

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato adotta un programma di clemenza

Roma / Milano
3 aprile 2007

Il 15 febbraio 2007 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (l'"Autorità") ha adottato per la prima volta un programma di clemenza (Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287; la "Comunicazione"), introducendo così nell'ordinamento italiano della concorrenza un sistema di esonero parziale o totale delle imprese implicate in una pratica di cartello, che rivelino la propria partecipazione alla violazione, dalle sanzioni pecuniarie che altrimenti sarebbero applicabili alle stesse.¹ Il programma di clemenza – che rappresenta, peraltro, la prima comunicazione non di carattere meramente procedurale mai adottata dall'Autorità –² s'ispira in larga parte al programma di clemenza della Commissione europea (la "Commissione")³ e al Programma modello di trattamento favorevole (*Model Leniency Program*) adottato il 29 settembre 2006 dalla Rete europea della concorrenza (*European Competition Network*; l'"ECN").⁴

¹ *Bollettino* No 6/2007 del 26 febbraio 2007, pagina 103; la "Comunicazione"). Allo stato, dunque, tra i 27 Stati membri dell'UE, i soli Paesi le cui rispettive autorità nazionali di concorrenza ("ANC") non operano ancora un programma di clemenza sono Danimarca, Estonia, Malta, Slovenia e Spagna.

² Pertanto, non è chiaro se e in quale misura si possa ritenere che la Comunicazione comporti un'autolimitazione del potere sanzionatorio dell'Autorità. L'Autorità, infatti, nel testo della Comunicazione, non ha espressamente riconosciuto che, a far data dalla sua pubblicazione (19 febbraio 2007), detta Comunicazione ha generato in capo alle imprese coinvolte in pratiche di cartello un legittimo affidamento a che i criteri da essa stabiliti troveranno applicazione.

³ Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (GUCE C 298/17; la "Comunicazione della Commissione del 2006").

⁴ L'ECN è la rete comprendente la Commissione e le ANC degli Stati membri, costituita nel 2004 al fine di assicurare un'efficiente ripartizione del lavoro tra dette autorità e l'efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie nel territorio dell'UE. Il Programma modello di trattamento favorevole elaborato dall'ECN contiene le più importanti regole sostanziali che i membri dell'ECN ritengono debbano essere comuni a

La Comunicazione si applica esclusivamente alle intese orizzontali segrete, con particolare riguardo ai cartelli cc.dd. *hard core*, consistenti nella fissazione dei prezzi d'acquisto o di vendita, nella ripartizione dei mercati e/o nella limitazione della produzione o delle vendite, in violazione dell'articolo 81 CE e/o dell'articolo 2 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato; la "Legge").⁵

I. NON IMPOSIZIONE DELLE SANZIONI

Ai sensi del paragrafo 2 della Comunicazione, è concessa l'immunità dall'ammenda alla prima (e soltanto alla prima) impresa partecipante ad un cartello che ne denunci l'esistenza e fornisca spontaneamente all'Autorità informazioni o prove documentali, qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative:

- a giudizio dell'Autorità, in relazione alla natura e alla qualità degli elementi comunicati dal richiedente, tali informazioni o evidenze siano decisive per l'accertamento dell'infrazione, eventualmente attraverso un'ispezione mirata;⁶
- l'Autorità non disponga già di informazioni o evidenze sufficienti a provare l'esistenza dell'infrazione; e
- siano soddisfatte le altre condizioni per l'accesso al trattamento favorevole, di cui al paragrafo 7 della Comunicazione (vedi *infra*).

tutti i programmi di clemenza da essi applicati, in modo tale da fornire un maggiore grado di prevedibilità alle imprese che richiedano l'accesso a più di un programma di clemenza ed evitare che dette imprese si trovino a dover fronteggiare richieste contraddittorie. Il Programma modello di trattamento favorevole costituisce, dunque, la base per una convergenza graduale e volontaria (*soft harmonization*) dei vari programmi di clemenza esistenti all'interno della Comunità e delinea il trattamento che un richiedente potrà attendersi in ogni giurisdizione parte dell'ECN, una volta completato l'allineamento di tali programmi. Il Programma modello di trattamento favorevole non costituisce, invece, di per sé un programma ai sensi del quale sia possibile richiedere e ottenere clemenza, né è suscettibile di generare un legittimo affidamento in capo alle imprese che intendano cooperare con le indagini in un caso di cartello.

