

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON LLP

AVV. MARIO SIRAGUSA
AVV. ROBERTO CASATI¹
AVV. GIUSEPPE SCASSELLATI SFORZOLINI¹
AVV. ROBERTO BONSIGNORE¹
AVV. PIETRO FIORUZZI¹
AVV. VANIA PETRELLA
AVV. C. FERDINANDO EMANUELE
AVV. MARCO D'OSTUNI¹
AVV. CARLO SANTORO
AVV. MATTEO BERETTA
AVV. CARLO DE VITO PISCICELLI¹

AVV. FRANCESCO DE BIASI
AVV. G. CESARE RIZZA BAJARDO
AVV. CLAUDIO DI FALCO¹
AVV. PIETRO MERLINO

AVV. FRANCESCA M. MORETTI
AVV. SAVERIO VALENTINO²
AVV. STEFANO DE DOMINICIS
AVV. FAUSTO CARONNA
AVV. PAOLA ALBANO
AVV. GIULIA FAUSTA GOSI
AVV. GEROLAMO DA PASSANO¹

AVV. PIETRO ACERBI
AVV. PATRICK ACTIS PERINETTO
AVV. ROBERTO ARGERI
AVV. LUCIANA BELLIA
AVV. LAURA BERGAMINI
AVV. PAOLO BERTOLI
AVV. ACHILLE CALIÒ MARINCOLA SCULCO¹
AVV. DOMENICO CAPONE
AVV. ANDREA CAZZANI
AVV. FEDERICO CENZI VENEZZE¹
AVV. ANDREA CONZATTI¹
AVV. PHILIPPE CROENE
AVV. MICHELE CURATOLA¹
AVV. PIERANTONIO D'ELIA
AVV. FRANCESCO DE LORENZI
AVV. EUGENIO SIMONE DE NARDIS¹
AVV. LUCA DENORA¹

AVV. ALESSANDRO DE STEFANO
AVV. MASSIMILIANO DI TOMMASO¹
AVV. GIANLUCA FAELLA
AVV. PATRICK MARCO FERRARI
AVV. LORENZO FREDDI¹
AVV. ROSSELLA GANCITANO
AVV. ALESSANDRO GENNARINO
AVV. FRANCESCA GESUALDI¹
AVV. GIULIO GIANNINI
AVV. ALESSANDRA GUERRIERI
AVV. FRANCESCO IODICE
AVV. FRANCESCO LIBERATORI
AVV. ROBERTO FABIO LIPARI
AVV. MARIA GRAZIA MAMONE²
AVV. ANDREA MANTOVANI¹
AVV. FEDERICO MARINI BALESTRA
AVV. LUDOVICA MARVASI
AVV. BERNARDO MASSELLA DUCCI TERI¹
AVV. MARIO MICCICHÉ
AVV. LUIGI NASCIMBENE
AVV. ALESSANDRO NOLET²
AVV. CECILIA PARISINI¹³
AVV. SARA PARMIGGIANI
AVV. KOSTANDIN PEĆI
AVV. LAURA PROSPERETTI
AVV. NICOLE BRUNELLA PUPPIENI¹
AVV. PAOLO RAINELLI
AVV. GIANLUCA RUSSO
AVV. FABIO SACCONI
AVV. BRIAN T. SANDSTROM¹
AVV. CLEMENTE SARDI
AVV. MARCO SCALERA¹
AVV. GIANPAOLO SCANDONE
AVV. ALICE SETARI
AVV. DAVID SINGER¹
AVV. MARCO SPADA¹
AVV. MARCO ZOTTA

PIAZZA DI SPAGNA 15

00187 ROMA

TELEFONO
06 695221

TELEFAX
06 69200665

WWW.CLEARYGOTTLIEB.COM

VIA SAN PAOLO 7
20121 MILANO
TEL 02 726081
FAX 02 86984440

NEW YORK • WASHINGTON, DC • PARIGI • BRUXELLES • LONDRA
FRANCOFORTE • MOSCA • COLONIA • HONG KONG
PECHINO • BUENOS AIRES • SAN PAOLO • ABU DHABI • SEOUL

Roma, 29 giugno 2014

Spett.le
Autorità garante della concorrenza e del mercato
piazza G. Verdi 6/a
00198 Roma

VIA EMAIL: consultazione.lineeguidasanzioni@agcm.it

Re: Consultazione pubblica sulle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90

Egregi Signori,

in via preliminare, ci preme esprimere il nostro positivo apprezzamento per l'opportunità concessa da codesta Spett.le Autorità alla *business community*, agli accademici e ai consulenti legali ed economici di poter partecipare, attraverso la procedura di consultazione in epigrafe, alla finalizzazione del documento in questione offrendo i loro commenti e suggerimenti.

