



In House Competition Lawyers' Association – ICLA

Consultazione pubblica sulle Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità

ICLA Europe (In-House Competition Lawyers' Association) è un'associazione informale di esperti di diritto *antitrust* attiva a livello europeo e in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia in cui opera attraverso ICLA Italia. L'associazione si riunisce periodicamente per dibattere temi legati agli sviluppi del diritto *antitrust* e condividere le migliori pratiche di conformità a tale normativa. L'associazione al momento può contare sull'apporto di circa 234 associati provenienti da 14 paesi. L'associazione non rappresenta aziende, ma individui esperti in ambito *antitrust*. Il presente documento di risposta rappresenta il punto di vista di alcuni membri di ICLA Italia.

1. Premessa

ICLA Italia desidera esprimere il proprio apprezzamento per questa scelta dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") di volersi dotare di una "*best practice* comunemente condivisa e generalmente raccomandata in tutte le sedi internazionali". In particolare, apprezzabile risulta il dichiarato obiettivo dell'Autorità di ritenere necessaria l'adozione di uno strumento idoneo ad "assicurare trasparenza, prevedibilità e carattere obiettivo delle proprie decisioni".

L'esplicitazione della metodologia seguita per la quantificazione delle sanzioni, senza dubbio, incrementa la certezza giuridica e la prevedibilità delle decisioni dell'Autorità che comportano l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Ciò consente ai destinatari di valutare con maggiore precisione l'incidenza, relativamente all'ammontare della sanzione, delle proprie condotte di mercato oggetto di una decisione di accertamento dell'infrazione delle rilevanti previsioni di legge. Ne risulta una maggiore accettabilità della sanzione da parte dei destinatari, e una semplificazione del compito del giudice sollecitato (potremmo sostenere quasi sistematicamente) dalle imprese sanzionate ad effettuare "un rigido scrutinio di proporzionalità delle sanzioni irrogate" dalla competente autorità di concorrenza.

Oltremodo apprezzabile da parte della nostra associazione è, chiaramente, la scelta dell'Autorità di procedere ad una pubblica consultazione preventiva sulla bozza di Linee Guida, al fine di "prendere in considerazione le osservazioni dei soggetti interessati". Una regolamentazione condivisa consente una migliore applicazione delle norme. Il ricorso a tale strumento si è rivelato, nella maggior parte dei casi,

sempre positivo, in quanto capace di innescare processi virtuosi che hanno consentito alle parti interessate di contribuire sia a plasmare un quadro normativo in grado di funzionare, sia ad incrementare la cultura della concorrenza all'interno dell'industria in generale. A questo riguardo, ICLA desidera sottolineare il vivo apprezzamento anche verso l'iniziativa dell'Autorità volta rendere accessibili sul proprio sito *web* i contributi posti alla sua attenzione da tutte le parti direttamente interessate dalla consultazione. Sarebbe pertanto auspicabile che questa prassi venisse confermata anche in questa occasione. Così come, risulterebbe senza dubbio di grande utilità la pubblicazione anche della versione definitiva della Relazione di Accompagnamento delle Linee guida oggetto della presente consultazione.

Infine, la valutazione positiva – ai fini della mitigazione della sanzione – delle iniziative tese a sedimentare e migliorare, nel continuo, un'effettiva e concreta cultura di *compliance antitrust* a livello aziendale (cd. programmi di *compliance antitrust*), riconosce gli importanti sforzi che l'industria, a tutti i livelli, ha compiuto nella diffusione della cultura di *conformità in materia di concorrenza*, anche attraverso la predisposizione di strumenti di *governance* del rischio adeguati, robusti ed effettivi. Artefici di questi sforzi sono, tra gli altri, gli *in-house lawyers ed i compliance officers* i quali, quotidianamente, sono impegnati all'interno delle aziende in un'attività di consulenza specifica a livello trasversale, su *input* del vertice aziendale, promotore principale di tali iniziative. Tale valutazione positiva da parte dell'Autorità, inoltre, avrà l'effetto di promuovere ulteriormente gli investimenti in *compliance antitrust* rendendo le aziende ed i mercati più competitivi, ed i consumatori maggiormente tutelati.

Fermi restando i sinceri apprezzamenti per le modalità ed i contenuti di questa iniziativa dell'Autorità, ICLA ritiene tuttavia opportuno rappresentare, con estremo spirito costruttivo, una serie di aspetti che a valle della consultazione potrebbero essere ulteriormente affinati, e con essi l'utilizzo e applicabilità delle Linee Guida.

Dopo aver fornito una serie di spunti in relazione a temi di ordine generale, i nostri commenti seguiranno l'articolato della bozza di Linee Guida oggetto di consultazione. ICLA confida che i suggerimenti contenuti nel presente *paper* vengano tenuti in considerazione dall'Autorità.

