

L'Associazione Antitrust Italiana ("**Associazione**" o "**AAI**") in risposta alla consultazione indetta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**AGCM**" o "**Autorità**") in data 15 maggio 2014, "*Comunicazione pubblica sulle Linee Guida relative alle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in materia di concorrenza*", ("**Documento di Consultazione**" o "**Linee Guida**") intende svolgere alcune considerazioni, non dopo aver manifestato il suo apprezzamento per l'intenzione dell'Autorità di dotarsi di un documento che individui il percorso logico e *l'iter* di calcolo per la quantificazione delle sanzioni irrogabili nei casi di infrazioni gravi delle norme nazionali o comunitarie a tutela della concorrenza<sup>1</sup>. Infatti, è senz'altro lodevole voler assicurare trasparenza e prevedibilità alle decisioni sanzionatorie dell'AGCM.

Data l'importanza delle Linee Guida che l'Autorità si appresta ad adottare, l'Associazione ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni, frutto dell'esperienza maturata dai suoi associati sia a livello regionale che comunitario.

## I. Premessa

1. L'Autorità correttamente richiama gli articoli 15 e 31 della Legge del 10 ottobre 1990, n. 287, recante "*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*" ("**I. 287/90**" o "**legge antitrust**"), in materia di irrogazione delle sanzioni, nonché la Legge del 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche al sistema penale*" ("**I. 689/81**"), ed in particolare l'articolo 11 il quale prescrive di avere riguardo, in sede di determinazione dell'importo della sanzione, "*alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*".

---

<sup>1</sup> Come si legge nella Comunicazione costituente Relazione di Accompagnamento alla bozza di Linee Guida.

## II. La determinazione della sanzione: l'importo base

2. Prima di analizzare nel dettaglio i criteri determinanti l'importo base della sanzione, l'Autorità precisa che detto importo si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del grado di gravità dell'infrazione, per la durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione<sup>2</sup>. Aggiunge poi che, in alcune circostanze, nell'importo base potrà inoltre essere inserito un ammontare supplementare, c.d. *entry fee*.

### *i) Il valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione*

3. È a nostro avviso è condivisibile la previsione per cui il calcolo dell'importo base della sanzione sia fondato sul valore delle vendite dei beni e servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione (“**valore delle vendite**”). Infatti, nel perseguimento del duplice effetto punitivo e dissuasivo della sanzione essa non deve essere inferiore ai vantaggi che l'impresa intende ricavare dall'infrazione, ed al tempo stesso, nel rispetto del principio di stretta necessità, produrre un effetto di deterrenza specifica. Peraltro, il riferimento al valore delle vendite si pone in linea non soltanto con gli Orientamenti<sup>3</sup>, ma anche con le *best practice* degli altri Paesi Europei<sup>4</sup>.
4. In merito al calcolo del valore delle vendite al netto dell'IVA e delle altre imposte fiscali, si ritiene che questa sia la scelta più opportuna in quanto maggiormente rispondente sia agli scopi che l'Autorità persegue nell'irrogare le sanzioni, che al principio di necessità. Maggiori dubbi solleva, invece, la previsione successiva che, nell'ipotesi in cui il dato relativo al fatturato “*non sia reso disponibile dall'impresa oppure non sia attendibile ovvero sufficientemente rappresentativo o, comunque,*

<sup>2</sup> Prevedendo altresì che nella determinazione utilizzerà cifre arrotondate.

<sup>3</sup> Paragrafo 12 Orientamenti.

<sup>4</sup> Come ricordato nella Relazione Austria, Belgio, Bulgaria, Rep. Ceca, Grecia, Francia, Lituania, Lussemburgo, Lettonia, Malta, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia, Svezia e Regno Unito fanno riferimento al valore delle vendite mentre il fatturato totale o i ricavi totali sono presi in considerazione solo da Lettonia, Polonia e Romania.