La bozza di Linee guida oggetto della consultazione avviata con provvedimento n. 24893 del 14 maggio u.s. (la "Bozza") rappresenta il segnale di una rinnovata attenzione manifestata da codesta Autorità rispetto all'esercizio della sua potestà sanzionatoria, che ha assunto nel

corso degli anni un'indubbia centralità sia come garanzia di un'immediata restaurazione dell'equilibrio concorrenziale dei mercati sia per assicurare il necessario carattere dissuasivo dell'azione dell'Autorità. Il documento in questione dovrebbe portare a compimento gli sforzi intrapresi dall'Autorità al fine di rendere complessivamente più trasparente, obiettiva e certa l'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni da essa utilizzati nella propria pratica decisionale.

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP intende offrire il proprio contributo sottoponendo all'attenzione di codesta Autorità le presenti osservazioni sulla Bozza. Tali osservazioni traggono spunto dall'esperienza da noi acquisita nell'assistenza e rappresentanza di imprese coinvolte a vario titolo in procedure istruttorie avviate all'Autorità *ex artt.* 101 e/o 102 TFUE (e/o delle analoghe disposizioni contenute nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, la "Legge") e nei successivi procedimenti giurisdizionali.

I. La determinazione della sanzione: l'importo di base

A. Valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione (Bozza, § 8)

Con riferimento al valore delle vendite che l'Autorità intende prendere in considerazione ai fini del calcolo dell'importo di base, osserviamo che il testo della Bozza non contempla la limitazione alle vendite all'interno del territorio nazionale. L'attuale formulazione del § 8 ("*le sanzioni ... devono essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione*") sembra consentire all'Autorità di prendere in considerazione il valore di tutte le vendite realizzate ovunque dall'impresa nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione – dunque, in ipotesi, anche il fatturato ottenuto da vendite realizzate principalmente o esclusivamente al di fuori del territorio italiano.

Tale previsione sembra non tener conto del fatto che la competenza attribuita dalla Legge all'Autorità ha ad oggetto l'accertamento e la sanzione di violazioni delle regole di concorrenza del TFUE e nazionali che presentino un legame sostanziale con il territorio italiano, vuoi perché sono in atto o hanno origine nel detto territorio, vuoi perché producono effetti sulla concorrenza nel mercato nazionale. Poiché la Relazione di accompagnamento della Bozza (la "Relazione") è silente sul punto, occorre ritenere che l'Autorità non si sia neanche posta il problema se, nel calcolare l'importo dell'ammenda da irrogare per una violazione delle regole di concorrenza (UE e nazionali), essa sia tenuta a prendere in considerazione soltanto la durata e la gravità dell'infrazione con riguardo al gioco della concorrenza all'interno del territorio italiano.

Come ricorda la stessa Relazione (§ 8), gli Orientamenti della Commissione europea (la "Commissione") per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, del 1° settembre 2006 (gli "Orientamenti"), stabiliscono una regola diversa in punto di determinazione dell'importo di base: la Commissione si è auto-vincolata a utilizzare il valore delle vendite dei beni o servizi,

ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata all'interno dello Spazio economico europeo (SEE) (§ 13). Solamente qualora l'infrazione abbia un'estensione geografica maggiore del territorio del SEE (come nel caso di un cartello globale) e le vendite interessate realizzate dall'impresa all'interno del SEE non riflettano adeguatamente il peso di ciascun'impresa nell'infrazione (come nel caso di un accordo mondiale di ripartizione dei mercati), la Commissione si è riservata il potere di basarsi su un valore ipotetico, ottenuto *“stima[ndo] il valore totale delle vendite dei beni o servizi ai quali l'infrazione si riferisce nell'area geografica interessata (più ampia del SEE), determina[ndo] la quota delle vendite di ciascuna impresa che ha partecipato all'infrazione su tale mercato e applica[ndo] tale quota alle vendite aggregate realizzate all'interno del SEE di queste stesse imprese”* (§ 18). Tale meccanismo dovrebbe consentire alla Commissione, in sede di calcolo delle ammende, di riflettere *“nel contempo la dimensione aggregata delle vendite interessate nel SEE e il peso relativo di ciascuna impresa nell'infrazione”* (ibid.).

Si ricordi altresì che, secondo i ben noti principi sull'applicazione concorrente delle regole di concorrenza del TFUE sanciti nella Comunicazione della Commissione del 2004 sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (la “Comunicazione”), un'unica autorità nazionale della concorrenza (“ANC”) è nella posizione idonea per trattare gli accordi o le pratiche che pregiudicano in maniera sensibile la concorrenza nell'ambito del proprio territorio (vedi § 8)¹. I criteri cumulativi stabiliti dal § 8 (vedi *supra*, nota 1) indicano che, affinché si possa ritenere che l'ANC di uno Stato membro sia nella posizione idonea per intervenire, deve esistere un legame sostanziale tra l'infrazione ed il territorio dello Stato membro (vedi *id.*, § 9). *“Si può pertanto affermare che in genere un'unica [ANC] è nella posizione idonea per trattare gli accordi o le pratiche che pregiudicano in maniera sensibile la concorrenza nell'ambito del proprio territorio”*.

