Cooperazione e riduzione delle sanzioni anche al di fuori dei casi di cartello

23/09/2019 SOCIETÀ, DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

Qualora intenda adottare una decisione ai sensi dell'articolo 7[1] e/o dell'articolo 23[2] del Regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione dispone di un ampio margine di discrezionalità nel

[1] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, *GUUE L 1 del 04.01.2003. L'articolo 7 del Regolamento, denominato "*Constatazione ed eliminazione delle infrazioni", così dispone: "*... Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata.*
Possono presentare una denuncia ai sensi del paragrafo 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri...".

[2] L'articolo 23 del regolamento 1/2003, denominato "Ammende", ai paragrafi da 1 a 3 così dispone: "*... La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende il cui importo può giungere fino all'1 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, quando esse, intenzionalmente o per negligenza:*

valutare e ricompensare la cooperazione delle parti alla propria attività istituzionale. Ad esempio, qualora un'impresa sia disposta a porre fine alla propria partecipazione ad un cartello[3] e a collaborare ad un'indagine indipendentemente dalle altre imprese coinvolte, la Commissione può concederle un'immunità totale o parziale dalle ammende (*leniency*)[4] che le sarebbero altrimenti state inflitte a condizione che essa a) riveli la sua partecipazione al cartello; b) sia la prima a fornire informazioni ed elementi probatori alla Commissione; e che c) le informazioni fornite consentano alla Commissione di effettuare un'ispezione mirata oppure di constatare una violazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

La Commissione può anche sondare l'interesse delle imprese indagate ad una transazione[5], fissando un termine non inferiore a due settimane entro il quale le imprese devono dichiarare per iscritto tale intenzione. Una volta ricevuta tale dichiarazione, che non implica tuttavia il riconoscimento della partecipazione all'infrazione o la relativa responsabilità, la Commissione può decidere se avviare la procedura di transazione. In caso affermativo, le imprese dovranno presentare una proposta di transazione che, se perfezionata, comporta una

a) forniscono informazioni inesatte o fuorvianti in risposta a una domanda rivolta a norma dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 2;
b) in risposta ad una richiesta formulata mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 3, forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti oppure non forniscono le informazioni entro il termine stabilito;
c) presentano in maniera incompleta, nel corso degli accertamenti effettuati a norma dell'articolo 20, i libri o altri documenti richiesti, connessi all'azienda, o rifiutano di sottoporsi agli accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4;
d) in risposta ad una domanda posta a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera e),
- forniscono una risposta inesatta o fuorviante,
- non rettificano entro un termine stabilito dalla Commissione una risposta inesatta, incompleta o fuorviante data da un membro del personale, oppure
- non forniscono o rifiutano di fornire una risposta completa su fatti inerenti all'oggetto e allo scopo di accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4;
e) sono stati infranti i sigilli apposti, in applicazione dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera d), dagli agenti o dalle persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione.
La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza:
a) commettono un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato; oppure
b) contravvengono a una decisione che disponga misure cautelati ai sensi dell'articolo 8; oppure
c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9.
Per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipanti all'infrazione, l'ammenda non deve superare il 10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente.
Qualora l'infrazione di un'associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10 % dell'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione.
Per determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tener conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata...".

[3] I cartelli sono intese e/o pratiche concordate tra due o più concorrenti, volte a coordinare il loro comportamento competitivo sul mercato e/o ad influire sui pertinenti parametri della concorrenza mediante pratiche consistenti nel fissare i prezzi di acquisto o di vendita od altre condizioni di transazione, nell'assegnare quote di produzione o di vendita, nel ripartire i mercati, anche mediante manipolazione delle gare d'appalto, restrizioni delle importazioni o delle esportazioni e/o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti.

[4] Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, *GUUE C 298 del 08.12.2006.*

[5] Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l'adozione di decisioni a norma dell'articolo 7 e dell'articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, *GUUE C 167 del 02.07.2008.*

riduzione della sanzione[6], a motivo della conseguente accelerazione del procedimento.

Sebbene ciò sia previsto solamente per le indagini di cartello, a partire dal 2016 la Commissione ha iniziato ad applicare questo approccio anche ad altre tipologie di infrazioni antitrust, "premiando" le imprese che abbiano ammesso la condotta, fornendo volontariamente la prova della propria colpevolezza.

Nel settembre 2016 la Commissione aveva sanzionato la *Altstoff Recycling Austria* (ARA) per aver impedito alle imprese concorrenti di accedere al mercato austriaco della gestione dei rifiuti di imballaggio domestico dal 2008 al 2012, in violazione delle norme antitrust europee. Tuttavia, l'ARA aveva collaborato all'indagine riconoscendo l'infrazione e offrendosi di dismettere la parte della infrastruttura di raccolta domestica di sua proprietà in modo tale da agevolare l'accesso al mercato dei concorrenti. Pertanto, l'ammenda era stata ridotta del 30%[7]. Similmente, nel luglio 2018 la Commissione aveva multato la *Asus*, la *Denon & Marantz*, la *Philips* e la *Pioneer* per aver imposto prezzi di rivendita fissi o minimi ai rivenditori online in violazione delle norme di concorrenza dell'Unione. Anche in questo caso, la sanzione era stata ridotta a seguito della collaborazione delle imprese[8].

