

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

Linee Guida Compliance Antitrust

Febbraio 2022

INDICE

1. PROGRAMMA DI CONFORMITÀ E OTTEMPERANZA ALLE NORME A TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO	1
2. COS'È IL DIRITTO ANTITRUST?	7
3. LINGUAGGIO ADEGUATO E USO DI DISPOSITIVI AZIENDALI	11
4. ISPEZIONI A SORPRESA PRESSO I LOCALI DELL'IMPRESA (DAWN RAID)	13
5. APPROFONDIMENTO – GLI INTERVENTI DELL'AGCM NEL SETTORE DEI RIFIUTI DA IMBALLAGGIO	15

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

1.1 Introduzione

Ogni attività che il Consorzio Nazionale Imballaggi (di seguito anche "CONAI" o il "Consorzio") pone in essere è improntata al rispetto delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato (come meglio specificato al capitolo 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 che, per sua natura, può mostrarsi di non immediata comprensione, CONAI 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 internazionale, 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 di CONAI 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 CONAI in conformità alle presenti Linee Guida:

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>.

- 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.

1.2 A chi si applicano le Linee Guida?

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

Eventuali violazioni determineranno sanzioni disciplinari in conformità a quanto prescritto dal Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo (MOGC) 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 delle varie aree del Consorzio.

La responsabilità dell'attuazione, del monitoraggio e del rispetto delle presenti Linee Guida è affidata all'Area Affari Legali e Generali, nella figura del suo responsabile, a cui sono riconosciuti autonomia, indipendenza, risorse e strumenti adeguati nell'attuazione delle stesse e che riferisce direttamente agli organi 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

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.

nel provvedimento, al fine di costringerlo a: i) fornire informazioni complete ed esatte in risposta alle richieste di informazioni; ii) presentarsi all'audizione; 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 presenti 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 sottesi;
- la imposizione di rimedi comportamentali o strutturali rispetto alle condotte accertate come illegittime⁴;
- la possibile esclusione da gare pubbliche 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.

⁴ Si precisa che il Decreto Legislativo 185 dell'8 novembre 2021 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 e/o eventuali rimedi comportamentali o strutturali imposti.

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.

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, 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 commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 353, 353 *bis*, 354 e 501 del codice penale.

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? ("procedura di flag & report")

All'interno dell'organizzazione consortile, l'Area Affari Legali e Generali è la funzione di riferimento che deve essere interpellata in caso di dubbi in materia antitrust. In particolare, si raccomanda di:

1. leggere con attenzione e seguire le regole di condotta descritte nelle presenti Linee Guida;
2. informare il proprio responsabile all'interno dell'Area di appartenenza in caso di situazioni che possono apparire problematiche dal punto di vista antitrust;

3. informare tempestivamente l'Area Affari Legali e Generali 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, CONAI si propone di realizzare apposite attività per garantire una formazione continua con cadenza annuale al Personale.

Tali attività sono organizzate dall'Area Affari Legali e Generali e 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 anzitutto al personale maggiormente esposto al rischio antitrust, con la possibilità di essere di volta in volta estesa anche ad altri soggetti.

Le attività di *training* hanno ad oggetto:

- l'esposizione della normativa posta 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**

CONAI 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 gravi conseguenze in capo al Consorzio, nonché l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie e disciplinari a carico di chi ha posto in essere la violazione. Del pari, come già indicato *supra*, CONAI è altresì esposto al rischio di ingenti danni reputazionali e di immagine nonché di essere chiamata a risarcire in sede civile il danno eventualmente cagionato dalla condotta di cui è responsabile⁵.

Eventuali violazioni delle Linee Guida e quindi delle 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

⁵ 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.

riguardo alla conservazione del rapporto di lavoro, come previsto dal MOGC.
31 gennaio 2022

Eventuali segnalazioni circa violazioni delle Linee Guida, possono essere effettuate dal Personale e da soggetti terzi, esterni al Consorzio, all'Area Affari Legali e Generali che garantisce, *inter alia*, il rispetto dell'anonimato del segnalante, nonché attraverso la procedura di *reporting* interno così come previsto dalle linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità (c.d. *whistleblowing*).

2. COS'È IL DIRITTO ANTITRUST?

La disciplina antitrust è posta a livello europeo dagli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") che vietano, rispettivamente, le intese 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 articoli 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 commerciale⁶, 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.

⁶ Sentenze della Corte di giustizia Kleoehner-Werke AG Hoesch AG del 13 luglio 1962 e Hoefner ed Elser del 23 aprile 1991.

