

**RISPOSTA ALLA CONSULTAZIONE**  
**DELLA**  
**AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO**  
**SULLA PROPOSTA DI**  
***LINEE GUIDA SULLE MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEI CRITERI***  
***DI QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE***  
***PECUNIARIE IRROGATE DALL'AUTORITÀ***

**30 GIUGNO 2014**



**Freshfields Bruckhaus Deringer**

## 1. INTRODUZIONE

- 1.1 Freshfields Bruckhaus Deringer (**FBD**) concorda pienamente con l’iniziativa dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (l’**Autorità** o **AGCM**) di avviare un procedimento di pubblica consultazione in vista dell’adozione di *Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità* (le **Linee Guida**) (provvedimento n. 24893 del 13 maggio 2014) ed auspica che tali iniziative di condivisione preventiva con i terzi interessati delle prassi applicative delle norme a tutela della concorrenza possano continuare.
- 1.2 Le osservazioni di seguito formulate si basano sull’esperienza acquisita nell’assistenza alle imprese coinvolte in procedimenti avviati dall’Autorità e dalla Commissione Europea nonché sulla conoscenza delle discipline similari applicate nei principali ordinamenti europei ed in generale dei profili e delle criticità che hanno finora caratterizzato l’istituto nella casistica di codesta Autorità.
- 1.3 Le riflessioni esposte sono riconducibili esclusivamente al pensiero dei professionisti di FBD ed in alcun modo rappresentano l’opinione di alcuno dei clienti da noi assistiti.

## 2. OSSERVAZIONI GENERALI

- 2.1 Anzitutto, FBD concorda con la scelta generale, che emerge dalla lettura della bozza delle Linee Guida (la **Bozza**), di una complessiva coerenza dell’impianto della disciplina ivi contenuta con quella prevista negli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*<sup>1</sup> della Commissione europea (gli **Orientamenti**), come confermato, tra l’altro, dal costante riferimento agli Orientamenti operato nella Relazione di accompagnamento alle Linee Guida.
- 2.2 Al contempo, la Bozza presenta, su vari punti – come di seguito si cercherà di evidenziare nello specifico – soluzioni difformi da quelle degli Orientamenti. Nella prospettiva di una sempre maggiore e più consapevole armonizzazione delle normative *antitrust* nazionali in rapporto alla disciplina comunitaria<sup>2</sup>, si ritiene che siffatte divergenze, allorché previste, dovrebbero essere limitate ai casi in cui sia possibile individuare precise e motivate esigenze legate a

---

<sup>1</sup> (2006/C 210/02).

<sup>2</sup> Auspicata dallo stesso Presidente dell’AGCM: “*Antitrust is fundamentally European, with national peculiarities. I believe we need to push towards the harmonisation of national antitrust laws*” (An Interview with Giovanni Pitruzzella, GCR Volume 16, Issue 1, p. 7).

peculiarità oggettive del quadro normativo, giurisprudenziale e/o economico/competitivo nazionale ovvero a ragioni di un più raffinato contemperamento tra l'esigenza di una efficace azione di tutela della concorrenza ed una maggiore tutela dei diritti di difesa delle parti.

- 2.3 Infine, in termini generali, si esprime sin d'ora l'auspicio che nella versione finale delle Linee Guida si consegua, un maggiore grado di precisione, così da ridurre, per quanto possibile, i margini di incertezza e discrezionalità legati alla determinazione delle sanzioni, coerentemente con la ricerca di un “...grado più elevato di trasparenza e prevedibilità delle sanzioni applicabili agli illeciti concorrenziali...”<sup>3</sup>, i.e. probabilmente il principale degli obiettivi di questa iniziativa dell'Autorità. Ciò, s'intende, pur nella salvaguardia degli opportuni margini di flessibilità necessari ad un *enforcement* in grado di adattarsi efficacemente alle mutevole e variegate circostanze concrete delle fattispecie oggetto di indagine.
- 2.4 Di seguito, le osservazioni proposte da FBD in relazione alle singole, specifiche previsioni della Bozza.

### **3. OSSERVAZIONI IN MERITO A PREVISIONI SPECIFICHE**

#### **(i) *Riferimento a fatturati annuali alternativi nel caso in cui quello dell'ultimo anno non sia rappresentativo (par. 9)***

- 3.1 Con riguardo alla possibilità per l'AGCM di prendere a riferimento il valore delle vendite di un anno diverso dall'ultimo di partecipazione all'infrazione nel caso – *inter alia* – in cui questo non sia “*attendibile ovvero sufficientemente rappresentativo*”, si ritiene che tale concetto, in particolare, sia eccessivamente vago e generico (anche in considerazione della notevole rilevanza del criterio in esame nell'ambito della determinazione dell'importo base della sanzione). Si richiede, quindi, se possibile, di precisare le circostanze che consentano di deviare dalla regola ordinaria, in modo da evitare un eccesso di discrezionalità nella scelta dell'anno rilevante funzionale all'irrogazione di sanzioni ingiustificatamente alte. Da questo punto di vista, peraltro, deve considerarsi che la stessa regola dovrebbe valere allora, in modo simmetrico, per le situazioni in cui nell'ultimo anno di infrazione vi siano stati ricavi particolarmente elevati (ad es. per ragioni esogene ed eccezionali di crescita improvvisa del mercato, per l'introduzione di nuovi prodotti/servizi ovvero per qualsiasi altro motivo slegato dalla condotta anticompetitiva): anche in tali casi il valore delle vendite potrebbe non essere “*sufficientemente rappresentativo*” rispetto al periodo dell'infrazione.

