

**COMMENTI DI INTESA SANPAOLO S.P.A. ALLA CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLE LINEE GUIDA RELATIVE
ALLA MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEI CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI IRROGATE
DALL'AUTORITÀ IN MATERIA DI CONCORRENZA
15 MAGGIO 2014**

1. Premessa

Intesa Sanpaolo S.p.A. (di seguito “**ISP**”) è il gruppo bancario nato dalla fusione di Banca Intesa e Sanpaolo IMI, due grandi realtà bancarie italiane caratterizzate da valori comuni¹. Il gruppo bancario ISP (di seguito il “**Gruppo**”) si colloca tra i più importanti gruppi bancari dell'eurozona ed è attivo in Italia nei principali settori di attività bancaria e finanziaria (*retail, corporate e wealth management*). Inoltre il Gruppo si colloca tra i principali gruppi bancari in diversi Paesi del Centro-Est Europa e nel Medio Oriente e Nord Africa.

2. Commenti generali

ISP apprezza l'iniziativa dell'Autorità di sottoporre a consultazione pubblica il progetto di linee guida relative alla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni irrogate in materia di concorrenza (di seguito le “**Linee Guida**”) e la reputa particolarmente tempestiva, considerata la significativa attività di *enforcement* posta in essere dall'Autorità nel corso degli ultimi anni a contrasto dei comportamenti lesivi della concorrenza. Infatti, l'Autorità, nella relazione di accompagnamento della bozza di Linee Guida (di seguito la “**Relazione**”), menziona espressamente lo scopo della consultazione pubblica che va individuato nella volontà di “*acquisire le osservazioni dei soggetti interessati*” e ricorda come “*il rapporto tra consultazione e qualità della regolamentazione è valorizzato anche a livello comunitario, in quanto una regolamentazione condivisa consente una migliore applicazione delle norme*”; valutazione che ISP condivide pienamente.

Inoltre, ISP concorda con l'Autorità sul fatto che l'adozione delle Linee Guida incrementerà la trasparenza, oltre che la prevedibilità, nel calcolo delle ammende e potrà così rappresentare uno strumento importante di dissuasione dal tenere comportamenti illeciti ai sensi della normativa in materia di concorrenza. Infatti, la consultazione consentirà all'industria e alle parti interessate di comprendere meglio il percorso metodologico e l'*iter* di calcolo per la quantificazione delle sanzioni irrogabili nei casi di infrazioni alle norme nazionali o comunitarie in materia di intese e di abuso di posizione dominante e permetterà una riflessione molto ampia su alcuni aspetti specifici contigui ed affini alla materia delle sanzioni. Tale scelta, peraltro, conferma la volontà – lodevole – dell'Autorità di uniformarsi alle *cd. best practices* europee e internazionali per quanto concerne le modalità di definizione ed adozione di una tematica di tale importanza².

ISP constata con favore l'allineamento, pur non pedissequo, delle Linee Guida agli Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 2006³ (di seguito gli “**Orientamenti**”), ritenendolo un elemento importante di incremento dell'armonizzazione a livello UE, che non trascuri però di considerare le peculiarità e specificità del mercato nazionale.

Pur apprezzando vivamente l'iniziativa dell'AGCM e i contenuti proposti nelle Linee Guida, ISP intende tuttavia svolgere delle considerazioni su alcuni punti del documento meritevoli di attenzione e di ulteriore affinamento.

3. Determinazione del cd. importo base della sanzione pecuniaria

ISP ritiene che, nel quadro delle Linee Guida, riveste un'importanza centrale la corretta determinazione del cd. importo base della sanzione pecuniaria.

Appare, infatti, evidente che nella misura in cui l'intento dell'Autorità è quello di rafforzare la “*predictability and transparency [...] with a view to increasing the effectiveness of the fining policy*”⁴, la prevedibilità e il carattere obiettivo della metodologia applicata alla quantificazione della componente più rilevante della

¹ Cfr. <http://www.group.intesasnpaolo.com/script/sir0/si09/>

² Si segnala la consultazione promossa dall'Autorité de la concurrence francese nel 2011 sulle sanzioni pecuniarie in caso di intese e abusi di posizione dominante, cfr: http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=402&id_article=1595.

³ GUCE C-210/2 del 1° settembre 2006.