2. Considerazioni su tematiche di ordine generale

ICLA Italia valuta positivamente la scelta dell'Autorità di fornire adeguata considerazione ai fini della predisposizione delle Linee Guida, agli Orientamenti per il calcolo delle ammende adottati dalla Commissione europea nel 2006 ("Orientamenti"). Questa scelta contribuisce senza dubbio ad incrementare il livello di armonizzazione a livello europeo del contesto normativo di riferimento in cui le aziende ed i gruppi industriali - soprattutto se multinazionali – operano. Al tempo stesso essa risulta condivisibile per diversi motivi. *In primis* ove si consideri che l'omogeneità delle norme sostanziali di diritto *antitrust* mal si concilia con una diversità di trattamento sanzionatorio irrogato per un medesimo illecito (a maggior ragione in un sistema di competenze parallele, non rigidamente ripartite tra le autorità partecipanti al *network* europeo della concorrenza). In secondo luogo, essa risulta coerente con le indicazioni formulate dalla giurisprudenza del giudice amministrativo nazionale che, in più di una occasione,

ha rappresentato la necessità che venga fornita un'adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria¹.

Peraltro, nell'attuale contesto volto a definire il contenuto della bozza delle Linee Guida, sicuramente potrebbe essere riconosciuta rilevanza al parallelo dibattito – già in corso da qualche anno a livello europeo – sul rafforzamento dei poteri di *private enforcement*. ICLA ritiene che una volta definito il quadro normativo europeo relativo ai diritti azionabili dalle singole imprese che hanno sofferto un danno derivante da un illecito *antitrust* accertato in sede di *public enforcement*, sarà inevitabilmente necessario considerare opportunamente al migliore modello da seguire per bilanciare il rapporto tra poteri pubblici e facoltà dei privati. Ciò al fine di evitare che – attraverso il combinato ricorso ai diversi strumenti di matrice pubblicistica e privatistica – si realizzino meccanismi sanzionatori non proporzionali alla gravità della violazione.

Circa il riferimento al fatturato totale realizzato a livello mondiale, all'interno della Premessa alle Linee Guida (punto 2), ICLA ritiene che codesta spettabile Autorità abbia inteso riferirsi esclusivamente al caso di applicazione decentrata degli articoli 101 e/o 102 TFUE, differenziandosi infatti a tal riguardo la legge 287/90 dalla normativa comunitaria. ICLA ritiene pertanto che la disposizione delle Linee Guida in materia dovrebbe chiaramente mantenere separati i fatturati di riferimento a seconda che l'Autorità irroghi una sanzione pecuniaria per infrazione alla sola normativa nazionale (parametrando la sanzione al fatturato nazionale dell'impresa) ovvero alla normativa europea (parametrando l'infrazione al fatturato totale dell'impresa).

3. Considerazioni su tematiche specifiche

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

II.1 Valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione

Relativamente al **punto 8** delle Linee Guida ICLA Italia ritiene che l'eventuale sanzione debba essere calcolata unicamente sul valore delle vendite "direttamente" oggetto dell'infrazione, intendendosi per tali le vendite registrate nel mercato rilevante (da punto di vista sia geografico sia del prodotto), ed escludendo – per contro – le vendite effettuate su altri mercati, ancorchè contigui a quelli oggetto dell'infrazione, sui quali non si siano riverberati gli effetti della condotta. Tale orientamento appare coerente non solo con gli Orientamenti della Commissione (con specifico riferimento al mercato geografico), ma anche con le recenti pronunce del TAR del Lazio e del Consiglio di Stato relative al procedimento A413 TNT Post / Poste Italiane (Tar del Lazio . 05769/2012, CdS N. 02302/2014)².

¹In linea con la giurisprudenza del giudice amministrativo codesta Autorità da tempo fa costante riferimento agli Orientamenti quali "criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell'AGCM in materia di qualificazione dell'infrazione e di commisurazione della sanzione" (cfr CdS – Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017).

²In particolare il TAR del Lazio (la cui decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato) ha sottolineato: "12.3. Osserva peraltro la ricorrente come l'Autorità abbia calcolato l'importo base della sanzione assumendo come parametro di riferimento un valore delle vendite, comprensivo del fatturato relativo non soltanto al PostaTime e ai servizi oggetto delle gare bandite dal Comune di Milano e da Equitalia, ma anche alla posta massiva, perché questi sarebbero gli ambiti di attività ove si sono realizzate le condotte contestate". Inoltre, "12.4. Orbene, non può il Collegio che convenire con la ricorrente, quando questa rileva che le condotte contestate sono state poste in essere sul mercato del recapito a data e ora certa, e dei servizi oggetto delle gare contestate, e non invece su quello della posta massiva, su cui non era in grado di produrre effetti, necessari, pur se in estratto, perché questo sia considerato nel calcolo della sanzione".