---

<sup>3</sup> Bozza, par. 4.

3.2 Per ragioni analoghe, sarebbe altresì opportuno limitare la discrezionalità dell'AGCM anche rispetto al distinto profilo dell'anno rilevante per il calcolo del massimo edittale<sup>4</sup> del 10% del fatturato (ossia quello dell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, ai sensi dell'art. 15, comma 1, L. 287/1990). Invero, se la *ratio* della scelta del valore delle vendite (inevitabilmente caratterizzata da un livello di possibile approssimazione e semplificazione, trattandosi per l'appunto di una mera *proxy*) è funzionale alla "misurazione" della dimensione economica dell'impresa nel mercato interessato dall'infrazione, così da determinare la risposta sanzionatoria in modo proporzionale alla violazione *antitrust* commessa, nonché in maniera tale da esercitare (come ricordato nella stessa Bozza<sup>5</sup>) un effetto dissuasivo specifico nei confronti dell'impresa, la riduzione (anche significativa) del valore delle vendite nell'ultimo anno rilevante a causa, ad es., della vendita di *assets* che genera(va)no ricavi, non dovrebbero condurre a deviazioni dalla regola ordinaria. Tali mutamenti, infatti, si rifletteranno ovviamente nella dimensione economica rilevante dell'impresa e quindi nella capacità della sanzione di esercitare il sopra citato effetto dissuasivo nei suoi confronti (nonché, indirettamente, nei confronti degli altri operatori).

3.3 Gli unici eventi cui, in linea generale, potrebbe attribuirsi rilevanza per discostarsi dalla regola ordinaria, dovrebbero essere invece quelli posti in essere dall'impresa stessa in modo fraudolento (ad es. "svuotando" l'impresa attraverso cessioni) con l'obiettivo cioè di alterare deliberatamente ed a suo vantaggio i parametri da cui dipende l'entità dell'ammenda, influenzandone in modo artificioso, a ribasso, l'ammontare. In mancanza della dimostrazione di comportamenti fraudolenti o dolosi da parte dell'impresa, il riferimento ad un altro anno rischierebbe seriamente di portare ad una sanzione non proporzionata (i.e. eccessiva), oltre che non ben prevedibile. Inoltre – come già segnalato – potrebbe esservi il rischio di una illegittima discriminazione nei confronti, per ipotesi, di una impresa che, all'opposto, abbia visto il proprio fatturato aumentare significativamente nell'ultimo anno, per ragioni del tutto esogene rispetto alla condotta anticoncorrenziale (ad es. acquisto di *assets*).

**(ii) Previsione di una percentuale minima sul valore delle vendite applicabile di regola alle violazioni più gravi (par. 12)**

3.4 L'introduzione di tale regola non pare condivisibile, per diverse ragioni.

---

<sup>4</sup> Su cui v. anche *infra*, in relazione al par. 28 della Bozza.

<sup>5</sup> Par. 3. a).

- 3.5 *In primis*, essa risulta difforme dal diritto UE, non essendo in particolare contemplata negli Orientamenti, senza peraltro alcuna motivazione addotta a sostegno di tale divergenza nella Bozza o nella relativa Relazione di accompagnamento
- 3.6 In secondo luogo, essa rischia di ridurre eccessivamente (nonostante il margine apparentemente concesso dall'inciso “*di regola*”, peraltro evidentemente generico) la flessibilità necessaria nella valutazione delle fattispecie indicate per l'applicazione della percentuale minima. In realtà le fattispecie indicate costituiscono categorie molto ampie, comprensive (direttamente, o *lato sensu*) altresì di condotte con una significativa differenziazione in termini di gravità, benché *prima facie* (ovvero a livello tipologico) rientranti nelle categorie classiche di violazioni *hard-core*. In diversi casi, a titolo di esempio, condotte estrinsecantesi in patti di “*fissazione di prezzi*”, “*ripartizione dei mercati*” e “*limitazione della produzione*”, potrebbero non essere neppure riconducibili al *genus* delle restrizioni per oggetto, come da ultimo ricordato dalla Commissione europea<sup>6</sup>, in particolare ove essi siano parte di più ampi accordi di cooperazione fra imprese.
- 3.7 Infine, una simile soglia minima potrebbe in concreto risultare inadeguata ed eccessiva, più in generale, rispetto a restrizioni anticoncorrenziali non attuate ovvero prive di qualsivoglia effetto (sul punto v. anche *infra*, al par. seguente). D'altra parte, la stessa AGCM aveva a suo tempo giudicato con favore l'eliminazione (*ex art. 11, comma 4, L. 5 marzo 2001, n. 57*) dall'art. 15 della L. 287/1990 della soglia minima dell'1% per le ammende in caso di infrazioni *antitrust* gravi<sup>7</sup> e non si vede perché ora dovrebbe auspicare un irrigidimento non necessario della sua discrezionalità.
- (iii) Riferimento all'“impatto economico” tra i criteri per la qualificazione della gravità (par. 14)**
- 3.8 Con riguardo a tale previsione, sarebbe opportuno che le Linee Guida definissero questo elemento, coincidente con quello (più chiaro e tradizionale in ambito *antitrust*) degli “effetti” anticoncorrenziali, in termini più precisi, chiarendo altresì che siffatto impatto economico deve essere analiticamente ed empiricamente provato dall'Autorità per ritenerlo sussistente.
- 3.9 Al contempo, dovrebbe essere considerato espressamente che, in modo simmetrico, l'assenza di effetti anticoncorrenziali ovvero una loro minore

