/o dell'*Antitrust Compliance Manager* ed eventualmente di un legale esterno;
- b) verificarsi attentamente l'oggetto e lo scopo dell'accertamento che dovrà risultare dal documento che i funzionari incaricati sono tenuti ad esibire all'inizio dell'accertamento stesso (le imprese hanno il diritto di impedire ispezioni relative a istruttorie che non siano state loro notificate);
- c) vigili affinché, in ogni stadio dell'accertamento, ci sia piena rispondenza tra l'oggetto e lo scopo dell'accertamento ed i singoli atti di accertamento (ad esempio, non sarebbe consentito all'autorità di concorrenza, nel caso di un accertamento su eventuali pratiche restrittive relative al prodotto Z, esaminare la documentazione relativa al prodotto K);
- d) consenta ai funzionari incaricati l'accesso a tutta la documentazione legittimamente richiesta, nonché l'effettuazione di copie cartacee e/o digitali;
- e) verificarsi che i funzionari incaricati redigano e appongano la firma ad un verbale dell'accertamento, che enumeri ed identifichi, con la massima precisione, tutti i documenti di cui essi abbiano effettuato copia.



## 7. Conseguenze delle violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza

### 7.1 Sanzioni

Alle imprese responsabili di una violazione degli articoli 101 e 102 del Trattato o degli articoli 2 o 3 della Legge possono essere comminate pesanti sanzioni pecuniarie.

La Commissione e l'AGCM possono, infatti, irrogare sanzioni fino ad un importo massimo pari al **10% del fatturato totale** realizzato durante l'esercizio precedente dall'impresa ritenuta responsabile dell'infrazione (art. 23 Reg. (CE) 1/2003, art. 15 della Legge).

Le sanzioni devono essere pagate entro il termine fissato dalla Commissione o dall'AGCM (normalmente di 90 giorni).

Particolare attenzione occorre prestare all'ipotesi in cui un'altra società (c.d. *parent company*) eserciti un'influenza determinante (intesa quale potere di incidere sulle scelte strategiche) sull'impresa che ha commesso l'illecito concorrenziale.

In tale ipotesi, infatti, la Commissione e l'AGCM possono (i) ritenere la *parent company* responsabile dell'infrazione ed estendere l'istruttoria anche nei suoi confronti, e (ii) utilizzare come base per il calcolo della sanzione, oltre al fatturato dell'impresa, anche quello realizzato dalla propria *parent company*.<sup>14</sup>



<sup>14</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sent. n. 5864 del 29 settembre 2009 e Tribunale, sentenza del 15 giugno 2005, T-71/03, T-74/03, T-87/03 and T-91/03, Caso *Tokai Carbon Co. Ltd.*

Negli ultimi anni il livello delle sanzioni comminate dalla Commissione e dall'AGCM si è progressivamente innalzato in parallelo con la politica di maggiore severità nei confronti delle infrazioni alle regole di concorrenza.

L'entità della sanzione viene determinata dalla Commissione e dall'AGCM avuto riguardo al necessario effetto deterrente e alle seguenti circostanze:

- natura e oggetto delle infrazioni;
- ampiezza del mercato interessato;
- quota di mercato delle imprese responsabili dell'infrazione;
- pregiudizio causato a concorrenti effettivi o potenziali, consumatori, utilizzatori finali;
- durata delle infrazioni;
- reiterazione di comportamenti illeciti.

Nel 2006 la Commissione ha pubblicato una Comunicazione (gli "*Orientamenti per il calcolo delle ammende*"), che modifica quella precedente del 1998, volta ad informare le imprese sui metodi utilizzati per la determinazione delle ammende. La metodologia utilizzata dalla Commissione per la determinazione dell'ammenda si compone di due fasi:

1. la determinazione dell'**importo di base**, che avviene tenendo conto dei seguenti elementi:
  - (a) **gravità**: è stabilita una forcella tra lo 0 al 30 % del valore delle vendite dei beni/servizi in questione realizzate dall'impresa nella zona geografica interessata. Per le infrazioni particolarmente gravi (fissazione dei prezzi, ripartizione dei mercati e limitazione della produzione) è previsto un aumento supplementare compreso tra il 15 e il 25 % del valore delle vendite al fine di dissuadere ulteriormente le imprese dal prendere parte a tali tipologie di

infrazioni;

(b) l'importo così calcolato è moltiplicato per il numero di anni di partecipazione all'infrazione.