*altrimenti non determinabile*”, consente all'AGCM di prendere “*in considerazione qualsiasi altra informazione che essa ritenga pertinente o appropriata, quale ad esempio: la media del valore delle vendite nell'intero periodo di durata dell'infrazione oppure un altro anno di tale periodo di riferimento o ancora una percentuale del fatturato totale realizzato in Italia*”. Infatti, gli ulteriori criteri esemplificati, ed in particolare il ricorso al valore del fatturato totale realizzato in Italia, costituisce un criterio fortemente pregiudizievole per l'impresa interessata. Se è vero che chi ha commesso una violazione deve essere sanzionato, altrettanto vero è che la punizione all'uopo comminata non può essere né discriminatoria rispetto ad altre imprese eventualmente coinvolte nel medesimo procedimento e per le quali il dato relativo al valore delle vendite è disponibile, né eccessiva rispetto all'infrazione effettivamente commessa, in conformità al principio di proporzionalità. La Commissione, infatti, che nei propri Orientamenti pure prevede l'ipotesi di dati non completi o attendibili, comunque mantiene il criterio del valore delle vendite aggiungendo solo che lo stesso può essere ottenuto diversamente ovvero “*sulla base dei dati parziali ottenuti e/o di qualsiasi altra informazione che essa ritenga pertinente o appropriata*”<sup>5</sup>, con ciò consentendo il ricorso a diverse metodologie di reperimento dell'informazione ma non il ricorso a criteri esorbitanti rispetto al valore delle vendite, come il fatturato totale dell'impresa da sanzionare.

**Si suggerisce, pertanto, di mantenere il valore delle vendite come criterio per la determinazione dell'ammontare base, individuando un'alternativa per il reperimento di tale informazione.**

5. Con riferimento, infine, alle ipotesi di associazioni di imprese, si condivide il riferimento al “*valore complessivo dei contributi associativi versati dai membri dell'associazione*”<sup>6</sup> come valore delle vendite, in linea sia con il Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002, n. 1, “*concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*” (“**Regolamento 1/2003**”)<sup>7</sup> che con

---

<sup>5</sup> Paragrafo 16 Orientamenti.

<sup>6</sup> Applicano il medesimo criterio che intende adottare l'Autorità Italiana: Rep. Ceca, Grecia, Spagna, Ungheria, Malta, Paesi Bassi, Norvegia, Portogallo, Romania, Slovenia e Regno Unito.

<sup>7</sup> Articolo 23, paragrafo 2 del Regolamento 1/2003.

gli Orientamenti<sup>8</sup>. Infatti, in questo modo, si fugano i dubbi che potrebbero sollevare le formulazioni scelte da alcune Autorità nazionali<sup>9</sup> le quali fanno riferimento al fatturato dell'associazione e non ai contributi associativi.

**ii) La percentuale del valore delle vendite in funzione della gravità dell'infrazione**

6. L'Autorità ha ribadito che la percentuale che si applica al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce è determinata avendo riguardo alla gravità dell'infrazione, come prescritto anche dall'articolo 11 della legge n. 689/1981. Inoltre, al pari degli Orientamenti<sup>10</sup>, tale percentuale non può comunque superare il 30% del valore delle vendite.
7. Solleva perplessità la previsione con cui l'Autorità propone di considerare, di regola, una percentuale del valore delle vendite non inferiore al 15% nel calcolo dell'importo base con riferimento all'ipotesi degli accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione che costituiscono le più gravi restrizioni della concorrenza. A nostro avviso, tale previsione applicata alle imprese mono prodotto parti di accordi orizzontali segreti porterebbe per queste ultime all'automatica applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che si attesterebbe sempre sul tetto massimo del 10% del fatturato previsto dall'art. 15, comma 1 della l. 287/90. Si ritiene che la medesima preoccupazione sia alla base del diverso approccio seguito dalla Commissione quando essa, con riferimento agli accordi orizzontali segreti, preferisce non indicare un'esatta percentuale del valore delle vendite da considerare ma si limita, piuttosto, a far riferimento ad una proporzione del valore delle vendite che *"si situerà sui valori più alti previsti"*<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Paragrafo 33 Orientamenti.

<sup>9</sup> In particolare si tratta di: Belgio, Bulgaria, Cipro, Germania, Finlandia, Lettonia, Lituania, Polonia, Slovacchia e Svezia.

<sup>10</sup> Paragrafo 21 Orientamenti.

<sup>11</sup> Paragrafo 23 Orientamenti.

**Si suggerisce, pertanto, di precisare che la percentuale del valore delle vendite da considerare nell'ipotesi di accordi orizzontali segreti non sarà di regola inferiore al 15%, fatta eccezione per le imprese mono prodotto.**

8. Qualche perplessità pone la previsione per cui, nelle ipotesi di infrazioni plurisoggettive, l'Autorità potrà considerare "la quota di mercato aggregata detenuta dal complesso delle imprese che hanno partecipato all'infrazione". Infatti, sebbene sia corretto prendere in considerazione la quota di mercato aggregata, occorre, tuttavia, far riferimento anche alla quota detenuta dalle singole imprese.