---

<sup>6</sup> V. *Commission Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, pubblicato il 25 giugno 2014, con molte esemplificazioni.

<sup>7</sup> In tal senso, v. pag. 32 s. della *Relazione sull'attività svolta nel 2000*.

incidenza (ovvero la mancanza della prova degli stessi) dovrebbe incidere sulla sanzione nel senso di un contenimento della sua entità in quanto la relativa infrazione si connoterebbe oggettivamente da un minor grado di gravità rispetto ad una infrazione attuata e produttiva di rilevanti effetti.

**(iv) Durata dell'infrazione (par. 15 s.)**

3.10 Si ritiene che la scelta di un orizzonte di 6 mesi quale unità temporale minima rilevante ai fini della determinazione della sanzione, anche se in linea con gli Orientamenti, possa rivelarsi non del tutto soddisfacente, in particolare in relazione alle infrazioni di breve durata, già peraltro coperte dalla previsione della *entry fee* (vedi *infra*).

3.11 É infatti ipotizzabile che da una lieve differenza nella durata della condotta anticompetitiva possano derivare differenze eccessive e non proporzionali nel trattamento sanzionatorio: si pensi al sottile discrimine tra una infrazione inferiore o superiore (anche se di pochissimi giorni) a 6 mesi, da cui può dipendere una duplicazione dell'importo base, oppure al di sopra o al di sotto di un anno di durata, con un possibile incremento del 50% della sanzione.

3.12 Alla luce di quanto precede, si raccomanda pertanto di considerare, perlomeno in relazione alle infrazioni di più breve durata (ad es. protrattesi per meno di 3 o 2 anni), l'adozione di un'unità di riferimento temporale più breve (ad es., 3 mesi, invece di 6, con correlata misurazione in percentuale della sua incidenza, ad es. 25% per una infrazione di 3 mesi rispetto ad una infrazione annuale), così da evitare possibili esiti irragionevoli e non proporzionali, come quelli appena sopra paventati, e commisurare la valutazione della durata dell'infrazione all'effettiva sussistenza della medesima.

3.13 Fra l'altro, proprio per le infrazioni brevi, una più precisa commisurazione dell'ammenda alla durata delle condotte anticompetitiva appare opportuna anche in ragione del fatto che un ruolo particolarmente significativo nell'assicurare l'efficacia deterrente delle sanzioni è assicurata in tali casi dalla c.d. *entry fee*. Ciò, in quanto quest'ultima ha evidentemente un peso maggiore in termini relativi nell'ambito delle sanzioni irrogate per infrazioni brevi, essendo indipendente dalla durata della violazione accertata.

**(v) Fissazione della soglia massima della entry fee al 30% (par. 17)**

3.14 La fissazione della soglia massima della c.d. *entry fee* nella misura del 30% appare non opportuna, sostanzialmente, sotto due profili.

- 3.15 Anzitutto, essa è difforme di quella prevista negli Orientamenti<sup>8</sup>, in cui è indicata come compresa in un *range* tra il 15% (come nella Bozza) ed il 25%. Nella Relazione di accompagnamento, peraltro, non viene fornita alcuna indicazione circa le ragioni di tale scelta, ed in particolare sulle caratteristiche obiettive del quadro normativo o concorrenziale italiano che giustificerebbero tale scelta, ovvero gli obiettivi di *policy* specifici perseguiti mediante di essa.
- 3.16 Si ritiene che esistano altri, e soprattutto più adeguati, criteri per ottenere risultati equivalenti ed efficaci in termini di maggiore severità o deterrenza (come, *in primis*, la scelta di una percentuale maggiore del valore delle vendite), senza il bisogno di spingere la *entry fee* oltre la soglia del 25%, già di per se oggettivamente rilevante.
- 3.17 La *entry fee* presenta invero un maggior livello di arbitrarietà, ed una minore trasparenza ed intellegibilità (anche nell’ottica della relativa tutela giurisdizionale) rispetto ad altre componenti della sanzione, quali l’importo base e le stesse circostanze aggravanti, più direttamente collegate al comportamento (in senso ampio) dell’impresa, e quindi maggiormente coerenti con il principio di personalità della pena (*ex art. 27 Cost.*). Quest’ultimo principio non può infatti essere ignorato nell’ambito delle ammende *antitrust*, anche in ragione della qualificazione di queste ultime come sanzioni penali da parte della Corte di Giustizia<sup>9</sup> della UE e della Corte europea dei diritti dell’Uomo<sup>10</sup>. Ad ulteriore conferma, si ricorda che una analoga qualificazione è stata operata dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Par. 25.