⁵ L'articolo 2 della Legge vieta le intese e pratiche restrittive della concorrenza ed è la disposizione nazionale corrispondente all'articolo 81 CE. Ai sensi dell'articolo 15(1) della Legge, l'Autorità può infliggere sanzioni di importo massimo pari al 10 % del fatturato totale di un'impresa ritenuta responsabile di una violazione sostanziale delle norme di concorrenza, quale appunto la partecipazione ad un cartello *hard core*.

⁶ L'esoterica nozione di "ispezione mirata" è stata mutuata dalla Comunicazione della Commissione del 2006 e dal Programma modello di trattamento favorevole. Essa era in precedenza del tutto sconosciuta al diritto comunitario della concorrenza e non compariva nei programmi di clemenza della Commissione del 1996 e del 2002.

II. CONTENUTO DELLE RICHIESTE D'IMMUNITÀ

Il paragrafo 3 della Comunicazione prevede che un'impresa che intenda beneficiare della non imposizione delle sanzioni deve, di regola, fornire all'Autorità le seguenti informazioni:

- la propria ragione sociale e il proprio indirizzo;
- la ragione sociale e l'indirizzo delle altre imprese partecipanti al cartello in questione;
- una descrizione dettagliata del cartello che includa:
 - la natura della pratica, gli scopi perseguiti e le modalità di esecuzione,
 - l'indicazione dei beni e servizi oggetto del cartello, il suo ambito geografico e la sua durata,
 - le date, i luoghi e il contenuto dei contatti intervenuti tra le parti del cartello, con l'indicazione dei partecipanti, e
 - i nomi e le funzioni delle persone, compresi i dipendenti e agenti dell'impresa istante, che a conoscenza della medesima svolgano o abbiano svolto un ruolo nel cartello;
- ogni elemento di prova dell'intesa di cui l'impresa disponga o al quale possa accedere, corredato delle spiegazioni e dei chiarimenti necessari per comprenderne la portata;
- informazioni relative ad altre domande di immunità o di riduzione della sanzione che l'impresa abbia già presentato o intenda presentare ad altre autorità di concorrenza in relazione al medesimo cartello.

III. RIDUZIONE DELLE SANZIONI

L'immunità non può essere concessa se, al momento della richiesta, l'Autorità è già al corrente dell'esistenza del cartello, anche in virtù di una precedente richiesta d'immunità relativa alla stessa violazione. Ciò nonostante, in tale scenario, ai sensi del paragrafo 4 della Comunicazione, l'Autorità potrà concedere all'impresa richiedente una riduzione "*in misura di regola non superiore al 50%*" delle sanzioni altrimenti applicabili, qualora:

- l'impresa fornisca all'Autorità evidenze che, in ragione della loro natura o del loro livello di dettaglio, rafforzino in misura significativa l'impianto probatorio di

cui l'Autorità già disponga, contribuendo in misura apprezzabile alla capacità dell'Autorità di fornire la prova dell'infrazione, e

- siano soddisfatte le altre condizioni per l'accesso al trattamento favorevole, di cui al paragrafo 7 della Comunicazione (vedi *infra*).

Ai sensi della Comunicazione, al fine di determinare la misura adeguata della riduzione, l'Autorità prenderà in considerazione la valenza probatoria del materiale prodotto, la tempestività della collaborazione prestata dall'impresa, in relazione sia alla fase cui è giunto il procedimento sia al grado di collaborazione prestata dalle altre imprese (paragrafo 5).