Nelle infrazioni plurisoggettive, la Commissione Europea, in sede di *valutazione della gravità dell'infrazione*, prende in considerazione tutte le condizioni oggettive del mercato rilevante, in primo luogo l'analisi delle quote di mercato delle singole imprese<sup>12</sup>, allo scopo di decifrare il grado di offensività dell'infrazione. Inoltre, dalla individuazione delle singole quote deriva anche una differenziazione nell'apporto causale all'infrazione: è chiaro che un'impresa che detiene in un determinato mercato una quota ridotta fornisce un apporto causale inferiore rispetto all'impresa che possiede la quota principale e di conseguenza non può essere sanzionata al suo pari<sup>13</sup>. Si noti, infine, che anche altri ordinamenti europei espressamente prevedono, nelle proprie *Guidelines*, la necessità di prendere in considerazione, in sede di valutazione della gravità dell'infrazione, le quote di mercato detenute dal singolo trasgressore. Tra questi si possono ad esempio annoverare le Autorità della concorrenza spagnola, francese e inglese.

---

<sup>12</sup> Paragrafo 22 Orientamenti. In giurisprudenza, si vd. Tribunale dell'UE nella causa T-279/02 del 5 aprile 2006, *Degussa vs Commissione*, Racc. p. II-897.

<sup>13</sup> Sulla questione si è pronunciato il Tribunale dell'UE che ha affermato, in una ipotesi di intesa orizzontale, di per sé restrittiva della concorrenza, la necessità di considerare che "*l'infrazione era stata commessa da imprese le quali, all'epoca dei fatti, «detenevano la quota principale»*" (Sentenza del Tribunale dell'Ue del 5 aprile 2006, *Degussa vs Commissione*, cit., par. 226.), dando quindi piena rilevanza all'analisi quantitativa del mercato. Analogamente la Commissione, con particolare riferimento "*all'entità dell'infrazione sul mercato e alla parte di responsabilità che ne consegue a carico di ciascun partecipante all'intesa*", nel determinare l'ammenda ha preso in considerazione "*la quota di mercato mondiale e in ambito SEE di ciascuna delle imprese presenti sul mercato*" deducendo che i principali produttori mondiali rappresentassero una categoria distinta da quella degli operatori minori "*così che doveva essere loro applicato un trattamento differenziato*" (Sentenza del Tribunale dell'Ue del 5 aprile 2006, *Degussa vs Commissione*, cit., par. 281).

**Si suggerisce, pertanto, che nelle Linee Guida venga inserito un riferimento alla gradazione della responsabilità in funzione dell'apporto causale all'infrazione che deriva dalla posizione di mercato dell'impresa nelle infrazioni plurisoggettive.**

9. Nell'individuazione del livello di gravità dell'infrazione, molteplici sono i fattori rilevanti. Tra questi l'Autorità cita: “*i) le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali, ad esempio, il livello di concentrazione, l'esistenza di barriere all'entrata)<sup>14</sup>; ii) il pregiudizio all'innovazione; iii) l'attuazione o meno della pratica illecita<sup>15</sup>; iv) la rilevanza dell'impatto economico<sup>16</sup> o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori<sup>17</sup>”.* Tuttavia, in contraddizione con il precedente richiamo all'articolo 11 della legge n. 689/1981 e con la giurisprudenza, non viene attribuita rilevanza autonoma né (i) alla personalità dell'agente, né (ii) agli effetti prodotti dall'intesa.

Sub (i), si evidenzia che l'art. 11, nonché le disposizioni costituzionali che ne sono alla base, ovvero gli artt. 3 e 27 Cost., impongono che la soluzione punitiva tenga conto delle peculiarità dell'agente e della sua partecipazione all'infrazione, al fine di diversificare il suo trattamento sanzionatorio rispetto a quello degli altri agenti. Il tutto in ossequio alla vocazione special-preventiva della sanzione, e quindi allo scopo di deterrenza specifica che la stessa Autorità si prefigge, che consente di individuare l'intervento più consono e adeguato alle caratteristiche del soggetto e, quindi, più efficace. Inoltre, si ricorda che la mancata considerazione della personalità dell'agente in sede di valutazione della gravità dell'infrazione si pone in contrasto con il principio di proporzionalità di cui all'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, ai sensi del quale “[l]e pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

Sub (ii), si ritiene che la valutazione degli effetti non possa costituire una valutazione incidentale ed eventuale, ma assuma portata decisiva. Di fatto, calcolare la sanzione,

---

<sup>14</sup> Analogamente alle Autorità di Concorrenza di Belgio e Regno Unito.

<sup>15</sup> Analogamente a quanto previsto negli Orientamenti.