Per il caso in cui, invece, una condotta ponga problemi di concorrenza in più di uno Stato membro, producendo effetti sensibili sulla concorrenza principalmente nei rispettivi territori, e l'azione autonoma di un'ANC non appaia sufficiente a far cessare l'infrazione nel suo complesso e a sanzionarla adeguatamente, il § 12 della Comunicazione prevede che possa rivelarsi adeguata l'azione parallela di due o tre ANC. In questo caso, la Comunicazione prevede espressamente che le ANC degli Stati membri interessati *“sono nella posizione idonea per trattare il caso in parallelo, ognuna per il proprio territorio”* (ibid.; sottolineato da noi). A maggior ragione in questa ipotesi sarebbe ingiustificatamente sproporzionato per

¹ “Un'autorità può essere considerata idonea a trattare il caso se risultano soddisfatte le tre seguenti condizioni cumulative:

- 1) L'accordo/la pratica produce gravi effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nel suo territorio oppure è in atto o ha origine nel suo territorio;
- 2) *l'autorità è in grado di far cessare effettivamente l'infrazione nella sua integralità, ossia può ingiungere di desistere all'infrazione, e tale ingiunzione di desistenza ha efficacia sufficiente a farla cessare, e la medesima autorità può, se opportuno, sanzionare adeguatamente l'infrazione;*
- 3) *l'autorità può, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, raccogliere gli elementi probatori necessari per constatare l'infrazione”* (sottolineato da noi).

l'Autorità calcolare l'importo di base della sanzione sulla base delle vendite dei prodotti rilevanti nell'intera area geografica interessata dalla condotta illecita, atteso che anche le altre ANC che si occupano in parallelo dello stesso caso hanno il potere sanzionare la stesse imprese per la partecipazione alla medesima condotta, in ipotesi calcolando anch'esse l'ammontare dell'ammenda a partire dalle vendite dell'impresa nell'intera area geografica interessata. Si aggiunga che, peraltro, la Bozza non prevede neanche l'obbligo dell'Autorità di tenere conto, nella quantificazione dell'ammenda che essa irroga *ex art.* 15(1) della Legge, delle sanzioni applicate all'impresa per la stessa condotta da altre ANC che abbiano trattato il caso in parallelo.

Non a caso, le autorità di concorrenza di altri importanti paesi, quali Francia, Germania e Regno Unito, fanno piena applicazione del principio di territorialità tenendo conto soltanto del valore delle vendite nel proprio paese o, quantomeno, subordinando la possibilità di tener conto anche del valore delle vendite in altri Stati Membri all'espresso consenso dell'autorità del territorio interessato².

Alla luce delle osservazioni precedenti, e in analogia con il § 18 degli Orientamenti, si suggerisce rispettosamente di modificare come segue l'ultimo periodo del § 8 della Bozza, nonché di aggiungere il capoverso successivo:

Per questa ragione, l'Autorità ritiene che le sanzioni applicabili agli illeciti antitrust debbano essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato italiano nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione (di seguito, valore delle vendite).

Qualora l'estensione geografica di un'infrazione superi il territorio italiano e le vendite interessate realizzate dall'impresa all'interno del medesimo non riflettano adeguatamente il peso di ciascuna impresa nell'infrazione, l'Autorità – al fine di riflettere nell'importo di base sia la dimensione aggregata delle vendite interessate nel mercato nazionale sia il peso relativo di ciascuna impresa nell'infrazione – si riserva il potere di determinare l'importo di base stimando il valore totale delle vendite dei beni o servizi ai quali l'infrazione si riferisce nell'area geografica interessata (più ampia del territorio italiano), determinando la quota delle vendite di

² In Francia le Linee guida per il calcolo delle ammende del 16 maggio 2011 stabiliscono al § 34: “*Les ventes en cause sont toutes celles réalisées en France*”; e al § 39 che, qualora l'infrazione consista in un'intesa di astenersi dal vendere in Francia, l'*Autorité de la concurrence* può tener conto delle vendite realizzate altrove nello SEE. In Germania il *Bundeskartellamt* prende in considerazione soltanto il valore nazionale delle vendite (Linee guida per il calcolo delle ammende del 25 giugno 2013, § 11), mentre nel Regno Unito la *Competition and Markets Authority* (la “CMA”) nei casi d'infrazione di cui all'articolo 101 e /o 102 TFUE può tener conto degli effetti in un altro Stato membro. In questo caso, se il mercato geografico rilevante è più ampio rispetto al Regno Unito, e se lo Stato membro in questione o la sua autorità nazionale di concorrenza fornisce il suo espresso consenso, la CMA può prendere in considerazione il fatturato generato in un altro Stato membro (Linee Guida dell'*Office of Fair Trading* (l'“OFT”) per il calcolo delle ammende del settembre 2012 (OFT423), formalmente adottate dal *CMA Board*, § 2.10).

ciascun'impresa che ha partecipato all'infrazione su tale mercato e applicando tale quota alle vendite aggregate realizzate da queste stesse imprese all'interno del mercato italiano.