Qualora siano rivelati fatti nuovi che abbiano una rilevanza diretta sulla gravità o sulla durata dell'infrazione, l'Autorità non prenderà tali fatti in considerazione ai fini della determinazione della sanzione da applicarsi all'impresa che abbia fornito materiale probatorio ad essi relativo (paragrafo 6).

IV. ULTERIORI CONDIZIONI PER L'ACCESSO AL TRATTAMENTO FAVOREVOLE

Ai sensi del paragrafo 7 della Comunicazione, per beneficiare dell'immunità o di una riduzione della sanzione l'impresa richiedente deve anche:

- porre fine alla propria partecipazione al cartello immediatamente dopo aver presentato la domanda di trattamento favorevole, salvo che l'Autorità non richieda una diversa soluzione o vi acconsenta;
- cooperare con l'Autorità in modo completo e continuo per l'intera durata del procedimento istruttorio, in particolare:
 - fornendo tempestivamente all'Autorità tutte le informazioni rilevanti e gli elementi di prova di cui venga in possesso,
 - rimanendo a disposizione dell'Autorità e rispondendo tempestivamente ad ogni richiesta che possa contribuire all'accertamento dei fatti rilevanti,
 - adoperandosi perché i suoi attuali dipendenti attuali – e, nella misura del possibile, i suoi ex dipendenti – possano, ove necessario, essere ascoltati in audizione dall'Autorità, e
 - astenendosi dal distruggere, alterare o celare informazioni o documenti rilevanti ovvero dall'informare chiunque dell'esistenza di una domanda di trattamento favorevole o del suo contenuto fino

all'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie, salvo che l'Autorità consenta altrimenti.

Inoltre, un'impresa che intenda presentare una domanda di trattamento favorevole non deve informare nessuno di questa sua intenzione, ad eccezione di altre autorità della concorrenza.

V. PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA DI TRATTAMENTO FAVOREVOLE

Le imprese sono invitate a contattare gli Uffici dell'Autorità, anche in forma anonima, prima di presentare una domanda di trattamento favorevole, al fine di ottenere delucidazioni sull'applicazione della Comunicazione. Dopo la presentazione di una domanda di trattamento favorevole, corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti, l'Autorità rilascia, su richiesta dell'impresa, una ricevuta che conferma la data e l'ora di ricezione. Le domande di accesso al trattamento favorevole in relazione ad una medesima intesa sono valutate dall'Autorità nell'ordine in cui esse le pervengono.

Su richiesta adeguatamente motivata dell'impresa, l'Autorità può consentire la presentazione di domande in forma orale. In tal caso, le dichiarazioni dei rappresentanti dell'impresa sono registrate su idoneo supporto e trascritte dagli Uffici. Il fatto di aver presentato la domanda in forma orale non esenta l'impresa richiedente dall'obbligo di produrre tutti gli elementi di prova documentale in suo possesso.

A differenza di quanto previsto dalla Comunicazione della Commissione del 2006, le trascrizioni da parte dei servizi dell'Autorità delle dichiarazioni rese oralmente da un'impresa sono accessibili dalle altre parti del procedimento secondo le normali regole procedurali. La Comunicazione prevede semplicemente che l'accesso a dette trascrizioni sia differito fino al momento dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.⁷

VI. RICHIESTA DI UN *MARKER*

Il paragrafo 15 della Comunicazione prevede un sistema di *marker* di natura discrezionale, ai sensi del quale un'impresa che richieda l'immunità può conservare il proprio numero d'ordine nella fila per un periodo limitato, nel corso del quale essa può raccogliere le informazioni e le prove a supporto della propria istanza. Su richiesta adeguatamente motivata da parte di un'impresa che intenda beneficiare della non imposizione delle sanzioni, l'Autorità può concedere un *marker* e fissare un termine per

⁷ V. Comunicazione, paragrafi 8-10.

il perfezionamento della domanda, entro il quale vanno forniti tutti gli elementi di prova richiesti dalla Comunicazione per ottenere l'immunità.