<sup>16</sup> Analogamente a Spagna, Francia, Ungheria e Polonia.

<sup>17</sup> Analogamente al Regno Unito quanto al danno ai consumatori.

valutando la sua gravità, unicamente sul riscontro che l'intesa sia stata attuata, come indicato nel Documento di Consultazione, senza valutarne l'impatto concreto sul mercato, equivale ad aumentare la sanzione in base ad un'astratta (ed indimostrata) regola di causalità per cui l'attuazione dell'intesa produce *sempre* effetti sul mercato<sup>18</sup>.

Guardando, infatti, anche all'esperienza degli altri Paesi europei, occorre rilevare che alcuni di essi, nelle *Guidelines* o addirittura nelle rispettive Leggi *antitrust*, fanno esplicito riferimento agli effetti dell'intesa ai fini del calcolo dell'ammenda. Ad esempio, nell'ordinamento spagnolo è stabilito che nel determinare la sanzione, tra i vari criteri, si guardi agli effetti che dall'infrazione sono derivati<sup>19</sup>. Addirittura nella stessa legge è previsto che la soglia legale massima del 10% sia applicabile sole alle ipotesi di infrazioni particolarmente gravi laddove per quelle meno gravi proprio in termini di effetti tale soglia è compresa tra l'1 e il 5%. Analogamente le Linee Guida dell'*Office of Fair Trading* richiedono in sede di valutazione della gravità della sanzione di prendere in considerazione gli effetti dell'infrazione sui concorrenti e sulle parti terze, oltre che sul mercato e sui consumatori. Così prevedono anche le *Guidelines* adottate dall'Autorità garante della Concorrenza della Repubblica Ceca.

---

<sup>18</sup> A conferma, il Consiglio di Stato ha affermato che “*rappresenta un carattere intrinseco della strategia anticoncorrenziale la programmata attitudine della stessa ad incidere sul mercato con valenza consistente*” e di conseguenza “*la valutazione degli effetti dell'intesa incide sulla gravità della sanzione*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 24 settembre 2012, n. 5067). Analogamente, in una diversa occasione, lo stesso organo giudicante ha ritenuto necessario “*ai fini della quantificazione della sanzione, [...] dimostrare che gli effetti si siano effettivamente prodotti*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. del 29 maggio 2012, n.3189, di conferma, sul punto, della sent. del TAR Lazio, Sez. I, n. 14157 del 29 dicembre 2007, sul caso I646 – *Produttori di vernici marine*). Anche il TAR, in un caso di fissazione dei prezzi e quindi di infrazione molto grave, ha affermato che “*non necessariamente [la qualificazione di gravità] è destinata a riflettersi automaticamente nella determinazione della sanzione da applicarsi in concreto*”, in quanto spetta all'Autorità tener conto degli effetti concreti prodotti sul mercato al fine di irrogare una sanzione che sia proporzionale ai sensi dell'art. 11, l. 689/81. In altre parole, per il giudice si doveva “*scrutinare il passaggio logico intercorrente tra la qualificazione astratta della gravità del comportamento illecito accertato – come visto, correttamente effettuata – alla misura da adottare, in concreto, nei confronti delle imprese, quale mezzo, al contempo, ripristinatorio della legalità violata e dissuasivo di futuri comportamenti parimenti illeciti*” (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 3280/2012 nel caso I701 – *Vendita al dettaglio di prodotti cosmetici*).

<sup>19</sup> Articolo 64, comma 1, lettera e) della *LEY de Defensa de la Competencia*, n. 15, del 3 Luglio 2007

Da ultimo, la stessa Commissione, nell'operare un riferimento all'attuazione delle pratiche illecite, sia in sede di determinazione della proporzione del valore delle vendite da prendere in considerazione nell'ambito della forcella stabilita,<sup>20</sup> che in sede di valutazione delle circostanze attenuanti<sup>21</sup>, riferimento attribuisce un primario rilievo agli effetti dell'infrazione, dal momento che non possono esserci effetti se non vi è stata implementazione della condotta.