B. Obbligo di prendere in considerazione eventuali sanzioni inflitte dalla Commissione, da un giudice o da altra ANC per la medesima violazione dell'art. 101 e/o 102 TFUE (non contemplato dalla Bozza)

Le osservazioni di cui al punto precedente – concernenti la mancata previsione nella Bozza dell'obbligo per l'Autorità di prendere in considerazione ai fini della quantificazione dell'ammenda, in ossequio a un'esigenza generale di equità³, eventuali sanzioni inflitte dalla Commissione, da un giudice (ove previsto dall'ordinamento nazionale) o da altra ANC per la medesima violazione dell'art. 101 e/o 102 TFUE – suggeriscono anche il commento seguente. Il principio del *ne bis in idem* impone, sempre che le procedure parallele dalle quali discende la pluralità di sanzioni perseguano la medesima finalità di preservare il regime di concorrenza non falsata all'interno del mercato UE e (ove applicabile) dello SEE, di colmare la lacuna qui evidenziata al fine di garantire che un'impresa non sarà penalizzata nuovamente in Italia per la stessa condotta illecita e gli stessi effetti anticoncorrenziali, con il risultato di un complessivo trattamento sanzionatorio eccessivamente severo e privo di proporzione con la durata e la gravità della violazione⁴.

Invitiamo pertanto l'Autorità a inserire nella Bozza una nuova previsione *ad hoc*, che potrebbe essere formulata nei termini seguenti:

Qualora per la medesima violazione dell'art. 101 e/o 102 TFUE sia già stata inflitta una sanzione pecuniaria dalla Commissione europea o da un giudice o da altra ANC, l'Autorità ne terrà conto nel determinare l'importo della sanzione per la condotta da essa constatata.

³ Com'è noto, il Giudice UE impone alla Commissione, in virtù del principio generale d'equità, di “*tener conto delle sanzioni già irrogate all'impresa per lo stesso fatto, qualora si tratti di sanzioni inflitte per violazione del diritto delle intese di uno Stato membro e, di conseguenza, per fatti avvenuti nel territorio comunitario*” (sent. 14 dicembre 1972, causa 7-72, *Boehringer Mannheim*, Racc. p. 1281, § 3; v. anche, *ex multis*, sentt. 13 febbraio 1969, causa 14-68, *Walt Wilhelm e a.*, Racc. p. 1, § 11, e 6 aprile 1995, causa T-141/89, *Trefileurope/Commissione*, Racc. p. II-791, § 191).

⁴ Cfr., per il Regno Unito, *Competition Act 1998*, § 38(9): “*If a penalty or a fine has been imposed by the Commission, or by a court or other body in another Member State, in respect of an agreement or conduct, the Director, an appeal tribunal or the appropriate court must take that penalty or fine into account when setting the amount of a penalty under this Part in relation to that agreement or conduct*”; e le Linee guida dell'OFT *Enforcement* (OFT407, dicembre 2004), § 5.31: “*If a penalty or fine has already been imposed by the European Commission or by a court or other body in another Member State in respect of an agreement or conduct, the OFT must take that penalty or fine into account when setting the amount of any penalty in relation to that agreement or conduct. This is to ensure that where an anti-competitive agreement or conduct is subject to proceedings resulting in a penalty or fine in another Member State, an undertaking will not be penalised again in the United Kingdom for the same anticompetitive effects*”.

C. Collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici (§ 18)

La Bozza prevede che, nel caso di condotte collusive nell'ambito di una procedura di gara di appalto, l'Autorità prenderà in considerazione a titolo di valore delle vendite, per ciascun'impresa partecipante, gli importi ad essa aggiudicati nella procedura oggetto di decisione. Inoltre, alla luce “*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 interessato dall'infrazione nell'ultimo anno in cui essa si è realizzata, se del caso modulandolo in funzione della sua durata ai sensi dei §§ 15 e 16.

Concordiamo che le pratiche di *bid rigging* – sulle quali l'Autorità appare intenzionata a concentrare la propria attività futura di *enforcement*, trattandosi di un fenomeno insidioso e diffuso al quale si ricollegano pregiudizi economici d'importo assai significativo per l'intera economia nazionale – presentino problemi peculiari in sede di calcolo delle sanzioni che vanno imposte agli operatori partecipanti. In effetti, in caso di manipolazione collusiva di una procedura di gara, per il prezzo di vendita finale rileva anche la condotta dei non aggiudicatari che presentino offerte “di copertura” o si astengano dal presentarle. Pertanto, anche gli stessi dovrebbero essere poter essere sanzionati, cosa che il criterio adottato in via principale dalla Bozza (“*il valore delle vendite corrisponde, per ciascun'impresa partecipante, agli importi ad essa aggiudicati nella procedura oggetto di decisione*”) non consente di fare, quanto meno nel caso di pratiche restrittive di carattere istantaneo, concernenti uno o più procedure di gara puntuali e non costituenti una singola infrazione complessa e continua⁵.