<sup>9</sup> A livello comunitario, il rispetto di principi di derivazione penalistica viene richiesto sia durante il procedimento amministrativo dinanzi la Commissione, sia in sede di comminazione di sanzioni (cfr. sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. Ag c. Commissione*, causa 85/76, in Racc., 1979, p. 461; sentenza della Corte del 9 novembre 1983, *Nv Nederlandsche Banden – Industrie – Michelin c. Commissione*, causa 322/81, in Racc. 1983, p. 3461).

<sup>10</sup> Secondo consolidata giurisprudenza, a partire dal 1976: v. *inter alia* sentenze del 21 febbraio 1984, caso 8544/79 - *Ozturk c. Germania*; 27 settembre 2011, caso 43509/08 *Menarini c. Italia* (in cui “alla luce di quanto precede e tenuto conto dell’elevato importo della sanzione pecuniaria inflitta, la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale”); 25 agosto 1985, *Lutz c. Germania*; 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*; 12 novembre 2001, *Fortum Oil e Gas Oy c. Finlandia*.

<sup>11</sup> Infatti, con la sentenza n. 196, 4 giugno 2010 la Corte Costituzionale ha chiarito che tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto, specificando che “...a ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981 n. 689 – ha stabilito che nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione...”. Cfr. anche Corte Cost. n. 104/2014.

(vi) ***Collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici (par. 18)***

- 3.18 Preliminarmente, si evidenziano alcune criticità legate alle modalità di scelta dell'ambito di applicazione delle regole previste nella Bozza per le procedure di gara.
- 3.19 Anzitutto, non pare giustificabile, oltre che di dubbia legittimità anche dal punto di vista costituzionale, una differenza di trattamento tra gare di appalto pubbliche e analoghe gare private. E' evidente, infatti, che le peculiarità che l'Autorità ha ravvisato nelle prime circa la corretta identificazione delle vendite di beni e servizi relative alla infrazione, sussistono in maniera identica anche rispetto a procedure private.
- 3.20 Inoltre, per ragioni del tutto analoghe dovrebbe essere chiarito, per evitare equivoci sul punto, che le stesse regole valgono senz'altro non solo per procedure di gare di appalto (strettamente intese) ma anche per quelle relative all'affidamento di concessioni. Più in generale, a ben vedere, dovrebbe valutarsi di estendere i criteri in commento a tutte le procedure competitive di selezione di un contraente, rispetto alle quali *mutatis mutandis* vi sono rischi di condotte di *bid-rigging* e sussistono simili difficoltà ai fini della determinazione dell'importo base.
- 3.21 Con riguardo al merito delle indicazioni contenute nella Bozza circa la determinazione delle "vendite rilevanti", si ritiene che le circostanze in cui è possibile far riferimento all'intero mercato (invece che solo all'oggetto dell'aggiudicazione) siano indicate in termini troppo generici ed ampi ("*...in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato...*"), in contrasto con le dichiarate finalità di certezza delle Linee Guida in esame.
- 3.22 In primo luogo, il riferimento alle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato dall'infrazione risulta in contraddizione con l'indicazione degli Orientamenti, i quali fanno espressamente riferimento al "*...valore delle vendite dei beni o servizi, ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata...*"<sup>12</sup>. E' chiaro che una condotta anticoncorrenziale relativa ad una sola gara "interessa" di regola solo i beni e servizi oggetto della stessa procedura, e non l'intero mercato rilevante relativo a quei beni e servizi. Per esempio, il criterio qui in rilievo rischierebbe di condurre a sanzioni irragionevolmente ed *ictu oculi* eccessive nei casi in cui la gara avesse ad oggetto la fornitura di tanti prodotti/servizi diversi appartenenti a molti mercati

---

<sup>12</sup> Par. 13.

rilevanti, con un moltiplicarsi delle “vendite rilevanti” in maniera del tutto scollegata rispetto all’infrazione contestata.

- 3.23 Inoltre, il riferimento al più ampio mercato rilevante dei beni/servizi non avrebbe senso in una prospettiva di deterrenza (specificata): se la sanzione, in una ottica costi-benefici, deve essere in qualche misura correlata ai profitti attesi dall’impresa attraverso la condotta anticompetitiva (sebbene non con rigidi meccanismi di computo), i profitti stessi rilevano nella misura in cui sono legati alle gare cui la concertazione illecita si riferisce; non hanno invece rilevanza, evidentemente, tutti gli altri ricavi (e profitti) genericamente connessi a quel mercato rilevante (che nulla a che vedere hanno con le gare oggetto dell’infrazione).
- 3.24 Si ritiene quindi che in casi di collusione in procedure competitive, dovrà aversi riguardo al valore dell’oggetto dell’aggiudicazione della gara interessata ovvero della pluralità di gare che rientrino nell’eventuale più ampio disegno anticoncorrenziale<sup>13</sup>. Coerentemente, l’intero mercato rilevante dei beni e servizi potrà essere preso a riferimento ai fini della determinazione dell’importo base solo qualora la strategia anticompetitiva riguardi non solo una o più gare ma, appunto, l’intero mercato.
- 3.25 Peraltro, si ritiene che la *entry fee* possa efficacemente essere utilizzata in contesti come quelli qui in esame, in cui eventualmente si intenda accrescere l’effetto di deterrenza di una sanzione irrogata per una condotta anticoncorrenziale legata ad una gara.