ICLA auspica pertanto che il riferimento alle valore delle vendite oggetto "indirettamente" dell'infrazione sia eliminato o quanto meno chiarito.

Sarebbe inoltre opportuno specificare che, nel caso di coinvolgimento di più società appartenenti al medesimo gruppo societario, le vendite "Infragruppo" non vengano considerate ai fini del calcolo della sanzione, al fine di evitare un ingiustificato incremento del fatturato rilevante. Le vendite tra entità appartenenti al medesimo gruppo societario, infatti, non sono in grado di generare alcun impatto o distorsione concorrenziale sul mercato poiché, per definizione, interne alla compagine societaria. Esse sono inoltre influenzate da dinamiche spesso peculiari e differenti rispetto alle transazioni con soggetti terzi e, pertanto, non costituiscono un'operazione commerciale in senso stretto. Appare quindi logico che esse non debbano essere incluse in sede di quantificazione di un'eventuale ammenda³.

Infine, sempre con riferimento al punto 8, al fine di allineare la previsione nazionale con quella comunitaria, ICLA ritiene utile integrare tale punto aggiungendo, dopo la parola "realizzate" le parole "nel mercato geografico rilevante".

II.3 Durata dell'infrazione

II.4 Importo supplementare (entry fee)

La previsione di cui al **punto 17**, introdotta per irrobustire l'effetto dissuasivo del meccanismo sanzionatorio relativo alle violazioni della normativa *antitrust* ritenute particolarmente gravi (*hardcore restrictions*), consentirebbe all'Autorità di incrementare l'importo base della sanzione aggiungendo un importo supplementare (c.d. "entry fee") compreso tra il 15% e il 30% del valore delle vendite di beni o servizi oggetto dell'infrazione.

Il meccanismo della *entry fee* qui previsto risulterebbe speculare a quanto previsto anche dagli Orientamenti⁴. Tale meccanismo peraltro, risulta aver generato un significativo aumento delle sanzioni quando è stato applicato dalla Commissione europea a livello comunitario, laddove a livello nazionale è risultato di utilizzazione estremamente ridotta. Ne deriva che l'introduzione di un simile principio anche a livello nazionale rischia di risultare eccessivo atteso che, in sede di determinazione dell'importo base della sanzione, il parametro della "gravità" della violazione già rappresenta un elemento di valutazione. Elemento che, peraltro, codesta Autorità ha già facoltà di prendere in considerazione (nella determinazione

³Lo stesso Consiglio di Stato, nel caso *Prodotti Disinfettanti*, ha chiarito che "ai fini della determinazione [...] della entità della sanzione conseguentemente irrogata, il fatturato realizzato da Nuova Farmec non può essere sommato a quello realizzato da Farmec [società appartenente al medesimo gruppo, cui Nuova Farmec vendeva il proprio prodotto], dal momento che, come si è detto, il fatturato di Nuova Farmec riguarda solo una vendita avvenuta all'interno del medesimo gruppo" (Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, del 29 febbraio 2008, n. 760, punto 8. Si noti peraltro come, in sede di rideterminazione della sanzione a seguito della sentenza di cui trattasi, l'Autorità abbia escluso ai fini del calcolo dell'ammenda le vendite infragruppo con riferimento non solo al gruppo Farmec, ma anche a tutte le altre imprese interessate. Cfr. decisione dell'Autorità, del 16 ottobre 2008, caso I639B, *Prodotti disinfettanti*, in Boll. 39/2008, punti 7 e 14). Sulla stessa linea, si guardi anche ad altre aree del diritto della concorrenza, ad esempio le concentrazioni, ove il fatturato infragruppo non è conteggiato ai fini del calcolo delle soglie di notifiche (cfr. Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, in GU, C 95 del 16 aprile 2008, p. 1 ss., punto 167 ss).

⁴Cfr. par. 25 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02).

delle circostanze aggravanti) anche alla luce di quanto previsto dall'art. 11 della legge n. 689/81 specificamente richiamata in base all'art. 31 della legge n. 287/1990.

Qualora, tuttavia, si ritenga necessario il mantenimento di questa previsione, ICLA Italia auspica che si possa prevedere – quanto meno – un allineamento alle percentuali previste dagli Orientamenti sul punto. Ovvero, prevedere un limite massimo ridotto al 25%.