D'altra parte, il criterio alternativo elaborato dall'Autorità, consistente nell'estendere il valore delle vendite all'intero fatturato nazionale realizzato per vendite dei beni o servizi oggetto della gara, può anche, in astratto, attagliarsi in maniera adeguata alla specificità della fattispecie solo in circostanze eccezionali⁶. Tuttavia, la sua applicazione generalizzata è

⁵ Il criterio in questione è stato invece correttamente applicato, per es., nel caso I731 – *Gare Assicurative ASL e Aziende Ospedaliere Campane*, provv. 28 settembre 2011, n. 22838, Boll. 39/2011 (imposizione di sanzioni a quattro imprese di assicurazione per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto la ripartizione di alcune procedure di affidamento di servizi assicurativi, indette da ASL e aziende ospedaliere campane. In particolare, la condotta si è concretizzata nell'uso strumentale e abusivo della co-assicurazione, al fine di eliminare qualsiasi concorrenza interna tra le imprese coinvolte, nonché attraverso pratiche di disdette e subentri poste in essere al fine di evitare che le aziende pubbliche ricorressero allo strumento della gara pubblica per assegnare i servizi in questione. Da ultimo, le imprese sanzionate avevano coordinato collusivamente la rispettiva partecipazione alle gare ripartendo tra loro i lotti oggetto delle stesse).

⁶ V. caso I666 – *Gare per la fornitura di dispositivi per stomia*, provv. 3 agosto 2007, n. 17135, Boll. 30/2007 (imposizione di sanzioni a quattro imprese per aver posto in essere condotte illecite volte ad alterare il risultato delle gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara. Tale modalità innovativa di gara consisteva nell'aggiudicare le forniture a un'unica impresa che fosse in grado di soddisfare gli *standard* qualitativi di prodotto stabiliti dall'Azienda sanitaria e aveva come obiettivo l'ottenimento di un risparmio di spesa pubblica tramite il confronto concorrenziale sul prezzo. La gara a fornitore unico sostituiva la precedente procedura di *ammissione di tutti i listini*, ovvero la prassi della ASL di acquistare tramite trattativa diretta tutti i prodotti commercializzati dalle principali imprese attive nel settore. In tale ultimo contesto, il vincolo competitivo per le

suscettibile di avere per risultato l'imposizione di ammende d'importo spropositato ogniqualvolta l'impresa realizza la massima parte del proprio fatturato con modalità diverse dalla partecipazione a gare pubbliche, oppure si trovi implicata in una condotta di *bid rigging* solamente in casi isolati.

Alla luce delle osservazioni che precedono, suggeriamo rispettosamente all'Autorità di riconsiderare l'opportunità dei criteri formulati nel § 18 della Bozza. Una possibile soluzione potrebbe essere ispirata alla posizione adottata sul punto dalle citate Linee guida dell'*Autorité de la concurrence* francese (§§ 67 e 68), che propone una metodologia *ad hoc*, diversa da quella generale di cui ai §§ 7-17 della Bozza. L'intero fatturato nazionale realizzato dall'impresa con le vendite dei prodotti oggetto della gara nell'esercizio in cui questa ha avuto luogo non sarebbe assunto quale "valore delle vendite", ma ad esso si applicherebbe un coefficiente stabilito in funzione della gravità dei fatti e del pregiudizio alla concorrenza (di tale coefficiente l'Autorità dovrebbe, a nostro avviso, fissare i valori massimo e minimo, a differenza di quanto ha fatto l'*Autorité de la concurrence*). Il valore risultante costituirebbe l'importo di base della sanzione.

II. Adeguamenti dell'importo base: circostanze aggravanti e circostanze attenuanti

A. Limiti all'incidenza individuale e/o complessiva delle circostanze (§ 20)

Nel § 20 della Bozza l'Autorità istituisce un vincolo alla propria discrezionalità nel procedere alla valutazione e quantificazione di eventuali circostanze aggravanti e/o attenuanti, anche in riferimento al caso del concorso di una pluralità di circostanze. "Di regola", essa attribuirà a ciascuna delle circostanze rilevanti un'incidenza tale da comportare un aumento o una riduzione dell'importo di base pari al massimo al 15%, mentre l'incidenza complessiva attribuita alle circostanze concorrenti comporterà un aumento o una riduzione totale dell'importo di base pari al massimo al 50%.

Apprezziamo lo scrupolo di trasparenza e l'esigenza di conformare il calcolo delle sanzioni al principio di non discriminazione, che riteniamo abbiano ispirato la previsione in questione. D'altra parte, altrettanto importante appare che la Commissione mantenga il potere