Per quanto riguarda questa procedura di *settlement* "di fatto", il *leading case* è costituito dal caso conclusosi con la sanzione inflitta dalla Commissione a *Guess?, Inc., Guess? Europe, B.V.* e *Guess Europe Sagl* ("Guess") nel dicembre 2018. Guess aveva violato l'articolo 101 TFUE adottando pratiche volte a limitare la libertà dei distributori facenti parte del suo sistema selettivo, tra l'altro, con riguardo alle possibilità di utilizzare le denominazioni commerciali e i marchi Guess a fini di pubblicità nei motori di ricerca nonché di vendere *online* senza aver prima ottenuto da Guess una specifica autorizzazione, che poteva essere discrezionalmente concessa o rifiutata[9]. Tuttavia, Guess aveva riconosciuto l'infrazione prima della comunicazione degli addebiti ed aveva reso nota alla Commissione una ulteriore restrizione della concorrenza di cui questa non era a conoscenza, fornendone i relativi elementi di prova. Di conseguenza, Guess aveva potuto beneficiare di una riduzione del 50% della sanzione inizialmente inflitta.

In occasione della decisione, la Commissione aveva pubblicato una scheda informativa[10] allo scopo di fornire informazioni sulle dinamiche di riduzione delle sanzioni in questi casi. In particolare la Commissione aveva precisato che, non essendovi né un diritto né un obbligo di collaborare, ogni cooperazione andava valutata caso per caso sulla base della probabilità di raggiungere un terreno comune con l'impresa indagata entro un tempo ragionevole. Per quanto riguarda la misura della riduzione delle ammende la Commissione aveva altresì precisato che la decisione si sarebbe basata su una valutazione globale della portata e dei tempi della cooperazione nonché dell'efficienza della soluzione realizzata in ciascun caso.

In tempi più recenti, la Commissione ha fatto ricorso al *settlement* "di fatto" altre tre volte. Nel marzo 2019, la

6 Il punto (32) della Comunicazione così dispone: "*... Qualora decida di ricompensare una parte a titolo di transazione conclusa in base alla presente comunicazione, la Commissione ridurrà del 10 % l'ammontare dell'ammenda da irrogare una volta applicato il massimale del 10 % stabilito negli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003. Qualsiasi specifica maggiorazione applicata a scopo dissuasivo non potrà eccedere un fattore moltiplicatore pari a due...*".
7 Per ulteriori informazioni si veda il seguente LINK.
8 Per ulteriori informazioni, si veda il seguente LINK.
9 Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo disponibile al seguente LINK.
10 Disponibile al seguente LINK.

Commissione aveva sanzionato Nike per restrizioni alle vendite transfrontaliere ed *online* di prodotti di *merchandising* di alcune delle principali squadre di calcio e federazioni europee. In particolare, dalle indagini della Commissione era emerso che gli accordi non esclusivi di licenza e distribuzione sottoscritti da Nike erano contrari alle norme europee di concorrenza. Pertanto era stata inflitta un'ammenda iniziale pari a circa 12,5 milioni di euro, poi ridotta del 40% in seguito alla cooperazione di Nike[11].

Nel maggio 2019, la Commissione aveva sanzionato la società *Anheuser-Busch InBev NV/SA* ("AB InBev") per abuso di posizione dominante, per aver perseguito una vera a propria strategia di limitazione della possibilità per i commercianti al dettaglio e grossisti belgi di acquistare la birra Jupiler ad un prezzo inferiore nei Paesi Bassi e in Francia e di importarla in Belgio. Nel determinare l'ammontare della sanzione, la Commissione ha tenuto conto di diversi fattori, tra cui la collaborazione offerta da AB InBev nel corso delle indagini, che aveva comportato una riduzione del 15%[12].

Infine, nel luglio 2019 la Commissione aveva sanzionato l'impresa giapponese Sanrio, il cui prodotto più noto è il personaggio di *Hello Kitty*, con un'ammenda di 6.2 milioni di euro per aver introdotto limitazioni alle vendite al di fuori del territorio di competenza dei singoli licenziatari o volte ad incoraggiare in modo indiretto il rispetto delle restrizioni relative a tali territori di competenza. Anche in questo caso, la sanzione imposta a Sanrio era stata ridotta del 40% in seguito alla cooperazione che la società aveva prestato alla Commissione, non solo fornendo informazioni relative alla durata dell'infrazione ed elementi di prova particolarmente rilevanti, ma anche riconoscendo i fatti e le violazioni[13].

Il nuovo meccanismo di settlement traspone la *ratio* delle procedure predisposte per casi di cartello applicandola, *mutatis mutandis*, ai casi "non di cartello". Tuttavia, benché le sanzioni vengano determinate conformemente agli Orientamenti per il calcolo delle ammende[14], la Commissione ha ritenuto opportuno non pubblicare ulteriori indicazioni, al fine di riservarsi la massima flessibilità nell'applicazione di questo nuovo strumento premiale.

11 Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo disponibile al seguente LINK.
12 Per ulteriori informazioni, si veda il seguente LINK.
13 Per ulteriori informazioni, si veda il seguente LINK.
14 Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, *GUUE C 210 del 01.09.2006.*



Roberto A. Jacchia
PARTNER

r.jacchia@dejalex.com
+39 02 72554.1
Via San Paolo 7
20121 - Milano

Marco Stillo
ASSOCIATE

m.stillo@dejalex.com
+32 (0)26455670
Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO
Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA
Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES
Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW
Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com