Sotto un secondo profilo, sempre restando alla richiamata previsione di cui al punto 17 delle Linee Guida, ICLA desidera richiamare l'attenzione di codesta Autorità laddove è specificato che l'applicazione di una *entry fee* sarebbe ammissibile "indipendentemente" dalla loro effettiva attuazione di una restrizione grave della concorrenza. Con ciò quindi introducendo un principio che risulterebbe, per un verso, del tutto nuovo rispetto agli Orientamenti e, dall'altro, apparentemente in contrasto con la giurisprudenza del giudice amministrativo nazionale il quale, in più di una occasione, ha sottolineato la rilevanza, "per le conseguenti determinazioni ai fini sanzionatori", del concreto effetto anticoncorrenziale dell'illecito accertato⁵.

Sarebbe, quindi, auspicabile che l'Autorità prenda concretamente in considerazione l'ipotesi di una revisione di questa previsione che tenga conto, quanto meno, delle chiare indicazioni provenienti dalla giurisprudenza nazionale.

Infine, nell'ottica di allineare la previsione nazionale con quella comunitaria, ed in coerenza con l'auspicata precisazione esposta con riferimento al precedente punto 8, ICLA ritiene che sarebbe utile integrare la previsione aggiungendo, dopo le parole "oggetto dell'infrazione", la precisazione "così come definito nella precedente Sezione II.1".

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

La formulazione del paragrafo relativo ai concorsi di circostanze di cui al **punto 20** potrebbe essere chiarita ulteriormente per consentirne una interpretazione univoca. A tal riguardo, si propone all'Autorità di considerare la seguente formulazione alternativa: "Di regola, l'incidenza di ciascuna delle circostanze considerate dall'Autorità "ai sensi dei paragrafi che seguono *sarà considerata tra il 15 % ed il 50 % superiore/inferiore all'importo base*".

Il **punto 21** della Linee guida elenca a titolo esemplificativo le circostanze aggravanti che, una volta determinato l'importo base della sanzione, potranno essere prese in considerazione dall'AGCM per incrementare tale importo. Mentre le prime due attengono alla condotta dell'impresa – in coerenza peraltro con quanto premesso al punto 19 – la terza si riferisce espressamente alla qualifica soggettiva dell'autore della violazione, laddove è previsto che circostanza aggravante nella determinazione dell'incremento dell'importo base della sanzione sarà "essere impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale e ha la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza".

Con riguardo a questo punto ICLA desidera, in primo luogo, osservare come una simile previsione appare del tutto nuova (se si considerano gli Orientamenti della Commissione). La novità di questa previsione, inoltre, sembrerebbe confermata anche dalla Relazione di Accompagnamento della bozza di Linee guida dove codesta Autorità, nel riassumere sinteticamente – sebbene a titolo esaustivo - le circostanze aggravanti maggiormente prese in considerazione nelle giurisdizioni europee, sembrerebbe voler evidenziare che ciò che rileva a tal fine è, pur sempre, quanto intenzionalmente posto in essere dall'autore

⁵ Cfr. CdS, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026; CdS, sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3189.

dell'infrazione, e non quindi semplicemente il suo *status* (si veda a tal riguardo il punto 34 della Relazione). Laddove infatti al paragrafo iv) del punto 34 della Relazione di Accompagnamento viene menzionata come circostanza aggravante la *"specifica capacità dell'impresa di influenzare le condizioni di concorrenza in quanto titolare si interesse pubblico (Francia)"*, sembrerebbe che si faccia pur sempre riferimento ad una condotta posta in essere dall'autore dell'illecito, e non semplicemente al suo *status* di impresa incaricata di erogare un SIEG.

Né tale aggravante sembra poter essere ricondotta alla nozione di *"personalità dell'agente"* richiamata dall'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 come elemento da considerare ai fini della determinazione della sanzione. La personalità dell'agente, infatti, si riferisce alla circostanza che l'impresa abbia in precedenza commesso infrazioni, oppure che abbia tenuto una condotta collaborativa o meno del corso dell'istruttoria, etc.

Di tal che, non essendo riferita né alla condotta né alla *"personalità"* dell'agente alla stregua del citato art. 11, l'aggravante in commento rischia di risolversi in una forma di *"responsabilità oggettiva"*, o quantomeno in un elemento di discriminazione delle imprese affidatarie di SIEG rispetto ad altre imprese in posizione dominante. Con il risultato quindi che tale circostanza aggravante potrebbe essere presa in considerazione dall'AGCM anche laddove l'impresa titolare dell'erogazione di un SIEG venga sanzionata per una condotta illecita tenuta su un mercato diverso da quella in cui eroga il SIEG (il che appare ancor meno sostenibile).

Ciò che ad avviso di ICLA sembra mancare nella previsione che attribuirebbe all'Autorità di *"aggravare"* l'ammontare della sanzione da irrogare ad un impresa titolare di un SIEG è il nesso di causalità tra questo *status* e l'illecito concorrenziale, eventualmente accertato sul mercato rilevante.