**Attesa la centralità attribuita nel sistema sanzionatorio nazionale ai criteri individuati dall'articolo 11 della l. 689/81, si suggerisce pertanto, sulla base di quanto precede, di valutare l'opportunità di valorizzare maggiormente il rilievo dell'elemento soggettivo (“*personalità*” dell'agente) e degli effetti dell'infrazione (“*la gravità*” della violazione). A tal fine, potrebbe essere introdotta una diversa percentuale minima del valore delle vendite dei prodotti oggetto dell'infrazione da prendere a riferimento ai fini della determinazione dell'ammontare base a seconda del riscontrato rilievo del dolo o della colpa nella commissione dell'infrazione o della *magnitudo* delle conseguenze riscontrabili sul mercato in ragione dell'infrazione stessa.**

### ***iii) L'importo supplementare (entry fee)***

10. La previsione dell'inserimento nell'importo base di un incremento supplementare, la c.d. *entry fee*, a discrezione dell'Autorità, con riferimento alle restrizioni più gravi della concorrenza presenta, anche in raffronto agli Orientamenti, almeno due elementi di rilevanza: la mancanza di ogni collegamento tra l'applicazione dell'incremento e la sua durata, nonché la previsione di una forbice tra il 15% ed il 30% del valore delle vendite.

Innanzitutto si osserva che la mancata presa in considerazione della durata dell'infrazione non sembra in linea con l'articolo 15 della l. 287/90, che espressamente sancisce che "*nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, [l'Autorità] dispone inoltre l'applicazione di una sanzione*

---

<sup>20</sup> Paragrafo 22 Orientamenti.

<sup>21</sup> Paragrafo 29 Orientamenti.

*amministrativa*".

Inoltre, la previsione nelle Linee Guida manca di ogni specificazione circa i presupposti di applicazione dell'*entry fee* nonché i parametri da prendere in considerazione nella comminazione di tale importo supplementare che avrà un rilievo non indifferente. Infine si rileva che la Commissione, negli Orientamenti, ha limitato detto incremento tra un minimo del 15% del valore delle vendite ed un massimo del 25%, valore massimo che si pone dunque al di sotto di quello del Documento di Consultazione.

**Si suggerisce, pertanto, di prevedere esplicitamente una gradazione dell'*entry fee* in funzione della durata dell'infrazione, nonché di indicare chiaramente tanto i presupposti che potrebbero giustificare l'applicazione, quanto i parametri oggetto di analisi nella sua concreta comminazione.**

#### ***iv) La collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici***

11. Senz'altro degno di apprezzamento è l'intento dell'Autorità di definire in maniera precisa i criteri applicativi delle sanzioni nell'ipotesi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, c.d. *bid rigging*, dato il rilievo crescente che detta fattispecie sta assumendo. Tuttavia, sorgono alcuni dubbi in ordine alle concrete modalità applicative della previsione contenuta nelle Linee Guida. Infatti, se la scelta di prendere in considerazione come valore delle vendite, in sede di individuazione dell'importo base della sanzione, gli importi aggiudicati nelle procedure oggetto di infrazione è valida qualora l'impresa che ha commesso l'infrazione sia aggiudicataria della gara, ci si chiede quale grandezza dovrà essere presa in considerazione qualora ciò non avvenga.

In aggiunta poi, non appare giustificabile la previsione per cui *"in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato, l'Autorità potrà prendere in considerazione anche il valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato dall'infrazione (comprensivo dunque di tutte le vendite realizzate dall'impresa nel mercato rilevante e non solo di quelle oggetto della gara d'appalto interessata) nell'ultimo anno intero in cui si è realizzata l'infrazione"*. Sarebbe opportuno che l'Autorità, a tal proposito, indicasse gli elementi

giustificativi della valutazione così operata. In proposito, dovrebbe ovviamente restare fermo che trattasi di infrazioni particolarmente gravi dal momento che il trattamento ad esse riservato genera effetti discriminatori tra imprese che hanno commesso la medesima tipologia di illecito, violando il principio di stretta necessità della sanzione e a non perseguire lo scopo di deterrenza specifica, in spregio del rilievo dell'elemento soggettivo.

**Si suggerisce, pertanto, di indicare uno specifico criterio di individuazione del fatturato rilevante per il caso in cui l'impresa da sanzionare non sia stata aggiudicataria della gara, nonché chiaramente rappresentare le giustificazioni per le quali potrà essere preso a riferimento il fatturato prodotto sull'intero territorio nazionale, piuttosto che quello relativo alla singola gara.**

**III. Adeguamenti dell'importo base: circostanze aggravanti e circostanze attenuanti**

12. In linea con gli Orientamenti, l'importo base viene adeguato sulla base di circostanze aggravanti e/o attenuanti e quindi incrementato o ridotto.

13. Di seguito, si svolgeranno alcune considerazioni che valgono con riferimento a talune delle circostanze previste dal Documento di Consultazione.