## 2. l'applicazione di **circostanze aggravanti o attenuanti**

### Circostanze aggravanti:

- ruolo d'istigatore o di capofila nel cartello,
- recidiva,
- ostruzionismo durante lo svolgimento dell'istruttoria, ecc.

### Circostanze attenuanti:

- prova di aver posto fine immediatamente alle attività illecite (non applicabile in caso di cartelli),
- prova di aver commesso l'infrazione per negligenza,
- ruolo marginale o non applicazione di fatto degli accordi o delle pratiche illecite,
- collaborazione efficace (al di fuori del programma di *leniency*, cfr. *infra*),
- comportamento anticoncorrenziale autorizzato o incoraggiato dalle autorità pubbliche o dalla legge.

### Aumento specifico:

viene applicato al fine di garantire un effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende nel caso in cui le imprese in questione abbiano un fatturato particolarmente importante o l'importo degli utili illeciti ottenuti grazie all'infrazione sia particolarmente elevato.

### Sanzione finale:

Importo di base (gravità + durata)

+ Circostanze aggravanti

- Circostanze attenuanti

(+ Eventuale aumento specifico)

L'importo non potrà in ogni caso superare il 10 % del fatturato totale annuale della società.



Deve essere segnalato che la Commissione, nel determinare l'ammontare della sanzione, tiene conto del fatto che generalmente le imprese di grandi dimensioni dispongono generalmente di conoscenze e di infrastrutture giuridico-economiche che consentono loro di essere maggiormente consapevoli del carattere illecito del loro comportamento e delle conseguenze che ne derivano sotto il profilo del diritto della concorrenza. Con una delibera del 2014, inoltre, l'AGCM ha adottato le proprie Linee Guida<sup>15</sup> per il calcolo delle sanzioni, che ricalcano sostanzialmente le previsioni contenute negli Orientamenti della Commissione.

Tuttavia, in aggiunta a quanto previsto negli Orientamenti, l'AGCM ha previsto la possibilità di ottenere una riduzione della sanzione fino al 15% per effetto dell'adozione ed dell'effettiva attuazione di un programma di *compliance antitrust* in linea con le *best practice* europee e nazionali.<sup>16</sup>



È, pertanto, evidente l'importanza che i programmi di *compliance* siano effettivamente implementati rispondendo ai più elevati *standard* e tenendo conto delle specifiche esigenze dell'impresa che li adotta. Saranno considerati tali i programmi che prevedono:

- “*un pieno coinvolgimento del management*” che faccia percepire all'interno dell'azienda l'importanza del rispetto della normativa *antitrust*;
- “*l'identificazione del personale responsabile del programma*”;

---

<sup>15</sup> AGCM, provvedimento n. 25152, del 22 ottobre 2014, recante “*Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative*”.

<sup>16</sup> Cfr. l'ultimo *bullet point* del paragrafo 23 delle Linee Guida.

- “l’identificazione e la valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo”;
- “l’organizzazione di attività di training adeguate alle dimensioni economiche dell’impresa” sì da diffondere costantemente ed efficacemente la cultura antitrust all’interno dell’impresa;
- “la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi (quali ad esempio l’applicazione di sanzioni disciplinari) per il mancato rispetto dello stesso”;
- “l’implementazione di sistemi di monitoraggio e di auditing” volti a prevenire eventuali violazioni.<sup>17</sup>

Peraltro, le Linee Guida dell’AGCM prevedono uno specifico sistema di calcolo delle sanzioni in illeciti compiuti nell’ambito di gare di appalto pubbliche; in tal caso, il valore delle vendite (su cui calcolare l’importo base in funzione della gravità) sarà pari agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d’asta in caso di assenza di aggiudicazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell’infrazione.

## 7.2 Leniency

La Commissione e l’AGCM accordano benefici (immunità o significativa riduzione delle sanzioni) per le imprese che forniscono informazioni utili a consentire di individuare e sanzionare cartelli di prezzo e altre gravi intese anticoncorrenziali.



Le condizioni di questi benefici sono indicate in apposite comunicazioni (c.d. *Leniency Notice*) che prevedono l’immunità totale dall’ammenda per l’impresa che per prima fornisca informazioni o prove sufficienti per procedere ad un’ispezione o constatare un’infrazione.