Contestualmente alla richiesta di fissazione del termine, l'impresa deve fornire all'Autorità "almeno":

- la propria ragione sociale e il proprio indirizzo,
- la ragione sociale e l'indirizzo delle altre imprese partecipanti al cartello in questione,
- una descrizione del cartello, ivi compresa la sua natura, il suo ambito geografico, la sua durata e l'indicazione dei beni e servizi oggetto dello stesso, e
- le informazioni relative ad altre domande di trattamento favorevole che l'impresa abbia già presentato o intenda presentare ad altre autorità di concorrenza, all'interno dell'UE o in Stati terzi, in relazione alla medesima infrazione.

Se la domanda è perfezionata nel termine stabilito dall'Autorità, essa si considera come pervenuta nella sua interezza alla data di fissazione del termine. In caso contrario, gli elementi prodotti dall'impresa contestualmente alla richiesta di fissazione del termine potranno essere valutati al solo fine della concessione di una riduzione dell'ammenda.

VII. DOMANDE IN FORMA SEMPLIFICATA

Al fine di ridurre il carico di lavoro connesso alla presentazione di molteplici domande parallele a più autorità di concorrenza all'interno dell'UE, a beneficio tanto delle imprese, quanto delle ANC coinvolte, la Comunicazione prevede la possibilità di presentare una domanda di trattamento favorevole redatta in forma semplificata⁸ nei casi in cui la Commissione sia nella posizione più idonea per trattare il caso e condurre l'istruttoria⁹ e l'impresa abbia già presentato o sia in procinto di presentare alla Commissione una domanda d'immunità, e tuttavia ritenga che anche l'Autorità sia in posizione idonea per intervenire nella fattispecie.¹⁰ Il contenuto della domanda in forma

⁸ Si noti che le imprese che intendono presentare una domanda di riduzione della sanzione non possono presentare una domanda in forma semplificata.

⁹ La Commissione è nella posizione più idonea per la trattazione di un caso in presenza di uno o più accordi o pratiche, ivi comprese reti di accordi o pratiche simili, che abbiano un effetto sulla concorrenza in più di tre Stati membri (mercati sopranazionali che coprono il territorio di più di tre Stati Membri ovvero più di tre mercati nazionali).

¹⁰ Un'ANC è in posizione idonea per trattare un caso se: (i) l'accordo o la pratica producono effetti sensibili, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio, sono attuati in detto territorio o vi hanno avuto origine, (ii) l'autorità è in grado di far cessare

semplificata è molto simile, seppur non identico, a quello della richiesta di *marker* (paragrafi 16 e 17). Presentando una domanda in forma semplificata, il richiedente protegge la propria posizione di primo della fila nei confronti dell’Autorità in relazione al presunto cartello ed è tenuto a rispondere a ogni eventuale richiesta di informazioni da parte dell’Autorità.

L’Autorità non può istruire una domanda in forma semplificata (vale a dire, non può concedere o rifiutare l’immunità condizionata) e può soltanto confermare che: (a) l’impresa richiedente è la prima impresa a presentare ad essa una domanda di immunità, e (b) qualora essa decidesse, in qualsiasi momento, d’intervenire nel caso di specie, l’impresa richiedente sarà tenuta a completare la domanda entro un termine da essa fissato, fornendo le informazioni e il materiale probatorio di cui al paragrafo 3. Se la domanda in forma semplificata è perfezionata nel termine stabilito dall’Autorità, essa si considera pervenuta nella sua interezza alla data della presentazione della domanda.