Come indicato il diritto antitrust si applica altresì alle associazioni di impresa categoria nella quale, per prassi costante dell'AGCM, sono ricompresi altresì i consorzi⁷.

2.2 Quali sono gli illeciti rilevanti per il Consorzio?

(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 sovracompetitivi o di stabilire altre condizioni contrattuali senza temere una reazione ad opera degli attori del mercato.

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 rilevante⁸.

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.

⁷ Sul punto e più ampiamente si rinvia all'Approfondimento "Gli interventi dell'AGCM nel settore dei rifiuti da imballaggio".

⁸ 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 20% 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 20% generalmente comporta una presunzione di non dominanza.

In linea generale, si ritiene che la detenzione di una posizione di *leadership* con una quota di mercato pari o superiore al 40% del mercato rilevante possa essere un primo indicatore di 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 sfruttamento⁹: 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 è ammissibile un comportamento che abbia 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 posizione¹⁰.

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

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 sovracompetitivi.

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 vi sia una obiettiva giustificazione per la differenziazione.

ii) Abusi escludenti

⁹ 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".

¹⁰ 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).

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.

Sulla base della mappatura dei rischi effettuata, le condotte cui il Consorzio deve prestare maggiormente attenzione, sono proprio quelle legate ad abusi di natura escludente.

Esempi tipici di abusi escludenti sono:

- 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 escludere 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 obbligano 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. . Le intese restrittive della concorrenza – Focus: lo scambio di informazioni sensibili

L'articolo 101 TFUE (e in maniera analoga l'art. 2 della legge 287/90) vieta, *inter alia*, gli accordi e le pratiche concordate tra concorrenti che abbiano per oggetto o per effetto quello di restringere la concorrenza. 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 è sufficiente che le imprese abbiano espresso la volontà di comportarsi in un determinato modo, limitando reciprocamente la propria politica commerciale sul mercato.

Considerato, come sopra anticipato, il contesto in cui il CONAI opera, si è ritenuto opportuno concentrarsi principalmente sulle pratiche concordate e, in particolare sugli scambi di informazioni sensibili, rappresentando, questi ultimi, la fattispecie di possibile criticità. A tal proposito si rileva che la nozione di pratica concordata è stata interpretata in maniera ampia dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali in modo da comprendere 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 i loro incentivi a competere e facilitando la collusione¹¹.

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 fornitori¹².

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 antitrust¹³.

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 conservate¹⁴ (elettronico cartaceo), al contesto in cui sono inviate (formali o informali, anche

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

¹² *Ibidem* punto 86.

¹³ 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'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione, OJ C2011, 11/01, punto 62.

¹⁴ 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.

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 richiamino 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 consentito l'invio di comunicazioni che presuppongano o lascino supporre:

- l'illiceità di una particolare condotta;
- che vi sia qualcosa da occultare (ad esempio, "*distruggere 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;
- missive in cui si cerca di scoraggiare le aziende dall'aderire ai sistemi autonomi/minaccia di irrogazione di sanzioni da parte delle pubbliche amministrazioni in caso di mancata iscrizione al sistema CONAI/consorzi di filiera ovvero missive in cui si prospettano delle agevolazioni per inadempimenti pregressi in caso di iscrizione al CONAI.

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 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) 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 anche 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 che 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 delle persone cui sottoporre richieste di chiarimenti e domande.

5. APPROFONDIMENTO – GLI INTERVENTI DELL'AGCM NEL SETTORE DEI RIFIUTI DA IMBALLAGGIO

Negli ultimi anni, l'AGCM ha rivolto particolare attenzione al settore dei rifiuti da imballaggio, nell'ambito di un processo più ampio di analisi della concorrenza e sviluppo dell'economia circolare, sia attraverso l'apertura di procedimenti, sia tramite indagini conoscitive, pareristica e attività di advocacy.

I precedenti che hanno coinvolto CONAI/consorzi di filiera e l'attività di pareristica dell'AGCM

- [A531](#) Riciclo imballaggi primari/condotte abusive Corepla (2020): concluso con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria pari a 27.400.477 € per (i) l'applicazione di clausole di esclusiva nei rapporti contrattuali con i gestori della raccolta convenzionati e con i centri di selezione, di ostacolo alla conclusione dell'accordo tra CORIPET e ANCI; (ii) rifiuto di collaborazione con il CORIPET e segnatamente rifiuto di stipulare con il consorzio nuovo entrante un accordo transitorio ("ponte") resosi necessario in mancanza dell'accordo tra CORIPET e ANCI; (iii) perdurante gestione dei rifiuti da imballaggio riconducibili ai consorziati CORIPET, per i quali COREPLA dal 1° gennaio 2019 non ha più incassato il contributo ambientale.