***i) Le circostanze aggravanti***

14. Tra le circostanze aggravanti a titolo esemplificativo elencate dall'Autorità figura l'“essere impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale e ha la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza”. Con riferimento a questa specifica circostanza si ritiene che la sola titolarità di un servizio di interesse economico generale (“SIEG”) non possa di per sé essere considerata lesiva della posizione dell'impresa che lo esercita. Infatti, ritenere la sola titolarità del SIEG idonea ad influenzare le condizioni di concorrenza in maniera differenziata, e più grave, rispetto a condotte analoghe commesse da imprese non titolari di un SIEG, si traduce in una sorta di “responsabilità oggettiva”, in violazione del principio di parità di trattamento. Nonostante si ritenga ingiustificata l'applicazione dell'aggravante in

parola, qualora l'Autorità ritenesse comunque di doverla prevedere, perlomeno sarebbe opportuno richiedere la sussistenza di un nesso di stretta causalità tra la violazione addebitata e lo svolgimento del SIEG in questione. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, nei casi in cui sia commessa un'infrazione nello stesso mercato in cui l'impresa svolge il SIEG, il nesso causale non può ritenersi automaticamente provato ma l'Autorità deve comunque dimostrarne la sussistenza, onde evitare di ricadere nuovamente in un'ipotesi di "responsabilità oggettiva".

**Si suggerisce, pertanto, di eliminare il riferimento alla gestione di servizi di interesse economico generale quale circostanza aggravante o, al massimo, ancorare l'applicazione dell'aggravante in parola alla sussistenza di un esplicito nesso di causalità tra l'infrazione e lo svolgimento del SIEG, che l'Autorità deve comunque dimostrare.**

15. Per ciò che concerne l'applicazione di un aumento che può giungere fino al 100% dell'importo base della sanzione nelle ipotesi di recidiva, l'Autorità dovrebbe, a nostro avviso, meglio precisare le ipotesi in cui si può parlare di infrazione simile o della stessa tipologia, laddove invece il Documento di Consultazione fa genericamente riferimento "[a]lla natura e [alla] relativa affinità sostanziale delle violazioni accertate". A tal fine, pare utile ricordare che il Consiglio di Stato, sulla qualificazione della precedente infrazione giustificativa dell'applicazione di questa specifica aggravante, ha affermato che sebbene non sia necessario che emerga l'assoluta identità di specie degli illeciti commessi, è comunque essenziale "la relativa riconducibilità alla stessa tipologia di illecito antitrust"<sup>22</sup>.

**Si suggerisce, pertanto, di meglio specificare quale debba essere la relazione tra gli illeciti compiuti dalla stessa impresa, affinché questa possa essere considerata recidiva.**

#### ***ii) Le circostanze attenuanti***

16. L'Associazione valuta positivamente l'inserimento nelle Linee Guida sottoposte a consultazione della circostanza consistente nell'"adozione di uno specifico

---

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 20 Aprile 2011, n. 2438, caso *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*.

*programma di compliance in linea con le best practice europee e nazionali*". La scelta di dare contenuto premiale all'adozione di programmi di compliance effettivi, infatti, mira, tra l'altro, allo sviluppo di una cultura della concorrenza da sempre auspicata dalla Commissione e dalle autorità antitrust dei vari paesi. Tuttavia, al fine di evitare un uso distorto di tali programmi ed un possibile rischio di discriminazione tra le imprese, tale affermazione necessiterebbe di alcuni chiarimenti.

In particolare, l'Autorità dovrebbe distinguere in primo luogo tra programma di *compliance ante factum*, ovvero posto in essere prima della commissione dell'illecito, e *post factum*, ovvero adottato dopo la commissione dell'illecito, e successivamente indicare i criteri alla luce dei quali valutare la corrispondenza del programma alle *best practices*.

Onde consentire una simile operazione, pare opportuno svolgere alcune considerazioni su entrambi i profili.

In relazione al primo, si rileva che, nei diversi Paesi Europei che si sono dotati di Linee Guida, alla *compliance ante e post factum* è attribuito un ruolo diverso, ma comunque qualificato in sede di determinazione della sanzione. Ad esempio, nell'ordinamento inglese tutti i programmi di *compliance*, sia se adottati dopo l'illecito che prima e fraudolentemente violati, hanno valore di attenuante<sup>23</sup>. Nell'ordinamento francese, invece, l'impegno ad adottare programmi di *compliance* o a migliorare i programmi esistenti è valutato nell'ambito della procedura di *settlement*<sup>24</sup>.