Inoltre, la circostanza che l'ordinamento comunitario o quello di altri Stati membri (con l'unica eccezione della Francia, ove tuttavia, come osservato, il *focus* è sulla condotta e non sulla mera qualifica di affidatario SIEG) non prevedano una simile aggravante, sembrerebbe deporre nel senso dell'inopportunità di una siffatta previsione.

Pertanto, ICLA Italia auspica che l'Autorità voglia fornire adeguati chiarimenti relativamente alla necessità di dover inserire una simile previsione tra le aggravanti che essa potrà prendere in considerazione.

Nel fornire tali chiarimenti, sarebbe utile che l'Autorità tenesse presente, inoltre, le caratteristiche principali di un SIEG. Vale a dire che si tratta un servizio il più delle volte erogato da una impresa che se ne è aggiudicata la gestione o a valle di un confronto competitivo o, in ogni caso, in conformità con i principi stabiliti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Altmark* (principi successivamente declinati nella menzionata disciplina europea⁶). Ed a cui, quindi, è riconosciuto un diritto di esclusiva, ragion per cui essa risulta sottoposta *"alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata."* (si veda a tale proposito l'articolo 8 della legge 2878/90 e articolo 106, paragrafo 2 del TFUE).

Si tratta quindi di un servizio erogato sulla base di condizioni e secondo modalità predeterminate all'atto della stipula del contratto per la relativa gestione. Questa circostanza è rilevante nella misura in cui consente di circoscrivere le fattispecie in cui un'impresa incaricata della gestione di un SIEG possa essere ritenuta responsabile di una violazione delle rilevanti norme antitrust di cui agli articoli 2 e 3 della legge

⁶ Si veda per quanto concerne l'Italia, in particolare, la relazione alla Commissione europea sull'applicazione dell'articolo 86.2 (attuale 106.2) del TFUE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazioni degli oneri di servizio pubblico concessi a determinate imprese incaricate della gestione di SIEG: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2009_2011/italy_it.pdf

287/90, oppure degli articoli 101 e 102 del TFUE. Partendo dalla considerazione, infatti, che la definizione del prezzo richiesto dall'impresa che gestisce il SIEG avviene nella fase del confronto competitivo gestito dalla stazione appaltante, sembrerebbe possibile circoscrivere le ipotesi di applicazione del divieto di intese restrittive relative ai prezzi a questa fase, ovvero alla fase precedente l'inizio della gestione del SIEG. Fase tuttavia in cui, come precisato di recente da codesta Autorità⁷, "l'attuazione di intese anticoncorrenziali in gara è assoggettata non solo a sanzioni amministrative in capo alle imprese, ma anche a sanzioni penali in capo alle persone fisiche".

Una volta aggiudicata la titolarità della gestione di un SIEG, quindi, la giurisprudenza prevalente ha dimostrato che le fattispecie più frequenti di violazione della normativa antitrust siano quelle di abuso escludente ovvero di ingiustificato diniego di accesso ad una infrastruttura essenziale.

Poiché tali fattispecie, in termini generali, vengono considerate come infrazioni gravi, e quindi sono già soggette ad aggravamento in sede di determinazione della percentuale del fatturato, di eventuale entry fee e di altre aggravanti di volta in volta specifiche al caso in esame, l'ulteriore aggravamento legato alla mera qualifica di "affidatario SIEG" potrebbe effettivamente far emergere delle criticità riguardo al rispetto del principio di proporzionalità.

Inoltre, come noto, si tratta di fattispecie che l'Autorità ha numerose volte risolto mediante una decisione di accettazione di impegni. Con ciò dimostrando come il superamento di certe criticità concorrenziali debba necessariamente passare attraverso una concreta analisi caso per caso della fattispecie e del contesto di mercato in cui il gestore del SIEG si ritrova ad operare.

Sempre per quanto concerne il punto 21 sulle circostanze aggravanti, in relazione alle circostanze indicate a titolo esemplificativo di cui al primo punto, ICLA auspica che l'Autorità possa ulteriormente chiarire, eventualmente anche nella Relazione di accompagnamento alle future Linee Guida, il significato dei termini "monitoraggio" ed "organizzazione". Si tratta infatti di qualificazioni significative di un comportamento dell'impresa che non appaiono trovare diretta corrispondenza negli Orientamenti comunitarie. Ad esempio, il termine organizzazione fa riferimento al ruolo di "ring leader" tenuto da un'impresa nell'ambito di un cartello, ovvero si riferisce ad un diverso ruolo assunto dall'impresa?