⁴ Conclusioni del Gruppo di Lavoro ECA sulle sanzioni (2008), come indicato nella Relazione.

sanzione costituisce presupposto essenziale per garantire sia il necessario effetto dissuasivo – nella sua duplice accezione, specifico e generale – che l'essenziale principio di proporzionalità tra la condotta accertata, la responsabilità dell'impresa coinvolta e la sanzione irrogata, puntualmente richiamato dal giudice amministrativo.

In tale contesto è senz'altro apprezzabile che l'Autorità richiami esplicitamente quanto indicato dalla Commissione negli Orientamenti nella misura in cui – con riferimento alla metodologia da seguire per il calcolo dell'ammenda – la bozza di Linee Guida chiarisce che:

- (i) affinché la sanzione abbia un'effettiva efficacia deterrente è necessario che essa non sia inferiore ai vantaggi che l'impresa si attende di ricavare dalla violazione;
- (ii) con riferimento alla base di calcolo, l'importo base verrà innanzitutto fissato prendendo a riferimento il valore delle vendite di beni e servizi realizzate da ciascuna impresa. Verranno considerate le vendite realizzate nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione;
- (iii) relativamente al coefficiente percentuale, l'importo di base dell'ammenda sarà legato ad una proporzione (percentuale) - comunque non superiore al 30% - del valore delle vendite, determinata in funzione del grado di gravità dell'infrazione, moltiplicata per il numero di anni dell'infrazione.

Definita la metodologia di calcolo, scendendo nel dettaglio dell'analisi delle diverse componenti della stessa, e, in particolare, soffermandosi maggiormente sulla definizione della base di calcolo ovvero del *valore delle vendite* e sui *criteri per la determinazione del coefficiente percentuale*, ISP constata alcune imprecisioni e incongruenze (anche rispetto al testo degli Orientamenti) potenzialmente idonee a minare l'accuratezza e prevedibilità del complesso sistema sanzionatorio.

Infatti, quanto alla definizione del "valore delle vendite" l'Autorità precisa che esso dovrà essere corrispondente al valore delle vendite di beni e servizi oggetto, "direttamente o indirettamente", dell'infrazione. Se tale precisazione va nella condivisibile direzione di affermare il restringimento della base di calcolo rispetto alla scelta di talune Autorità nazionali⁵ che si spingono ad individuarlo addirittura nel fatturato totale dell'impresa responsabile dell'infrazione, rimane tuttavia utile, a giudizio di ISP, giungere ad una definizione più accurata del perimetro **eliminando il riferimento ai ricavi rinvenienti dalla vendita di prodotti e servizi indirettamente oggetto della condotta**⁶.

Se, infatti, per ricavi derivanti dalla vendita di beni e servizi direttamente oggetto dell'infrazione può intendersi, anche in senso estensivo, l'ammontare delle vendite realizzate dall'impresa nel mercato rilevante (merceologico e geografico) oggetto del procedimento, resta più difficile tracciare confini prevedibili di quei ricavi che deriverebbero invece da mercati contigui, a monte o a valle, o – come ricordano gli Orientamenti – da prodotti derivati, di qualità inferiore o superiore, di quelli oggetto di infrazione.

Quanto invece alla definizione dei fattori determinanti per la scelta del coefficiente percentuale, ISP fa notare come nelle Linee Guida vengono richiamati (i) la natura dell'infrazione, (ii) le condizioni di concorrenza del mercato (e.g. il livello di concentrazione), (iii) l'attuazione o meno della pratica illecita, e (iv) la rilevanza dell'impatto economico, **ma non vi è alcun richiamo al criterio** – invece presente negli Orientamenti, e di primaria importanza – **dell'estensione geografica dell'infrazione**. Infatti, ad avviso di ISP, la corretta quantificazione di una sanzione antitrust non può prescindere da un'approfondita analisi degli effetti dell'infrazione contestata, anche e soprattutto nei termini della sua estensione geografica, laddove è incontestabile che l'effettivo nocimento all'assetto concorrenziale e dunque un più puntuale dimensionamento della sanzione sono correttamente rilevati se prima si è debitamente definito il novero di imprese e consumatori direttamente interessati e danneggiati dall'infrazione. Pertanto, ISP intende evidenziare come il riconoscimento del criterio geografico sia un fattore determinante per la corretta quantificazione della sanzione che può assumere particolare rilevanza in caso di condotte lesive perpetrate in settori produttivi di sensibile complessità strutturale, come nel caso dell'attività bancario-finanziaria ove

⁵ Lettonia, Polonia e Romania, come indicato nella Relazione.