A livello nazionale, un modello utile è quello del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231, recante la *"Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"*, (**"D.lgs. 231/2001"**). Esso, infatti, riconosce ai modelli di *compliance ante factum* effetti incidenti direttamente sulla responsabilità dell'ente, mentre, con riferimento ai modelli *post factum*, prevede che essi costituiscano circostanza attenuante della sanzione pecuniaria. In effetti, l'adozione di un riferimento analogo in materia di *compliance antitrust* pare quanto mai opportuno dal momento che l'adozione di un programma di

<sup>23</sup> Office Of Fair Trading, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*, An OFT report, May 2010, paragrafo 1.14.

<sup>24</sup> Autorité de la concurrence, *Document-cadre du 10 février 2012 sur le programmes de conformité aux règles de concurrence*, paragrafo 31.

*compliance ante factum*, più che costituire una circostanza attenuante, incide direttamente sull'elemento soggettivo e dovrebbe quindi essere valutato in sede di esame della gravità dell'infrazione, *i.e.* in sede di quantificazione dell'importo base della sanzione, e non di adeguamento dell'ammenda.

Con riguardo alla riconducibilità dei programmi di *compliance* alle *best practices*, ancora una volta il riferimento ad ordinamenti diversi dal nostro potrebbe costituire un utile strumento. Infatti, sia l'*Office of Fair Trading* che l'*Autorité de la Concurrence* individuano gli elementi in base ai quali valutare la rispondenza a requisiti di *best practice*<sup>25</sup>.

**L'AAI suggerisce, pertanto, di meglio specificare quali debbano essere le caratteristiche del programma di *compliance* e il momento della sua implementazione per darne rilevanza ai fini della determinazione della sanzione e si rende sin da ora disponibile a fornire all'AGCM ogni supporto utile a tal fine.**

- 17. Inoltre, si suggerisce di prevedere una ulteriore circostanza attenuante sulla base di quanto previsto dalla Proposta di Direttiva sul *private enforcement*<sup>26</sup>, il cui articolo 18, comma 4, espressamente prevede che “*Un'autorità garante della concorrenza può considerare il risarcimento versato in seguito ad una transazione consensuale e prima della sua decisione di infliggere un'ammenda un fattore attenuante nell'ambito della fissazione di quest'ultima*”.**

<sup>25</sup> (i) Identificazione dei rischi, sulla base del settore di attività e del contesto operativo (*i.e.* cartelli, intese verticali, abuso di posizione dominante) e quindi personalizzazione dei programmi; (ii) Valutazione dei rischi: alti (personale di vendita, *marketing*, partecipanti alle riunioni associative) medi (personale che non ha regolari rapporti con *competitor*, addetti alla comunicazione) bassi (*back office*); (iii) Attenuazione dei rischi: *training* personalizzati e specifici, attuazione di *policy*, procedure *ad hoc*; (iv) Verifica: rivalutazione periodica degli *steps i-iii*. in particolare si vedano: OFT, *Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law*, *cit.*, par. 4.3. e Autorité de la concurrence, *Document-cadre*, *cit.*, par. 22 e ss.

<sup>26</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio "relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea", il cui testo è stato approvato dal Parlamento Europeo il 17 Aprile 2014.

18. Infine si manifesta apprezzamento per la previsione secondo cui “l’importo della sanzione potrà essere ulteriormente ridotto fino al 50% dell’importo di base qualora nel corso dell’istruttoria l’impresa fornisca informazioni e documentazione che, anche attraverso un’ispezione mirata, siano decisive per l’accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto dell’accertamento e ricadente nell’ambito di applicazione del programma di clemenza”, cd. amnesty plus, auspicando che questa possa, in un’ottica più generale, incentivare il ricorso da parte delle imprese al programma di clemenza.

#### **IV. Altri adeguamenti dell'importo base a garanzia della proporzionalità e dell'effettiva deterrenza**

19. L'Autorità poi si riserva la possibilità di incrementare ulteriormente l'importo base della sanzione fino al 50% quando l'impresa da sanzionare “*abbia realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell’infrazione oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche*”. Ebbene al riguardo occorre svolgere almeno due considerazioni su: (i) la previsione di un aumento tanto significativo e (ii) la mancata previsione di una diminuzione di eguale tenore al ricorrere di condizioni eguali e contrarie a quelle giustificative dell'aumento.

Sub (i), innanzitutto non risulta appropriato un aumento del 50% della sanzione sulla base di criteri del tutto indeterminati, quali aver realizzato “*un fatturato particolarmente elevato*” o appartenere ad un “*gruppo di significative dimensioni*”. Tale indeterminatezza, infatti, piuttosto che perseguire lo scopo di deterrenza, contrasta con la *ratio* alla base delle Linee Guida che, per stessa dichiarazione dell'Autorità, mirano a fornire criteri chiari sul “*percorso logico e l’iter di calcolo per la quantificazione delle sanzioni*”<sup>27</sup>.