imprese fornitrici era assai ridotto e solo in parte idoneo a limitare la loro capacità di ottenere un prezzo elevato. L'intesa si era concretizzata, in particolare, nella concertata scelta di non partecipare alle due gare a fornitore unico indette dalla ASL di Ferrara nel 2003 e 2004. Tale pratica aveva indotto la stazione appaltante ad abbandonare la scelta di indire gare a fornitore unico. Negli anni successivi, infatti, la ASL di Ferrara era tornata a utilizzare la procedura di ammissione di tutti i listini. L'astensione concertata alle gare aveva quindi scoraggiato il ricorso a meccanismi di acquisto, come quello delle gare a fornitore unico, idonei a favorire la concorrenza di prezzo. Dal momento che le procedure indette dalla ASL di Ferrara erano state le prime gare a fornitore unico di dimensioni significative destinate sia al consumo ospedaliero che post-ospedaliero, per l'Autorità l'intesa aveva avuto "una portata più generale, consistente nello scoraggiare – nell'intero ambito nazionale – l'utilizzo di procedure di gare a fornitore unico per la distribuzione post-ospedaliera, segnalando non solo alla USL di Ferrara, ma anche alle altre strutture sanitarie sul territorio nazionale, la sostanziale 'impraticabilità' di tale modalità d'acquisto" (§ 139). In altre parole, il cartello, pur avendo come oggetto diretto le sole gare indette in quel frangente dalla ASL di Ferrara, aveva un potenziale dissuasivo molto più ampio, coincidente con le future gare che si sarebbero potute svolgere in Italia).

di esercitare in maniera flessibile la propria competenza in casi appropriati per tenere conto di eventuali circostanze specifiche.

Pertanto, per evitare che i tetti, orientativi ma derogabili (“di regola”), fissati nel § 20 siano oggetto di un’applicazione meccanica e finiscano in via di prassi per diventare dei limiti insuperabili, il secondo periodo del testo della previsione in questione potrebbe essere modificato nei termini seguenti:

... In presenza di più circostanze concorrenti, l’Autorità procederà ad una loro valutazione e quantificazione complessiva. Di regola, l’incidenza di ciascuna delle circostanze considerate dall’Autorità ai sensi dei paragrafi che seguono non sarà superiore/inferiore al 15% dell’importo di base, fino a una percentuale complessiva pari a, più o meno, il 50% dell’importo di base, fermo restando il potere dell’Autorità – in casi appropriati e per tenere conto delle peculiarità della fattispecie – di valorizzare l’incidenza individuale e/o complessiva delle circostanze delle quali essa decida di tenere conto anche in misura superiore ai valori suindicati.

B. Essere impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale (§ 21)

Non si condivide la scelta dell’Autorità di inserire tra le circostanze aggravanti quella di “essere impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale e ha la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza”, che appare mutuata dal § 46 delle citate Linee guida dell’*Autorité de la concurrence* francese⁷. Si ricordi, a tale riguardo, che ex art. 106(2) TFUE le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (“SIEG”) sono imprese cui è stata affidata una specifica missione di servizio pubblico, che implica la prestazione, ai cittadini o nell’interesse dell’intera società, di servizi che l’impresa, ove considerasse esclusivamente il proprio interesse commerciale, non si assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura o alle stesse condizioni. Applicando il criterio dell’interesse generale, gli Stati membri o l’UE possono collegare obblighi specifici a tali servizi.

Premesso quanto precede, la ragione della nostra perplessità è che il § 21 della Bozza pone in capo alle imprese che esercitano questo tipo di servizi una forma di “responsabilità oggettiva” (*rectius*, di aggravamento oggettivo della responsabilità) senza alcuna giustificazione (la Relazione non ne menziona alcuna). In effetti – anche a tacere dell’assoluta vaghezza del criterio dell’“avere la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza” – l’impresa incaricata di un SIEG è penalizzata in misura maggiore senza che essa abbia posto in essere alcun comportamento concreto al quale l’ordinamento ricollegli un giudizio di disvalore, a differenza che per le altre circostanze aggravanti contemplate a titolo

⁷ “l’entreprise ou l’organisme jouit d’une capacité d’influence ou d’une autorité morale particulières, notamment parce qu’il est chargé d’une mission de service public”.

esemplificativo⁸. La disposizione non richiede infatti la dimostrazione da parte dell’Autorità che l’impresa in questione abbia in concreto esercitato sul mercato la sua asserita capacità di influenzare le condizioni di concorrenza, essendo semplicemente sufficiente che fosse in grado di farlo in astratto.

Alla luce del carattere controverso dell’aggravante in questione, si suggerisce rispettosamente alla Spett.le Autorità di rimuoverla dall’elenco esemplificativo contenuto al § 21 della Bozza.

C. Aumento dell’importo di base fino al 100% in caso di recidiva (§ 22)

Concordiamo con la previsione del limite quinquennale alla rilevanza delle infrazioni precedentemente accertate (“*nei cinque anni precedenti l’inizio dell’infrazione oggetto di istruttoria*”). Si evita in questo modo che la valutazione del tempo trascorso dall’accertamento della violazione precedente sia rimessa alla discrezionalità dell’Autorità caso per caso, a discapito della trasparenza e della certezza del diritto.

D. Le circostanze attenuanti (§ 23)

A norma del § 23 della Bozza, l’Autorità potrà ricompensare a titolo di circostanza attenuante, con una riduzione dell’importo base della sanzione, il fatto che l’impresa responsabile abbia, prima dell’adozione della decisionale finale, previsto e attuato spontaneamente misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati. Tale previsione è stata probabilmente ispirata dalla (o è comunque coerente con la) direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE 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 art. 18(4) (nel testo provvisorio adottato dal Parlamento il 17 aprile 2014 e trasmesso al Consiglio per l’approvazione finale) dispone: “*A competition authority may consider that compensation paid as a result of a consensual settlement and prior to its decision imposing a fine to be a mitigating factor in the setting thereof*”.