VIII. VALUTAZIONE DELLE DOMANDE DI TRATTAMENTO FAVOREVOLE

Dopo aver verificato che le prove fornite soddisfano le soglie prescritte per la non imposizione delle sanzioni, l’Autorità accoglie per iscritto la richiesta d’immunità. Ai sensi del paragrafo 12 della Comunicazione, la decisione dell’Autorità di accogliere la richiesta d’immunità è condizionata all’adempimento delle condizioni di cui al paragrafo 7 da parte del richiedente (vedi *supra*).¹¹ La decisione definitiva sulla non imposizione delle sanzioni è invece assunta soltanto alla fine del procedimento, nel contesto della decisione finale sul merito dell’Autorità (paragrafo 12).

Qualora l’Autorità costati l’insussistenza dei requisiti per la non imposizione della sanzione, essa informa l’impresa della sua decisione di rigettare la richiesta d’immunità. In tal caso, l’impresa può richiedere che l’Autorità riconsideri la sua domanda ai fini di una riduzione della sanzione, oppure ritirare gli elementi di prova trasmessi (paragrafo 11).

definitivamente l’infrazione nel suo complesso, vale a dire può emettere un ordine di porre termine all’infrazione i cui effetti siano sufficienti a far cessare la stessa e, qualora lo ritenga opportuno, può sanzionare adeguatamente l’infrazione, e (iii) l’autorità può raccogliere, eventualmente con l’assistenza di altre autorità, le prove necessarie per provare la violazione.

¹¹ Qualora l’Autorità, dopo aver accolto la domanda con decisione condizionata, verifichi che le condizioni per la concessione dell’immunità di cui al paragrafo 7 non sono soddisfatte, essa revoca l’immunità condizionata, con l’effetto di escludere l’impresa richiedente da ogni beneficio disciplinato dalla Comunicazione, ivi compresa, dunque, la riduzione dell’ammenda, in relazione al cartello in questione (par. 13).

Simili disposizioni si applicano anche in sede di valutazione delle richieste di riduzione dell'ammenda, salvo che la decisione su dette richieste è adottata soltanto nel contesto del provvedimento finale sul merito, anche con riguardo alla specifica misura della riduzione concessa (paragrafo 14)

Per ottenere maggiori informazioni al riguardo, non esitate a contattare gli avvocati Mario Siragusa, Nicola Ceraolo o Cesare Rizza a Roma (+39 06 69 52 21) o Matteo Beretta o Francesca Moretti a Milano (+39 02 72 60 81).

CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP

BRUSSELS

Rue de la Loi 57
1040 Brussels, Belgium
32 2 287 2000
32 2 231 1661 Fax

NEW YORK

One Liberty Plaza
New York, NY 10006-1470
1 212 225 2000
1 212 225 3999 Fax

WASHINGTON

2000 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, DC 20006-1801
1 202 974 1500
1 202 974 1999 Fax

PARIS

12, rue de Tilsitt
75008 Paris, France
33 1 40 74 68 00
33 1 40 74 68 88 Fax

LONDON

City Place House
55 Basinghall Street
London EC2V 5EH, England
44 20 7614 2200
44 20 7600 1698 Fax

MOSCOW

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
CGS&H Limited Liability Company
Paveletskaya Square 2/3
Moscow, Russia 115054
7 495 660 8500
7 495 660 8505 Fax

FRANKFURT

Main Tower
Neue Mainzer Strasse 52
60311 Frankfurt am Main, Germany
49 69 97103 0
49 69 97103 199 Fax

COLOGNE

Theodor-Heuss-Ring 9
50668 Cologne, Germany
49 221 80040 0
49 221 80040 199 Fax

ROME

Piazza di Spagna 15
00187 Rome, Italy
39 06 69 52 21
39 06 69 20 06 65 Fax

MILAN

Via San Paolo 7
20121 Milan, Italy
39 02 72 60 81
39 02 86 98 44 40 Fax

HONG KONG

Bank of China Tower
One Garden Road
Hong Kong
852 2521 4122
852 2845 9026 Fax

BEIJING

Twin Towers – West
12 B Jianguomen Wai Da Jie
Chaoyang District
Beijing 100022, China
86 10 5920 1000
86 10 5879 3902 Fax