Sub (ii), si rileva che: se il detenere una quota di mercato molto significativa, e quindi un fatturato a livello mondiale particolarmente elevato, giustifica un aumento della sanzione, allora la situazione opposta (*i.e.* detenere una quota marginale), deve

<sup>27</sup> Cfr. Relazione di accompagnamento alla Bozza di Linee Guida, *cit.*, par. I.1.

giustificare una diminuzione della sanzione per un ammontare equivalente. Dunque, anche in questa sede, si manifesta la necessità di svolgere un'analisi quantitativa delle quote di mercato delle singole imprese parti dell'infrazione, e quindi non solo un'analisi della quota di mercato aggregata. Operando diversamente si giungerebbe all'illogico, nonché discriminatorio, risultato per cui la quota di mercato della singola impresa rileva al fine di incrementare la sanzione, ma non al fine di diminuirla.

**Si suggerisce, pertanto, di dare rilievo alla differente posizione sul mercato attribuibile a ciascuna impresa parte di un'infrazione plurisoggettiva anche in termini di circostanza attenuante.**

#### V. Concorso formale di più illeciti

20. Con riguardo al concorso formale di illeciti, ovvero all'ipotesi per cui un soggetto con una medesima condotta viola gli articoli 2 e 3 della l. 287/90 o gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE") oppure commette più violazioni della medesima disposizione, l'Autorità ha affermato che applicherà l'articolo 8 della l. 689/1981. Di conseguenza, ricorrerà alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo. Al riguardo si ritiene che la previsione di triplicazione della sanzione in questa ipotesi, senza ulteriore indagine sugli elementi costitutivi dell'infrazione, non sia giustificabile. Infatti, in sede di valutazione del concorso formale, vigono le regole, di derivazione penalistica, che attribuiscono rilevanza, anche in questa sede, all'elemento soggettivo. In particolare, affinché un soggetto sia ritenuto responsabile di più infrazione, derivanti dalla commissione di una medesima condotta, è essenziale si dimostri la sua volontà di commettere ciascuna delle violazioni che si intende ascrivergli. Di conseguenza, in materia di irrogazione di sanzioni amministrative da parte dell'AGCM, l'inadeguata valutazione dell'elemento soggettivo potrebbe portare ad una sovra considerazione della condotta oggetto di accertamento e quindi ad ipotizzare l'esistenza di un cumulo formale di illeciti senza la sussistenza dei suoi elementi costitutivi, con l'ulteriore conseguenza di applicare non soltanto la sanzione per la violazione più grave ma addirittura una triplicazione della stessa.

**Si suggerisce, pertanto, ai fini dell'applicazione di tale previsione, di introdurre la necessità di uno scrupoloso accertamento dell'elemento soggettivo che dovrà qualificare la condotta dell'agente con riferimento a ciascuna delle infrazioni.**

## **VI. Ulteriori previsioni**

Infine, con l'obiettivo di consentire alle imprese nei cui confronti l'Autorità ha avviato una procedura istruttoria il pieno esercizio del diritto di difesa nel procedimento anche con riguardo alle modalità di determinazione delle sanzioni, **si suggerisce, analogamente a come sta operando negli ultimi tempi la Commissione, di prevedere esplicitamente che, già nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, gli Uffici indichino, unitamente alle risultanze istruttorie, i criteri sulle modalità di erogazione della sanzione.**

## **CONCLUSIONI**

L'Associazione valuta con estremo favore l'iniziativa dell'Autorità e il grande valore del Documento di Consultazione che, pur muovendo da un'impostazione coerente con i dettami del diritto nazionale e comunitario in materia di sanzioni antitrust, si caratterizza anche per l'introduzione di elementi di innovazione.

In tale solco, le osservazioni che precedono mirano esclusivamente a fornire alcuni suggerimenti che intendono rafforzare l'impianto e gli intendimenti che l'Autorità persegue.

In sede di conclusioni, rinviando per il resto a quanto esposto nel documento, ci limitiamo a sottolineare l'opportunità che il richiamo ai principi del diritto comunitario tenga in adeguata considerazione i presupposti stessi del nostro sistema sanzionatorio. In particolare, dunque, indirizziamo l'attenzione dell'Autorità alla necessità che, in linea con l'articolo 11 della l. 689/81, vengano adeguatamente valorizzati il richiamo all'elemento soggettivo dell'agente, nonché al riscontro di una effettiva alterazione della concorrenza sul mercato, dovuta all'infrazione riscontrata.