**(vii) *Disciplina delle circostanze attenuanti/aggravanti (par. 19 ss.)***

- 3.26 Nell’esprimere apprezzamento per la scelta di una disciplina per alcuni versi più analitica rispetto a quella degli Orientamenti, con riguardo alle circostanze attenuanti ed aggravanti appare anzitutto utile chiarire, per ridurre le difficoltà interpretative che potrebbero derivarne e a scanso di equivoci, come queste incidono sull’importo base della sanzione. In particolare, si chiede di confermare (o indicare altrimenti) che la disciplina contenuta nella Bozza prevede (par. 20): una riduzione minima del 15% in caso di riconoscimento di una singola circostanza attenuante; un incremento massimo del 15% in caso di riconoscimento di una singola circostanza aggravante; una riduzione massima fino al 50% in caso di concorso di più circostanze attenuanti (almeno quattro); un incremento massimo fino al 50% in caso di concorso di più circostanze aggravanti.

---

<sup>13</sup> Cfr. in senso analogo in giurisprudenza, da ultimo, Consiglio di Stato n. 3032/2014.

- 3.27 Con riguardo alla circostanza aggravante di c.d. *ring leadership* (par. 21, primo punto), si osserva che applicare questa previsione all'impresa che si limiti ad ospitare fisicamente/logisticamente le riunioni del cartello sarebbe ingiusto, posto che l'"organizzazione", così come la "promozione", del cartello, deve ravvisarsi solo nei confronti del soggetto che in modo più significativo e sostanziale ha contribuito alla ideazione, promozione e/o realizzazione dell'illecito, al di là di possibili mere contingenze (come il luogo dell'incontro) non decisive nella valutazione dell'entità dell'apporto all'illecito plurisoggettivo.
- 3.28 In maniera analoga a quanto osservato *supra* in relazione alle gare di appalto, si ritiene inoltre che la previsione di una circostanza aggravante a carico delle imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale (par. 21 della Bozza) sia non giustificabile, risultando discriminatoria nei confronti di tali operatori. Questi ultimi, infatti, condividono, con le altre imprese presenti nel mercato lo stesso statuto normativo, fondato in ultima istanza sui principi di concorrenza e di libertà di impresa (*ex art. 41 Cost.*). Invero, è proprio rispetto ai servizi di interesse economico generale che i principi e le norme sulla concorrenza possono talora – come noto – subire delle limitazioni (in conformità all'art. 106, comma 2, TFUE); ed infatti in tali ambiti spesso le incertezze sulla concreta applicazione della disciplina *antitrust* sono maggiori, posto che i (presunti) comportamenti restrittivi sono a volte imposti o agevolati o incentivati, in modi e misure diverse, proprio dalla regolamentazione pubblica dei servizi di interesse economico generale. Ciò ha portato codesta Autorità e la Commissione in alcuni casi a non sanzionare l'impresa (ovvero ad irrogare una ammenda simbolica o comunque di importo ridotto) pur a fronte dell'accertamento dell'infrazione; d'altra parte, tali incertezze e complesse interazioni tra regolazione pubblica e distorsioni competitive sono riconosciute nella stessa Bozza, allorché si prevede (in linea con gli Orientamenti) come circostanza attenuante “...l'esistenza di misure normative e/o di provvedimenti dell'autorità pubblica che favoriscano, facilitino o autorizzino l'infrazione...” (*sub par. 23*). Sicché un maggior rigore nei confronti dei soggetti incaricati della gestione di servizi di interesse economico generale, previsto in termini tanto generici e generali, pare, oltre che di dubbia legittimità, anche internamente contraddittorio dal punto di vista della deterrenza, della gravità e della proporzionalità delle sanzioni. Si ritiene, pertanto, che la circostanza aggravante in questione dovrebbe essere eliminata dalle Linee Guida.
- 3.29 In relazione alla disciplina della recidiva (*sub par. 22*), si esprime qui un apprezzamento per la scelta di un esplicito riconoscimento del termine di 5 anni di prescrizione, previsto dall'art. 8-*bis* della l. 689/1981. A tal proposito

si ritiene utile delineare con maggior chiarezza i confini e gli elementi che devono sussistere affinché si configuri una reiterazione di violazioni.