Risulta inoltre eccessivamente pregiudizievole la possibilità che sia "fatta salva l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 14, comma 5, della legge n. 287/90", relativamente alle circostanze indicate a titolo esemplificativo al secondo punto.

Dal **punto 22** si evincono quattro condizioni cumulative affinché possa operare la recidiva: (i) una precedente infrazione, (ii) simile o della stessa tipologia in relazione all'oggetto o all'effetto, (iii) accertata dall'autorità o dalla Commissione europea, (iv) commessa nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria. Alcuni di tali presupposti necessiterebbero di essere maggiormente precisati al fine di evitare situazioni di incertezza giuridica circa l'applicazione di tale circostanza aggravante.

⁷ Si veda sul punto il Vademecum sugli appalti pubblicato dall'AGCM il 26 ottobre 2013:
<http://www.agcm.it/stampa/news/6647-varato-il-vademecum-sugli-appalti.html>

- i) In particolare, in merito alla nozione di “precedente commissione dell’infrazione [che sia stata] accertata dall’Autorità o dalla Commissione”, ICLA auspica che l’Autorità possa precisare che si tratti di provvedimenti di condanna dell’Autorità e della Commissione *divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato*, e che la decorrenza debba essere calcolata a partire dalla data di adozione della decisione dell’Autorità.
- i) Inoltre, la presa in considerazione, a titolo di recidiva, dell’esistenza di un’infrazione “simile o della stessa tipologia in relazione all’oggetto o all’effetto”, potrebbe portare l’Autorità a ritenere l’esistenza della recidiva anche qualora le due infrazioni abbiano una base giuridica differente: intesa o abuso di posizione dominante (valutazioni, peraltro, che il giudice comunitario ha sempre rigettato⁸). Pertanto, in tale prospettiva, per una maggiore certezza del diritto, si sottolinea la necessità di precisare nelle linee guida finali che la nuova infrazione deve essere fondata sul medesimo presupposto giuridico e la medesima qualifica legale della precedente infrazione.
- ii) Infine, sembrerebbe logico – e tuttavia il testo del punto 22 non reca indicazioni in tal senso – escludere dall’ambito di applicazione della circostanza i procedimenti definiti alla stregua della giurisprudenza *CIF* e, quindi, con la disapplicazione della normativa interna, contrastante con il diritto comunitario, che abbia imposto una certa condotta di impresa. Sembrerebbe quindi opportuno che l’Autorità precisi che, ai fini della verifica dell’esistenza di precedenti infrazioni, non rilevano i procedimenti definiti con la disapplicazione della normativa nazionale e con conseguente non applicazione di sanzioni all’impresa.

Il **punto 23** della Linee guida elenca a titolo esemplificativo le circostanze attenuanti che, una volta determinato l’importo base della sanzione, potranno essere prese in considerazione dall’AGCM per diminuire tale importo.

In linea generale ICLA Italia ritiene opportuno, per evitare possibili incongruenze e/o difformità di interpretazioni, che il testo sia coordinato con il successivo punto 29 sull’applicazione dei programmi di clemenza. In particolare, il riferimento alla “*leniency*” al punto 23 dovrebbe avere ad oggetto non solo la “*partial immunity*” (come potrebbe sembrare, ad una pura letterale interpretazione, dalla circostanza che il punto 23 riguarda le circostanze attenuanti), ma anche la “*full immunity*”. A tal fine, a titolo esemplificativo, potrebbe essere eliminato il periodo “Per le fattispecie che ricadono nell’ambito di applicazione del programma di clemenza dell’Autorità; la cooperazione delle imprese sarà valutata esclusivamente secondo le disposizioni del programma di clemenza”, e l’intero paragrafo potrebbe essere così riformulato: “Fermo quanto previsto al successivo paragrafo 29, collaborare efficacemente con l’Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge”.

Con particolare riguardo alla considerazione dei *programmi di compliance* come possibile circostanza attenuante, tale valutazione positiva - come accennato nella premessa - riconosce gli importanti sforzi che l’industria, a tutti i livelli, ha compiuto nella diffusione della cultura di conformità in materia di concorrenza. Essa avrà l’effetto di promuovere ulteriormente investimenti in *compliance antitrust* migliorandone l’efficacia e la robustezza nel continuo, innescando un circolo virtuoso a beneficio di tutte le parti interessate.

⁸ Si veda ad esempio, TUE, 25 giugno 2010, Imperial Chemical Industries c. Commissione, T-66/01, § 380.