Nell'ambito di tale procedimento, l'AGCM ha svolto altresì un'attività di pareristica sostanziata nella predisposizione di due pareri resi rispettivamente alla Città Metropolitana di Torino in data 20 aprile 2020 e ad ANCI in data 4 agosto 2020. Tale attività è stata svolta a valle dell'adozione del provvedimento cautelare con il quale l'Autorità ha imposto a Corepla di modificare le clausole di esclusiva (tutto o niente) contenute negli accordi con Anci/convenzionati a seguito del riconoscimento provvisorio del sistema autonomo CORIPET.

Nel primo parere, l'AGCM ha trattato tematiche relative all'interpretazione da dare alle regole attuative del principio EPR (*Extended Producer Responsibility*) in Italia, ai diritti-obblighi di convenzionamento e conferimento, alla scelta di convenzionamento tra CORIPET e COREPLA da parte dei gestori della RDU, precisando in particolare che:

- *“la portata del provvedimento cautelare adottato il 29 ottobre 2019, in quanto circoscritta a consentire l'accesso al mercato dell'avvio a riciclo e recupero dei rifiuti in plastica da parte di sistemi autonomi che abbiano ottenuto il riconoscimento ministeriale all'operatività, anche soltanto in via provvisoria (come nel caso di CORIPET), non si estende all'eliminazione tout court della clausola cd. “tutto o niente” contenuta nell'Accordo Quadro ANCI/COREPLA che, allo stato, risulta tuttora vigente con riguardo ai rifiuti di spettanza di COREPLA”;*

- *“ogni consorzio di avvio a riciclo e recupero dei rifiuti da imballaggio, in adempimento agli obblighi di EPR gravanti sui produttori aderenti (articolo 221*

del TUA), risulta legittimato a gestire, in regime convenzionale, i soli volumi dei propri consorziati, in ragione dell'incarico e dei contributi dagli stessi ricevuti";

- "fatta salva la possibilità per ciascun gestore di scegliere tra il conferimento in regime convenzionale (alle condizioni e nei limiti contrattualmente pattuiti) al consorzio cui i rifiuti sono riconducibili e la gestione in proprio dei rifiuti raccolti, rinunciando al corrispettivo per i maggiori oneri della raccolta differenziata, la corretta delimitazione dell'ampiezza di questa seconda opzione può essere condizionata dagli accordi contrattuali assunti con il sistema consortile".

Nel secondo parere, l'Autorità si è pronunciata sulle questioni sollevate da ANCI, richiamando in più passaggi il parere del 23 aprile 2020 reso alla Città Metropolitana di Torino.

In tale occasione, l'AGCM ha ribadito come la coesistenza di più consorzi prevista dalla legge comporti necessariamente che ciascun gestore della raccolta operi una ripartizione del volume totale sulla base delle quote di competenza di ogni consorzio. Inoltre, la necessità di una nuova disciplina regolamentare del comparto non appare argomento in grado di esonerare i convenzionati dagli obblighi che discendono loro dall'applicazione della normativa attualmente in vigore.

- [A476](#) CONAI-GESTIONE RIFIUTI DA IMBALLAGGI IN PLASTICA: ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE (2015): secondo l'ipotesi istruttoria posta alla base del procedimento avviato il 17 luglio 2014, CONAI aveva posto in essere, anche nell'interesse di COREPLA, un'unica articolata strategia escludente, continuata nel tempo, volta a ostacolare l'ingresso del Sistema P.A.R.I nel mercato dell'organizzazione dell'avvio a riciclo dei rifiuti da imballaggi in plastica speciali, mediante la frapposizione di ostacoli al suo riconoscimento e alla sua operatività nel mercato. L'istruttoria è stata chiusa con l'accettazione degli impegni presentati da CONAI.