- 3.30 Anzitutto, alla luce del combinato disposto delle disposizioni dettate nella L. 689 e quanto statuito nelle Linee Guida in Bozza (nonché, in verità, dalla prassi comunitaria), sembrerebbe che, affinché si configuri la recidiva, la prima infrazione debba essere stata accertata con provvedimento “esecutivo” ma non necessariamente definitivo. Ciò solleva tuttavia delle criticità, ed in particolare un plausibile contrasto con taluni fondamentali principi di impronta garantista vigenti nel nostro ordinamento. È evidente infatti che l’operatore economico correrebbe il rischio di vedersi condannato a pagare l’importo corrispondente ad una fattispecie di recidiva, sulla base di un accertamento non definitivo e suscettibile di essere successivamente superato. Tale preoccupazione non era estranea al legislatore che ha introdotto il citato art. 8-*bis* (con il D.Lgs. n. 507/1999): infatti il comma 6 prevede che gli effetti conseguenti alla reiterazione possano essere sospesi fino a quando il provvedimento che accerta la violazione precedentemente commessa sia divenuto definitivo. Tale sospensiva nasce proprio al fine di ridurre il pregiudizio che il privato potrebbe subire a causa dell’applicazione della reiterazione sulla base di un provvedimento passibile di riforma.
- 3.31 Ebbene, si ritiene qui che assumere quale presupposto, per la configurazione della recidiva, la sussistenza di un provvedimento definitivo (e non solo esecutivo) di ‘condanna’ garantirebbe un livello maggiore di tutela per le imprese. Inoltre, e soprattutto, una siffatta scelta nelle Linee Guida assicurerebbe la coerenza del nostro sistema sanzionatorio *antitrust* con i principi fondamentali dell’ordinamento penale (nel quale, in ossequio al “pilastro” della presunzione di innocenza, vige la regola per cui si potrà avere recidiva solo a seguito di condanne divenute irrevocabili<sup>14</sup>) i cui *standard* di garanzie e difese a tutele dei soggetti “incriminati” – come sopra ricordato – dovrebbero trovare applicazione anche nel diritto della concorrenza.
- 3.32 In alternativa, nell’ipotesi in cui la soluzione sopra proposta non sia accolta, si suggerisce quantomeno di prevedere nelle Linee Guida che, nel caso di successivo annullamento della decisione che ha costituito il presupposto per la recidiva, l’importo aggiuntivo dell’ammenda determinato da quest’ultima, da

---

<sup>14</sup> Sul parallelismo tra sistema amministrativo e sistema penale, per quanto concerne la recidiva si veda Cass. civ. 8 agosto 2007, n. 17347, secondo cui “...in tema di sanzioni amministrative, l’istituto della reiterazione nell’illecito, previsto dall’art. 8 bis l. 24 novembre 1981 n. 689, introdotto dall’art. 94 d.lg. 30 dicembre 1999 n. 507, rappresenta il corrispondente in materia amministrativa di alcune forme della recidiva penale (specifica ed infraquinquennale, art. 99, comma 2, numeri 1 e 2, c.p.), fungendo da circostanza aggravante nei casi espressamente previsti dalla legge ...”.

indicarsi chiaramente nel provvedimento finale, non sarà più dovuto dall'impresa, ovvero le dovrà essere prontamente restituito.

- 3.33 In secondo luogo, si ritiene che le Linee Guida dovrebbero chiarire che ai fini della recidiva la condotta oggetto di sanzione deve aver avuto luogo successivamente all'accertamento della precedente infrazione (a causa della quale si applica appunto la recidiva). In altri termini, non è sufficiente che il precedente illecito *antitrust* sia stato compiuto prima della condotta ora sanzionata, e che sia stato già accertato quando viene sanzionata la successiva infrazione; è necessario che tale accertamento sia antecedente al fatto della successiva violazione *antitrust*<sup>15</sup>.
- 3.34 Si ritiene inoltre che dovrebbe essere chiarito, nelle Linee Guida, che ai fini dell'applicazione della recidiva il precedente accertamento *antitrust* deve aver riguardato non solo la stessa "impresa" ma la stessa "società" (intesa come medesima persona giuridica). Tale impostazione risulta conforme con la giurisprudenza della UE più accorta ed attenta ai profili di tutela dei diritti di difesa delle parti nelle indagini per violazione del diritto della concorrenza<sup>16</sup>. Inoltre, l'approccio appena indicato pare tanto più opportuno, anzi necessario, nel sistema di *enforcement antitrust* italiano, che – come ricordato anche *infra* – è concepito, dal punto di vista formale/giuridico, come procedimento amministrativo sanzionatorio avverso determinate persone giuridiche (e non, tecnicamente, nei confronti delle relative imprese/gruppi).
- 3.35 Uno sforzo chiarificatore dovrebbe altresì essere compiuto, se possibile, con riguardo al concetto di "stessa tipologia" di infrazione, ovvero di "infrazioni simili", alla cui reiterata commissione è subordinata l'applicazione della recidiva. A tal riguardo, potrebbe anzitutto chiarirsi nelle Linee Guida, ad esempio, che (anche a prescindere dall'eventuale identità dei mercati interessati o della contingente somiglianza fra i comportamenti contestati) violazioni di art. 101 e art. 102 TFEU (o delle equivalenti norme nazionali) non possono essere considerate simili o della stessa tipologia ai fini della

---

<sup>15</sup> Caso T-141/94 – *Thyssen Stahl c. Commissione*, par. 618. Cfr. anche la decisione del 17 dicembre 2002, COMP/37.366 *Speciality graphite*, par. 148, in relazione a condotte contemporanee, da non considerarsi come infrazioni reiterate.