⁶ Tale eliminazione sarebbe coerente con la recente giurisprudenza amministrativa nazionale. In particolare si veda TAR Lazio, n. 05769/2012 relativa al procedimento A413 TNT Post/Poste Italiane, ove è stato evidenziato "*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 Posta Time 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*". E inoltre, "*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, per se in estratto, perché questo sia considerato nel calcolo della sanzione*".

l'Autorità ha provveduto tempo per tempo a definire molteplici mercati del prodotto, caratterizzati da estensioni territoriali differenti e specifiche⁷.

4. Importo supplementare

Con riferimento invece al primo criterio relativo alla valutazione della *natura dell'infrazione* l'attuale testo delle Linee Guida evidenzia alcune incongruenze, in particolare laddove l'Autorità – in presenza di *restrizioni più gravi* - identifica una soglia minima (non inferiore al 15%) per il coefficiente percentuale da applicare al valore delle vendite.

In particolare al paragrafo 12 si precisa che

“L’Autorità ritiene che gli accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscano le più gravi restrizioni della concorrenza”

e che [pertanto]

“... per questo tipo di infrazioni, la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%”⁸.

La previsione viene successivamente integrata dal paragrafo 17 sul cd. *Importo supplementare* quando si chiarisce che:

“ Al fine di conferire al potere sanzionatorio [...] il necessario carattere di effettiva deterrenza con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza [...] l’Autorità potrà considerare opportuno l’inserimento nell’importo base di un ammontare supplementare compreso fra il 15% e il 30% del valore delle vendite [...]”

Ad avviso di ISP il combinato disposto dei paragrafi 12 e 17 potrebbe portare a situazioni di incertezza giuridica e costituire un regime sanzionatorio eccessivamente punitivo per le imprese.

Infatti, in presenza di una **grave e segreta** violazione antitrust si correrebbe il rischio di stabilire un importo della sanzione eccessivamente penalizzante in quanto si applicherebbe l'importo base compreso tra il 15% e il 30%⁹ ai sensi del paragrafo 12 ed un altro importo compreso anch'esso tra il 15% e il 30% a titolo di importo supplementare. Inoltre non è chiaro perché, ai sensi del paragrafo 12, per l'applicazione dell'importo base sia necessaria una cd. **hard core restriction** caratterizzata dal fatto di essere **segreta** mentre per l'applicazione dell'importo supplementare non sia richiesto l'elemento della segretezza della pratica. Da un punto di vista logico-sistematico, l'elemento ulteriore della segretezza poteva eventualmente costituire il presupposto essenziale per l'applicazione dell'importo supplementare in quanto, rispetto ai criteri per la determinazione dell'importo base, si sarebbe in presenza di un elemento ulteriore rispetto alla “semplice” *hard core restriction*.

Secondariamente, ISP intende porre l'accento sul fatto che l'Autorità – riprendendo il testo degli Orientamenti – fornisca nel paragrafo 12 una descrizione puntuale delle *hard core restrictions* – citando espressamente (appunto) la circostanza della “segretezza della pratica illecita” come elemento determinante. Tuttavia il successivo paragrafo 17 indica più genericamente tali restrizioni senza richiamare esplicitamente il paragrafo 12 o, alternativamente, provvedere ad un distinto elenco delle *hard core restrictions* considerate rilevanti.

Pertanto, alla luce di quanto precede, ISP propone all'Autorità di eliminare dal testo definitivo delle Linee Guida il paragrafo 17 in materia di importo supplementare. In subordine, ISP evidenzia la necessità di individuare un elemento ulteriore rispetto a quanto stabilito al paragrafo 12 al fine di giustificare

⁷ In questo senso è utile richiamare la consolidata giurisprudenza dell'Autorità – cfr. a titolo esemplificativo C10510 – Banca Cassa di Risparmio di Firenze / 50 sportelli di Banca Monte dei Paschi di Siena, Provvedimento n. 21151 del 19 maggio 2010 - che con riferimento al mercato degli impieghi riconosce quattro principali sotto mercati, di **differenti dimensioni geografiche**: (i) Famiglie consumatrici (**dimensione provinciale**), (ii) famiglie produttrici-imprese di piccole dimensioni (**dimensione provinciale**); (iii) imprese di medie e grandi dimensioni (**dimensione regionale**); e (iv) enti pubblici (**dimensione regionale**).