A fini di coerenza espositiva, e anche al fine di chiarire che la misura risarcitoria a favore dei soggetti danneggiati può dar luogo al trattamento premiale solo se pienamente accettata dai medesimi con conseguente definitiva soddisfazione delle loro pretese, il § 23, primo trattino, potrebbe essere riformulato nei termini seguenti:

- *l’aver adottato tempestivamente iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all’infrazione e/o prevedendo e attuando spontaneamente misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall’illecito nel quadro di una composizione*

⁸ Vale a dire, “*l’aver svolto un ruolo decisivo nella promozione, organizzazione o monitoraggio di una infrazione plurisoggettiva, indotto o costretto, anche con misure di ritorsione, altre imprese a parteciparvi e/o a proseguire nella stessa; [e/o] tenere condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l’attività istruttoria dell’Autorità*”.

consensuale della controversia riguardante la richiesta interessata dall'azione per il risarcimento del danno causato dalla detta violazione".

E. "Amnesty Plus" (§ 24)

L'iniziativa dell'Autorità di dotarsi di uno strumento analogo a quello c.d. di "Amnesty Plus", adottato per la prima volta dall'*U.S. Department of Justice* nel 1999 e successivamente da altre autorità di concorrenza quale l'OFT. Tale strumento, ormai comunemente ritenuto un'arma tra le più efficaci nella lotta contro i cartelli segreti, potrebbe in effetti rivitalizzare il programma di clemenza italiano, sul cui limitato successo dopo sette anni dalla sua introduzione sembra esserci concordanza di opinioni.

Sorprende, tuttavia, la valutazione dell'Autorità di inserire nella Bozza una disposizione che, per ragioni sistematiche e di coerenza complessiva della sua *leniency policy*, dovrebbe invece essere integrata nella sua Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990 n. 287.

F. Altri adeguamenti dell'importo base a garanzia della proporzionalità e dell'effettiva deterrenza (§§ 25 e 26)

La scelta dell'Autorità di riservarsi di aumentare la sanzione per motivi di deterrenza – a carico dell'impresa che abbia realizzato un fatturato particolarmente elevato o appartenga a un gruppo di significative dimensioni, o ancora in considerazione dell'importo degli utili illeciti realizzati dall'impresa responsabile – non meriterebbe di per sé particolari commenti. La Commissione dispone di analogo potere in virtù degli §§ 30 e 31 degli Orientamenti.

Tuttavia, in realtà tra le previsioni degli Orientamenti e della Bozza concernenti l'aumento specifico allo scopo di garantire l'effetto dissuasivo sussiste una differenza estremamente significativa. L'aumento contemplato dalla Bozza, infatti, riguarda l'*importo base* della sanzione, e non l'ammontare finale dell'ammenda (determinata sulla base dell'importo base e delle eventuali circostanze attenuanti o aggravanti), come nel caso degli Orientamenti.

Ebbene, la scelta della Commissione appare condivisibile poiché le consente di valutare l'opportunità di un nuovo aumento dell'ammenda per motivi di deterrenza solo dopo che sono state considerate tutte le altre circostanze che possono condurre a un aumento o incremento della stessa sanzione. Si tratta di un approccio logico e razionale che conduce l'autorità di concorrenza a calibrare di volta in volta l'esigenza dell'aumento a fini dissuasivi solo dopo che si è delineata più chiaramente l'entità finale della sanzione in questione. Si ritiene invece che i §§ 25 e 26 della Bozza non consentano di assicurare la necessaria proporzionalità che deve sussistere tra lo scopo dissuasivo e l'effettiva sanzione comminata.

Alla luce delle osservazioni precedenti, si suggerisce rispettosamente all'Autorità di modificare i citati §§ 25 e 26, nonché il titolo della sezione IV della Bozza, sostituendo i riferimenti all'"importo base della sanzione" con altrettanti riferimenti alla "sanzione".

G. Concorso formale di più illeciti (§ 27)

Condividiamo la scelta dell’Autorità di inserire nelle Linee Guida la previsione del divieto del cumulo materiale delle sanzioni in caso di concorso formale di più illeciti. Tuttavia, sarebbe opportuno che la Spett.le Autorità provvedesse anche a chiarire che nelle ipotesi di applicazione dell’art. 8 della legge n. 689/81⁹, occorre procedere al c.d. cumulo giuridico facendo riferimento alla sanzione in concreto irrogata dall’Autorità per la violazione più grave accertata nella specie, anziché dalla sanzione massima “prevista” a livello edittale e astrattamente irrogabile. In effetti, atteso che per la violazione delle regole di concorrenza contenute nell’ordinamento italiano e in quello UE non sono previsti massimi edittali, fatta salva la soglia legale massima del 10% del fatturato totale realizzato nel corso dell’esercizio sociale precedente – stabilita dall’art. 23(2) del regolamento (CE) n. 1/2003 e dall’art. 15(1) della Legge –, in mancanza della specificazione in questione il riferimento alla sanzione prevista per la violazione più grave svuoterebbe di significato agli effetti pratici l’art. 8 della legge n. 689/81, che mira ad evitare sanzioni eccessive in caso di concorso di illeciti realizzati con la medesima condotta.