<sup>16</sup> Cfr. T-144/07 – *ThyssenKrupp c. Commissione*, che ha annullato la parte della decisione della Commissione relativa all'incremento della sanzione del 50% a carico di un partecipante al cartello, in ragione del fatto che le società del gruppo coinvolte erano diverse da quelle responsabili delle precedenti infrazioni; e T-56/09 e T-73/09 – *Saint-Gobain Glass France SA ed altri c. Commissione*, in cui l'applicazione della recidiva è stata dichiarata illegittima in quanto avvenuta nei confronti della società madre (e di altre controllate), non coinvolta nell'infrazione precedente, e rispetto alla quale essa non aveva potuto esercitare compiutamente i propri diritti di difesa (non avendo fra l'altro ricevuto lo SO).

recidiva, coerentemente con la giurisprudenza comunitaria sul punto<sup>17</sup>; lo stesso potrebbe prevedersi con riguardo a restrizioni verticali e restrizioni orizzontali, nonché a restrizioni per oggetto e restrizioni per effetto nell'ambito dell'art. 101 TFEU/art. 2, legge n. 287/1990.

- 3.36 Appare condivisibile, invece, il riconoscimento esplicito della *compliance* come circostanza attenuante (par. 23 della Bozza). Al contempo, si segnala l'esigenza di una maggiore precisione e chiarezza per quanto riguarda la dimostrazione dell'“*effettivo e concreto impegno*” richiesto alle imprese nell'attuazione e rispetto del programma di *compliance*. Anzitutto, dovrebbe rendersi manifesto, ed al di là di ogni dubbio, che la relativa valutazione va rigorosamente fatta in una prospettiva *ex ante* (e non *ex post*: evitando il circolo vizioso rappresentato dal ragionamento che il fatto in sé dell'avvenuta infrazione costituisca in pratica un ostacolo insormontabile per ricorrere a tale circostanza attenuante).
- 3.37 Inoltre, la medesima circostanza attenuante dovrebbe essere altresì riconosciuta a favore sia di altre condotte che segnalino l'oggettiva discontinuità con il passato (ad es., sostituzione del *top management* coinvolto nelle condotte incriminate, presentazione ed implementazione spontanea di impegni che non si limitino a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali oggetto di indagine), e o all'introduzione di programmi di *compliance* strutturati, anche se poste in essere o attuate nel corso del procedimento (a titolo di “ravvedimento operoso”, coerentemente con diversi precedenti dell'Autorità)<sup>18</sup>.
- 3.38 Con riguardo, infine, alla c.d. *amnesty-plus* (par. 24), si esprime apprezzamento per la scelta di introdurre questo meccanismo nelle Linee Guida. Al contempo, per garantire una più efficace gradazione degli incentivi e dei premi connessi alle “confessioni” delle imprese, coerentemente con il meccanismo delle procedure “ordinarie” di clemenza, potrebbe valutarsi di riconoscere all'impresa che nel corso del procedimento “A” fornisca

---

<sup>17</sup> Casi T-66/01 – *ICI c. Commissione*; T-57/01 – *Solvay c. Commissione*.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda le possibili misure integranti la fattispecie di “ravvedimento operoso” adottate all'interno dello stesso procedimento, v. ad es. il caso I694 – *Listino prezzi della pasta*, provv. n. 19562 del 25 febbraio 2009, par. 327 in cui l'AGCM ha evidenziato che “ [...] le iniziative assunte da alcune delle parti in corso di istruttoria, risultano idonee ad attenuare le conseguenze dell'infrazione commessa, in quanto finalizzate a limitare l'incremento del prezzo di cessione della pasta, possono essere valutate quale circostanza attenuante nell'applicazione della sanzione”. Si veda anche I722 – *Logistica Internazionale*, provv. n. 22521 del 15 giugno 2011, par. 202 (“...nel corso della procedura ed in sede di audizione finale, alcune parti hanno presentato impegni [...] tali misure sono state attuate dalle parti a titolo di ravvedimento operoso, malgrado il rigetto degli impegni da parte dell'Autorità”). Cfr. anche analogamente il caso I733 – *Servizi di Agenzia Marittima*, provv. n. 23338 del 22 febbraio 2012, par. 157.

informazioni e documentazione relativi ad una infrazione diversa “B”, una riduzione di sanzione (inferiore a quella, sino al 50% dell’importo base, prevista nella Bozza) anche qualora le rivelazioni dell’impresa non gli consentano di ottenere l’immunità per la violazione “B” ma siano comunque idonee ad attribuirgli una riduzione (ad es. perché non è la prima a “confessare” quella infrazione ma comunque fornisce un “significativo valore aggiunto”).