In mercati sempre più globali anche le regole sulla concorrenza tendono a convergere ed armonizzarsi, anche grazie all'opera di entità e organizzazioni operanti al di là dei confini nazionali, quali l'*International Competition Network* (ICN), lo *European Competition Network* (ECN) e l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE). La *compliance antitrust* con tutta probabilità seguirà il medesimo *trend*. Senza contare che gli sforzi congiunti delle autorità *antitrust* e dell'industria nella promozione della cultura di *compliance*, risultano al centro del dibattito e di una serie di iniziative assunte su scala nazionale e sovranazionale che hanno portato e porteranno allo sviluppo di *best practices* e importanti *benchmarks* di riferimento⁹.

L'Autorità italiana, ampiamente coinvolta nel dibattito, ad ogni livello, si troverà certamente a rivestire un ruolo sostanziale nello sviluppo e ulteriore promozione di iniziative in materia.

ICLA ritiene pertanto fondamentale che il punto 23 contenga un chiaro riferimento anche alle *best practices* Internazionali – oltre che europee e nazionali – ai fini della positiva valutazione circa la dimostrazione dell'effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nei programmi di *compliance antitrust* implementati dalle aziende.

Per altro verso, ICLA ritiene opportuno che le Linee Guida chiariscano la valenza per l'Autorità "a livello temporale" delle iniziative di *compliance antitrust* – ai fini di mitigazione della sanzione - distinguendo tra quelle che avessero trovato effettiva e concreta attuazione già prima della decisione di accertamento della violazione, e quelle implementate solo successivamente, eventualmente negoziate nell'ambito di impegni.

ICLA risulta da anni attiva nel dibattito avente ad oggetto i programmi di *compliance antitrust* e nella promozione e continuo miglioramento fra i propri membri e sull'esterno della cultura di conformità alla normativa sulla concorrenza. L'Associazione ha sviluppato e rispetta in modo effettivo e concreto, nello svolgimento delle proprie attività, specifiche linee guida di *compliance antitrust*¹⁰.

ICLA rimane disponibile ad un ulteriore futuro coinvolgimento in eventuali iniziative che l'AGCM decidesse di intraprendere sia a livello italiano che internazionale aventi ad oggetto la promozione delle iniziative di *compliance* e/o la definizione delle caratteristiche che queste ultime dovrebbero avere nello specifico per ottenere la valutazione positiva da parte dell'Autorità.

In relazione all'attuale formulazione del **punto 24** ICLA auspica che essa possa essere ulteriormente precisata, ovvero che l'Autorità possa fornire alcuni chiarimenti all'interno della Relazione accompagnatoria alle Linee Guida. Innanzitutto non è chiaro se, al fine di ottenere una riduzione della sanzione al termine del procedimento istruttorio di cui è parte, l'impresa debba effettuare un'*application* per "*full immunity*" consentendo così all'Autorità di avviare un distinto e separato procedimento istruttorio.

⁹ A titolo esemplificativo, l'Antitrust Compliance Toolkit sviluppato dall'International Chamber of Commerce, le linee guida guida dell'Office of Fair Trading (OFT) e del Competition Bureau canadese, la brochure Compliance Matters della Commissione Europea, la sezione "Compliance" aperta sul sito della DG Concorrenza.

¹⁰ http://www.competitionlawyer.co.uk/ICLA/Documents_files/Competition%20compliance.pdf

In secondo luogo, si auspica che l'Autorità voglia chiarire il significato della nozione di infrazione "diversa": essa potrebbe prestarsi a differenti interpretazioni e, pertanto, ingenerare ambiguità su un tema di estrema importanza ai fini della determinazione della sanzione. A titolo esemplificativo, tale qualificazione si riferisce ad un'infrazione "diversa" in ragione del mercato geografico o del prodotto rilevante? Ovvero essa si riferisce ad una diversità sotto il profilo soggettivo (ad esempio stessa infrazione ma posta in essere dalla medesima impresa con la partecipazione di concorrenti differenti da quelli già coinvolti nel procedimento)? Considerando che la recidiva è qualificata come una "infrazione simile o della stessa tipologia", ci si domanda, l'accezione "diversa" si riferisce ad un'infrazione che non farebbe sorgere in capo all'impresa l'aggravante della "recidiva"?

5. Altri adeguamenti dell'importo base a garanzia della proporzionalità e dell'effettiva deterrenza

In relazione al **punto 25** ICLA auspica che l'Autorità possa condividere la circostanza che un incremento fino al 50 % della sanzione base in virtù della mera dimensione "multinazionale" di un'impresa (o dell'appartenenza ad un gruppo multinazionale) appaia oggettivamente afflittiva e rischierebbe di provocare, ad esempio nell'ambito di intese anticoncorrenziali, una insanabile – e spesso ingiustificata - disparità di trattamento con imprese di dimensioni più ridotte (nazionali o locali).