<sup>17</sup> Cfr. par. 14, delle Linee Guida.



Per beneficiare dell'immunità l'impresa deve però: (i) assicurare alla Commissione (o all'AGCM, a seconda dell'autorità a cui si forniscono le informazioni) una collaborazione completa e continuativa; (ii) cessare di partecipare all'infrazione, senza informarne gli altri partecipanti all'intesa e (iii) non aver costretto altre imprese a partecipare al cartello (condizione richiesta solo in caso di richiesta alla Commissione).

È inoltre prevista una riduzione dell'ammenda per le imprese che non soddisfano i requisiti per ottenere l'immunità, ma forniscono alla Commissione o all'AGCM un effettivo contributo alla constatazione dell'infrazione. La riduzione potrà raggiungere fino al 50% dell'ammenda a seconda del momento in cui l'impresa ha fornito l'effettivo contributo all'accertamento dell'infrazione.

Il programma di *leniency* può costituire un importante elemento di valutazione per le imprese partecipanti a cartelli. Tuttavia, anche perché i benefici in relazione alle ammende non sottraggono il trasgressore ad eventuali azioni civili di risarcimento dei danni, le implicazioni del ricorso alla *leniency* sono complesse, particolarmente nel caso di cartelli internazionali.

È pertanto importante valutare attentamente con il servizio legale l'opportunità di conformarsi alla *Leniency notice* della Commissione e dell'AGCM.



Peraltro, le Linee Guida dell'Autorità hanno introdotto l'istituto dell'*amnesty plus*. In base a tale disposizione, un'impresa coinvolta in un procedimento istruttorio dell'AGCM potrà beneficiare di una riduzione fino al 50% della sanzione applicabile per l'infrazione oggetto di tale procedimento nel caso in cui essa fornisca informazioni ritenute decisive per l'accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento. Così facendo, quindi, l'impresa in questione potrà ottenere (a) una riduzione della sanzione nel procedimento in corso, (b) l'immunità dalla sanzione per l'infrazione rivelata per mezzo del programma di *leniency*.



### 7.3 Sanzioni penali a carico di amministratori e dipendenti

Diversamente da altri ordinamenti (*in primis* il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America), né il diritto della concorrenza comunitario né quello italiano prevedono sanzioni penali per gli amministratori e i dipendenti di imprese colpevoli di violazione delle regole di concorrenza.

### 7.4 Nullità degli accordi e delle clausole restrittive della concorrenza; risarcimento del danno

Gli accordi contrari all'art. 101 del Trattato o all'art. 2 della Legge sono nulli e quindi inefficaci.



La violazione di tali regole può inoltre dar luogo al diritto al risarcimento di danni (in sede civile) da parte di clienti, concorrenti, consumatori o associazioni di consumatori danneggiati dalla condotta illecita, oltre che del contraente di un accordo anticoncorrenziale ritenuto non responsabile della

violazione (ad esempio il licenziatario di un'impresa con significativo potere di mercato).

L'accertamento della nullità e dei danni conseguenti alla violazione delle norme di concorrenza spetta alle giurisdizioni degli Stati membri e non alla Commissione o all'AGCM. In Italia le azioni di nullità e risarcimento del danno (c.d. azioni di *private enforcement*), a partire dal 2012 ricadono nella giurisdizione della “sezione specializzata in materia d'impresa” istituita presso il Tribunale territorialmente competente.<sup>18</sup>

La Corte di Cassazione ha esplicitamente riconosciuto anche ai consumatori finali la possibilità di agire per il risarcimento del danno subito promuovendo azioni dinanzi al giudice competente. Azioni civili nei confronti di imprese italiane possono essere proposte anche davanti ai tribunali di Stati esteri eventualmente aventi giurisdizione sulla controversia specifica.

Con riguardo all'onere della prova nell'ambito dei giudizi di *private enforcement*, vale osservare che, secondo la consolidata giurisprudenza della Cassazione, l'accertamento da parte dell'AGCM dell'illecito *antitrust* non ha effetto vincolante per il giudice civile, ma costituisce “prova privilegiata” anche nel caso in cui la decisione non sia divenuta definitiva.