**(viii) Concorso formale di più illeciti (par. 27)**

3.39 A tal riguardo, oltre ad esprimere una certa perplessità, complessivamente, circa l’adeguatezza ed opportunità della meccanica trasposizione della disciplina sul concorso formale di illeciti *ex art. 8 della L. n. 689/1981* nel campo *antitrust*, ci si limita qui alle brevi osservazioni e richieste di chiarimento che seguono.

3.40 In primo luogo, l’ipotesi di una contemporanea violazione degli artt. 101 e 102 mediante la stessa condotta, oltre ad essere in pratica piuttosto rara, non dovrebbe determinare un trattamento tanto severo come quello previsto nella Bozza (sanzione più alta, aumentata fino al triplo). L’applicazione di questo regime, di origine penale, nello scenario in questione pare infatti fuori luogo, posto che qui non v’è autentica pluri-offensività, *i.e.* pluralità dei beni giuridici lesi: il bene è solo uno e lo stesso, ossia la concorrenza; in altre parole, la pluralità sussiste solo sul piano della qualificazione giuridica. Si immagini per esempio un abuso di posizione dominante escludente attuato mediante una intesa verticale recante una esclusiva: è evidente che il carattere escludente della condotta abusiva, rilevante *ex art 102 TFUE/art. 3 L. n. 287/1990*, e dell’intesa, rilevante *ex art. 101 TFUE/art. 2 L. n. 287/1990*, è esattamente lo stesso, così come le vittime dirette (concorrenti) ed indirette (domanda a valle).

3.41 In secondo luogo, quanto all’ipotesi di una pluralità di violazioni della stessa disposizione, si richiede di confermare che anche questa previsione riguardi solamente il caso di una unica, medesima condotta (coerentemente con l’art. 8 della L. 689<sup>19</sup>, citato nella Bozza) e di fornire qualche ragguaglio ed esemplificazione in relazione al significato ed all’ambito di tale concetto. Inoltre, sarebbe opportuno chiarire come questa previsione interagisca con la prassi e casistica *antitrust* italiana ed europea relativa alle “*infrazioni uniche e continuate*” (ad es. se il regime indicato nella Bozza vale unicamente al di fuori di tali casi).

---

<sup>19</sup> Benché si faccia ivi riferimento, in verità, ad “...un’azione od omissione” e non ad una medesima “condotta” (come nella Bozza).

3.42 In ogni caso, rispetto ad entrambi gli scenari appena richiamati, andrebbe chiarito come il massimo edittale resti del 10% complessivamente (e non rispetto a ciascuna delle violazioni). Infine, si osserva come l'applicazione di tali regole (ed in particolare, delle soglie massime sanzionatorie ivi previste) dovrebbe prescindere dall'accertamento delle infrazioni nell'ambito di uno o più istruttorie, posto che le regole sostanziali sulle ammende non dovrebbero poter essere applicate diversamente (ovvero aggirate) in relazione a scelte o contingenze di natura procedimentale.

**(ix) Massimo edittale (par. 28)**

3.43 Con riguardo al massimo edittale, appare importante ed utile chiarire che il già citato *cap* del 10% si calcola rispetto alla società, *i.e.* persona giuridica, nei cui confronti è stata avviata l'istruttoria (e non rispetto al gruppo di appartenenza).

3.44 Ciò, oltre che maggiormente rispondente ad una logica di piena tutela del diritto di difesa e del contraddittorio (ove ad es. la società madre non sia coinvolta nel procedimento), appare del tutto in linea – come già menzionato – con la *ratio* e prassi delle indagini *antitrust* dell'AGCM, in cui è appunto centrale il concetto ed il ruolo della persona giuridica formalmente destinataria del provvedimento di avvio (come a sua volta dimostrato dalle decisioni formali di estensione soggettiva del procedimento, ove l'Autorità ritenga di rivolgere le proprie “accuse” anche ad altri soggetti).

3.45 Inoltre, quanto precede risulta coerente con l'approccio adottato nella stessa Bozza nella sezione relativa alla responsabilità solidale (par. 31), ove non a caso si parla di “società” (e non di imprese).

**(x) Sanzione di importo simbolico (par. 32)**

3.46 Infine, sempre allo scopo di aumentare il grado di trasparenza e prevedibilità delle decisioni dell'AGCM, sarebbe utile chiarire, nelle Linee Guida, quali siano o possano essere le “*circostanze specifiche*” al presentarsi delle quali (ovvero a fronte della prova delle quali da parte delle imprese) sarà irrogata una sanzione di importo simbolico. A tal riguardo, anche alla luce della casistica esistente in materia, le Linee Guida potrebbero far riferimento – *inter alia*, ed a titolo esemplificativo (*i.e.* senza che la lista di ipotesi previste abbia carattere tassativo) – alla sussistenza di misure normative, regolamentari e/o provvedimenti amministrativi che (di fatto o formalmente) impongano l'adozione di comportamenti restrittivi della concorrenza, nonché a situazioni peculiari legate alla novità della condotta accertata e/o all'oggettiva incertezza della relativa disciplina.

**Freshfields Bruckhaus Deringer**