Suggeriamo, pertanto, rispettosamente all’Autorità di riformulare il § 27 della Bozza nei termini seguenti:

*Nei casi in cui una medesima condotta risulta in violazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 101 e 102 TFUE ovvero nei casi di più violazioni della medesima disposizione **all’impresa responsabile** si applica la sanzione **irrogata nella specie dall’Autorità** per la violazione più grave **da essa accertata con la stessa decisione**, aumentata sino al triplo, sulla base di quanto previsto dall’articolo 8 della legge n. 689/81.*

H. Capacità contributiva (§ 30)

Con riguardo alla potere dell’Autorità di ridurre la sanzione per tener conto dell’effettiva limitata capacità contributiva dell’impresa responsabile di una condotta illecita, non convince la previsione del § 30 della Bozza, secondo cui l’istanza dell’impresa interessata dovrebbe essere “*avanzata entro il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori*”. È appena il caso di ricordare che, secondo la prassi decisionale della Commissione (vedi anche Orientamenti, § 35), una richiesta di riduzione della sanzione a tale titolo può essere presentata sia prima sia dopo l’adozione della decisione di chiusura della procedura istruttoria, riflettendo comunque la necessità di tener conto della situazione economica e finanziaria dell’impresa responsabile nel momento in cui essa è effettivamente tenuta a eseguire il pagamento.

⁹ Il citato art. 8 recita: “*Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un’azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo*”.

La proposta dell’Autorità, anzitutto, impone senz’alcuna ragione un eccessivo onere all’impresa coinvolta in un procedimento istruttorio, e quindi già impegnata nell’esercizio dei diritti di difesa mediante l’elaborazione delle difese tecniche, con l’assistenza dei suoi consulenti legali ed economici, qualora essa intenda richiedere l’ammissione al beneficio di un trattamento sanzionatorio che tenga conto della sua limitata capacità contributiva. Tale impresa sarà infatti tenuta a formulare la richiesta, e soprattutto raccogliere tutta la (spesso voluminosa) documentazione a supporto della stessa, prima ancora di avere la certezza di essere destinataria di una decisione che accerta l’infrazione e le impone una sanzione. Ma, quel che più conta, la comunicazione delle risultanze istruttorie non contiene la quantificazione precisa (neanche in forma di *range* tra un valore massimo e uno minimo) dell’ammenda da imporre all’impresa in caso di chiusura dell’istruttoria con un accertamento di violazione – e anzi si limita a un’enunciazione astratta dei criteri rilevanti, sulla base della quale non è possibile stimare neanche in via approssimativa l’importo dell’eventuale sanzione finale.

Ne consegue che, anteriormente alla chiusura della fase di acquisizione degli elementi istruttori, l’impresa interessata non è neanche in condizione di poter affermare che l’imposizione della sanzione finale “*ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, determinandone l’effettiva (e non solo la probabile) uscita dal mercato*”, come richiesto dal § 30. Sotto questo profilo, la Bozza fa riferimento all’“*imposizione di una sanzione determinata secondo quanto delineato nelle presenti Linee Guida*”; è evidente, tuttavia, che non si può condizionare il diritto dell’impresa interessata a fare valere la propria incapacità contributiva all’esito di un calcolo complesso e di natura ampiamente discrezionale, che comportando l’applicazione di una pluralità di criteri e variabili in applicazione delle Linee guida può condurre a risultati divergenti, anche in ampia misura.

A nostro avviso, pertanto, l’Autorità dovrebbe dichiarare la propria disponibilità a tener conto delle serie difficoltà finanziarie ed economiche di una società anche qualora tale situazione si verifichi o venga sottoposta alla sua attenzione dopo la chiusura della fase istruttoria, e addirittura anche successivamente alla scadenza del termine di pagamento della sanzione e anche qualora sia proposto ricorso giurisdizionale di legittimità contro la decisione che infligge l’ammenda.

Alla luce delle osservazioni precedenti, si suggerisce rispettosamente all’Autorità di modificare il secondo periodo del § 30 della Bozza nei termini seguenti:

... Al riguardo, su motivata e circostanziata istanza di parte ~~avanzata entro il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori, di cui all’articolo 14, comma 2, del D.P.R. n. 217/98~~, l’Autorità può ridurre la sanzione per tener conto dell’effettiva limitata capacità contributiva della stessa. ...

Rimaniamo a disposizione per qualsiasi chiarimento relativo a quanto precede e porgiamo distinti saluti.

CLEARY GOTTlieb STEEN & HAMILTON