6. Concorso formale di più illeciti

In relazione al **punto 27**, ICLA auspica che l'Autorità condivida il proprio convincimento circa il fatto che, l'applicazione alla disciplina *antitrust* del principio di cui alla legge 689/81 in tema di concorso formale di illeciti possa ingenerare conseguenze sproporzionate ed incontrollate sulla determinazione della sanzione pecuniaria. L'applicazione della previsione di cui alla legge 689/81 potrebbe, infatti, condurre a sanzioni potenzialmente sproporzionate, e tali comunque da vanificare tutti gli obiettivi di prevedibilità, oggettività e trasparenza che le future Linee Guida intendono invece perseguire. Infatti, nonostante l'Autorità goda di discrezionalità nella quantificazione della sanzione, non può sottacersi la considerazione che l'aumento fino al triplo (effetto moltiplicativo) della previsione *ex lege* 689/81 determini un incremento di tale discrezionalità al di fuori di qualsivoglia ambito di ragionevolezza ed oggettività.

Peraltro, con riferimento all'inciso "più violazioni della medesima disposizione", la prassi dell'Autorità, pur in presenza di una condotta unica e continuata che tuttavia si espliciti in fattispecie (violazioni) differenti (ad esempio un *price fixing* contestualmente ad un *market sharing*) è sempre stata quella di sanzionare l'impresa con un'ammenda unitaria, senza mai incrementare fino al triplo la sanzione in base alla legge 689/81. L'applicazione di tale previsione normativa creerebbe poi, ad avviso di ICLA, significative questioni interpretative in punto di diritto: ad esempio, nell'ambito dell'inciso "più violazioni della medesima disposizione", ipotizzando un'infrazione all'articolo 2 della legge 287/90 tramite un contestuale accordo sui prezzi, una ripartizione di mercato ed uno scambio sistematico di informazioni sensibili, risulterebbe difficile, se non impossibile, stabilire quale possa essere la violazione "più grave".

Lo stesso tipo di considerazioni potrebbero qualora con una medesima condotta si determinino violazioni agli articoli 2 e 3 della legge 287/90 (ovvero 101 e 102 del TFUE). ICLA auspica quindi che l'Autorità riconsideri la possibilità di estendere l'applicabilità dell'articolo 8 della legge 689/81 anche alla materia *antitrust* e, quindi, condivida l'opportunità di eliminare tale riferimento dalle future Linee Guida.

7. Massimo edittale

Così come per il commento al punto 2 che precede, anche in relazione a quanto contenuto al **punto 28**, ICLA auspica che l'Autorità voglia chiarire che il riferimento al fatturato mondiale si riferisce esclusivamente al caso di applicazione decentrata degli articoli 101 e/o 102 TFUE. Come già riportato in precedenza, ICLA ritiene infatti che le Linee Guida, anche per coerenza e conformità con la normativa comunitaria, dovrebbero mantenere separati i fatturati di riferimento a seconda che l'Autorità irroghi una sanzione pecuniaria per infrazione alla sola normativa nazionale (parametrando la sanzione al fatturato nazionale dell'impresa), ovvero alla normativa europea (parametrando l'infrazione al fatturato totale dell'impresa).

8. Clemenza

Valgono le stesse considerazioni elaborate con riguardo al punto 29.

9. Sanzione di importo simbolico

Con riguardo alle circostanze in cui l'Autorità potrebbe considerare di irrogare una sanzione di importo simbolico, di cui al **punto 32**, ICLA Italia auspica che l'Autorità voglia provvedere, seppure a titolo esaustivo, a "sostanziare" queste circostanze (prendendo in considerazione ad esempio quanto avviene già in alcuni ordinamenti giuridici nazionali).

In tal senso, potrebbe essere ipotizzabile che l'Autorità si riservi la facoltà di esercitare "simbolicamente" il suo potere sanzionatorio laddove essa abbia accertato l'assoluta assenza di dolo da parte dell'autore dell'illecito. Oppure, nei casi in cui la commissione di un abuso sia avvenuta in buona fede, ovvero in quei casi in cui – in assenza di un precedente specifico - l'autore dell'abuso non era in grado di prevedere che il suo comportamento fosse da considerare rilevante ai sensi della normativa che vieta l'abuso di posizione dominante. Oppure ancora, volendo in questo caso suggerire all'Autorità di voler considerare anche la rilevanza della condizione soggettiva dell'autore dell'illecito, una sanzione simbolica si potrebbe applicare nei casi di illeciti *antitrust* commessi da organizzazioni senza scopo di lucro.

E' altresì opportuno che vengano tenuti in debita considerazione gli effetti pregiudizievoli sul piano reputazionale che possono derivare per le aziende sanzionate dall'irrogazione di una sanzione a titolo puramente simbolico.