Per come è stato interpretato dalla giurisprudenza nazionale, il concetto di “prova privilegiata” si traduce in:

---

<sup>18</sup> Tale competenza è stata prevista dal d.l. n. 1/2012. In precedenza, tali azioni erano di competenza rispettivamente del Tribunale o della Corte d'Appello territorialmente competente a seconda che riguardassero fattispecie che ricadevano negli articoli 101 e 102 del Trattato o negli articoli 2 e 3 della Legge.

- una presunzione quasi assoluta in relazione all'esistenza della violazione, nel senso che difficilmente il giudice civile accoglierà prove contrarie a quanto affermato al riguardo dall'AGCM;<sup>19</sup>
- una presunzione relativa in merito al nesso causale tra la condotta illecita ed il danno lamentato dall'attore, sebbene l'impresa convenuta possa sempre offrire la prova di fatti - indipendenti dalla condotta contestata - idonei di per sé a provocare (in tutto o in parte) il danno e, dunque, idonei ad interrompere il nesso causale tra la condotta e il danno;<sup>20</sup>
- un forte vincolo anche in merito alla determinazione del danno, specie nei casi in cui la decisione dell'AGCM si sia spinta ad affermare che le condotte sanzionate hanno esplicito i propri effetti sul mercato. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che, nonostante gravi sull'attore l'onere di provare l'esistenza di un danno risarcibile e di quantificarne l'entità, nei casi in cui risulti impossibile o altamente difficile provare il preciso ammontare del danno, il giudice potrà procedere alla liquidazione in via equitativa.<sup>21</sup>

Ciò posto, occorre segnalare che il 25 dicembre 2014 è entrata in vigore la Direttiva 2014/104/UE (c.d. Direttiva *Private Enforcement*), che deve essere recepita da parte dei singoli Stati membri entro il 27 dicembre 2016.<sup>22</sup>

Tale Direttiva ha introdotto importanti novità in materia di *private enforcement*, imponendo agli Stati membri di adottare discipline tali per cui, in caso di decisioni definitive (*i.e.* non più impugnabili o



<sup>19</sup> Cfr. Cass. 9116/2014.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 2305/2007, Cass. 11610/2011.

<sup>21</sup> Cfr. Cass. 2305/2007, Cass. 11904/2014.

<sup>22</sup> Tale direttiva prevede che le norme interne di recepimento che verranno adottate dagli Stati membri non si applichino alle azioni per il risarcimento del danno per le quali un giudice nazionale sia stato adito anteriormente al 26 dicembre 2014.

confermate dal giudice amministrativo) delle autorità garanti della concorrenza, il giudice debba:

- considerare definitivamente accertate le violazioni contestate;
- presumere la sussistenza di un nesso causale tra la violazione ed il danno, lasciando tuttavia agli autori di tale violazione il pieno diritto di confutare tale presunzione;
- verificare che l'attore sia stato in grado di provare la quantificazione del danno subito. Tuttavia, nel caso in cui la quantificazione sia impossibile o eccessivamente difficile, il giudice potrà liquidare il danno sulla base di stime.

## 7.5 Danno all'immagine dell'impresa

Negli ultimi anni, è aumentata la percezione della gravità delle infrazioni alle regole di concorrenza e, conseguentemente, anche l'impatto negativo sull'immagine e la reputazione delle imprese.

Le decisioni che accertano le infrazioni hanno vasto eco nei *mass media*. La Commissione e l'AGCM pubblicano il testo integrale delle decisioni sui propri siti *internet* e pubblicizzano i procedimenti con comunicati stampa e nelle relazioni annuali.

\* \* \*

In caso di approfondimenti o ispezioni da parte dell'Autorità, di seguito i relativi contatti di riferimento:



**Francesco Anglani**  
Partner in BonelliErede

+39 06 845511  
francesco.anglani@belex.com  
sede principale: Roma

Bonelli Erede Pappalardo  
Studio Legale

via Barozzi 1  
20122 Milano  
+39 02 771131 t.

via Salaria 259  
00199 Roma  
+39 06 845511 t.

via delle Casaccie 1  
16121 Genova  
+39 010 84621 t.

Square de Meeûs 40  
1000 Brussels  
+32 2 5520070 t.

Bonelli Erede Pappalardo LLP

30 Cannon Street  
EC4M 6XH London  
+44 20 76536888 t.

belex.com  