L'indagine conoscitiva sui rifiuti (IC49)

Nel 2016 l'Autorità ha concluso un'indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani (IC49)¹⁵, finalizzata ad evidenziare le criticità concorrenziali del settore. In particolare, nella suddetta Indagine, l'Autorità ha evidenziato come il sistema CONAI, al pari di altri sistemi di compliance all'EPR adottati dagli Stati membri, avesse svolto un ruolo fondamentale nell'avvio a riciclo della raccolta differenziata, prima inesistente in Italia, data l'assoluta prevalenza dello smaltimento in discarica quale forma di gestione dei rifiuti urbani. Tuttavia, secondo l'Autorità, il modello basato sul sistema consortile non consentiva di raggiungere tutti gli obiettivi propri del principio di EPR che, invece, un vero e proprio mercato dei sistemi di compliance avrebbe consentito di conseguire con maggiore efficacia. Secondo l'Autorità, il CONAI avrebbe sostenuto una parte, decisamente minoritaria, dei costi derivanti dalla raccolta della frazione

¹⁵ Disponibile al seguente indirizzo: [IC49_testoindagine \(agcm.it\)](#).

differenziata riferibile agli imballaggi. Inoltre, esso avrebbe prestato i servizi di compliance imponendo a tutti i produttori di imballaggi del medesimo materiale un contributo unico. In questo modo, il costo ambientale che i produttori dovevano sopportare per assolvere all'obbligo dell'EPR non aveva alcuna correlazione né con il reale impatto ambientale che gli imballaggi da essi prodotti provocano né con il costo affrontato dal sistema consortile per la loro gestione.

Segnalazione AGCM in merito alle proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021

Un riferimento all'importanza della concorrenza nel settore dei rifiuti proviene anche dalla segnalazione AGCM nell'ambito della legge annuale sulla concorrenza¹⁶, in cui l'Autorità ha osservato - con riguardo al corretto funzionamento della filiera di recupero e riciclo per un pieno sviluppo dell'economia circolare e all'avvenuta effettiva apertura al mercato dei servizi di compliance all'EPR per i produttori di imballaggi - come la normativa abbia modificato i meccanismi che CONAI ha sviluppato e applicato finché era l'unico consorzio esistente. In particolare, l'Autorità ha ritenuto improprio che l'accordo di programma quadro introdotto dall'art. 224 del TUA includa, oltre a tutti i sistemi di compliance (consorzi di filiera, CORIPET ed eventuali nuovo consorzi), l'ANCI, l'Unione delle province italiane (UPI), gli Enti di gestione di Ambito territoriale ottimale, anche le associazioni rappresentative dei centri di selezione (CSS). Detti soggetti sono in competizione tra loro per la fornitura dei servizi ai sistemi di compliance o direttamente ai gestori della raccolta e quindi secondo l'Autorità non risulta opportuno che vi sia alcuna definizione concordata delle condizioni economiche e/o di servizio applicate. In generale, infatti, l'AGCM osserva che l'assegnazione alle piattaforme di selezione dei rifiuti differenziati dovrebbe avvenire secondo meccanismi competitivi, sia nel caso in cui il gestore decida di amministrare per proprio conto i rifiuti raccolti, sia nel caso in cui essi siano conferiti ai sistemi di compliance all'EPR.

La Relazione annuale AGCM sull'attività svolta

Nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2020¹⁷, l'AGCM ha dedicato un'apposita sezione al tema "*Concorrenza e sviluppo dell'economia circolare*", evidenziando come dinamiche realmente concorrenziali nel settore della gestione dei rifiuti possano portare al pieno sviluppo dell'economia circolare, che costituisce uno fra i principali obiettivi delle politiche europee a garanzia di uno sviluppo economico globale ecosostenibile, basato sull'innovazione.

L'Autorità riprende in questa occasione le conclusioni già riportate nell'Indagine Conoscitiva del 2016, sottolineando ancora una volta che:

¹⁶ Disponibile al seguente indirizzo: [S4143 - LEGGE ANNUALE CONCORRENZA.pdf \(agcm.it\)](#).

¹⁷ Disponibile al seguente indirizzo: [Relazione annuale 2021.pdf \(agcm.it\)](#).

- è necessario innovare superando una modalità di gestione della raccolta differenziata che in Italia è sostanzialmente ancora fondata sul modello monopolistico dei consorzi di filiera aderenti a CONAI;
- l'ammontare dell'onere ambientale stabilito dal CONAI, al pari delle altre componenti di costo, influisce sulla competitività dei produttori nel mercato della produzione e della vendita di imballaggi.

In particolare, un sistema di ottemperanza agli obblighi ambientali che non individua e sostiene separatamente gli specifici costi di gestione dei rifiuti da imballaggio generati dall'attività economica dei suoi aderenti causa l'appiattimento della concorrenza nel mercato della produzione e della vendita degli imballaggi stessi, di cui si avvantaggiano i produttori di imballaggi meno riciclabili, che si sottraggono alla concorrenza dei produttori di quelli più eco-compatibili, in quanto i prezzi formati sul mercato non riflettono il reale costo di gestione che segue al consumo dei primi invece dei secondi.