⁸ L'impianto è evidentemente mutuato dai § 23 e 25 degli Orientamenti.

⁹ Non si comprende perché l'AGCM prevede un range più elevato rispetto agli Orientamenti che variano dai 15% ai 25% (§25 degli Orientamenti).

l'applicazione dell'importo supplementare e, infine, quale ultima alternativa, di modificarne il testo attuale provvedendo a meglio specificare quali "[più] gravi restrizioni della concorrenza" comportino l'applicazione dell'importo supplementare.

5. Circostanze aggravanti: recidiva

Dalla lettera del paragrafo 22 delle Linee Guida, 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 dei menzionati presupposti richiederebbero di essere maggiormente precisati al fine di evitare situazioni di incertezza giuridica circa l'applicazione di tale circostanza aggravante.

In particolare, si evidenzia come 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, ISP 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.**

Inoltre, in merito alla nozione di "*precedente commissione dell'infrazione accertata dall'Autorità o dalla Commissione*", al fine di evitare rischi di grave incertezza giuridica, sarebbe opportuno precisare che dovrebbe trattarsi di **provvedimenti di condanna dell'Autorità e della Commissione divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato.** Infatti, non si vede ragione perché le Linee Guida non debbano allinearsi al dettato di altre normative rientranti nella sfera di competenza dell'Autorità¹⁰. Inoltre, sempre in tale prospettiva di maggiore chiarezza del dettato normativo, sarebbe opportuno precisare che i **procedimenti definiti con impegni e/o con procedure di settlement in sede comunitaria non rilevano ai fini dell'aggravamento per recidiva.**

Infine, ISP ritiene altresì importante che, **per l'imputabilità della recidiva in presenza di società appartenenti allo stesso gruppo,** l'Autorità tenga in considerazione – ed espliciti nelle Linee Guida – l'orientamento della recente giurisprudenza comunitaria secondo cui ai fini della recidiva è necessario che le infrazioni siano state commesse **dalla stessa impresa destinataria**, in un momento precedente, di contestazione di addebiti e pronuncia di condanna. In tal senso, sono significative le sentenze del Tribunale dell'Unione Europea del 27 marzo 2014 rese nelle cause T-56/09 e T-3/09 Saint-Gobain Glass France e Compagnie de Saint-Gobain contro Commissione¹⁰ relative ad un'intesa avvenuta sul mercato europeo di vetro per automobili dove il Tribunale ha ricordato che per poter applicare la **recidiva, è necessario che le infrazioni siano state commesse dalla medesima impresa.** In sostanza, nelle due decisioni del 2014, il Tribunale evidenzia come due società appartenenti allo stesso gruppo, che hanno entrambe violato la normativa antitrust in due momenti diversi, non dovrebbero essere considerate responsabili di un'infrazione precedente per la quale **esse non sono state [direttamente] sanzionate dalla Commissione** e rispetto alle quali **non sono state in grado di presentare i loro argomenti** per contestare l'eventuale esistenza di un'unità economica con la società destinataria della [prima] decisione. **Pertanto, ISP ritiene di fondamentale importanza che l'AGCM espliciti nella versione definitiva delle Linee Guida che, ai fini della recidiva, la nozione di impresa debba essere riferita alla singola entità giuridica che ha commesso la prima violazione alla normativa antitrust e, di conseguenza, non ad altre entità giuridiche, appartenenti al medesimo gruppo, che hanno agito successivamente in maniera illecita.**

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

¹⁰ Ad esempio la recente Delibera AGCM del 14 novembre 2012, recante il *Regolamento di attuazione dell'art. 5-ter del d.l. n. 1/2012* – cd. "rating di Legalità" – che all'art. 2, comma 2, lett. d) cita fra i requisiti per l'attribuzione del rating l'inesistenza di provvedimenti di condanna a carico dell'impresa, da parte dell'Autorità o della Commissione europea, per "*illeciti antitrust gravi, divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato*".

¹⁰ Cfr TUE, 27 marzo 2014, Saint-Gobain Glass France SA c. Commissione e Compagnie de Saint-Gobain SA c. Commissione, T-56/09 e T-73/09, § 312-320.

6. Circostanze attenuanti: programmi di compliance antitrust

ISP non può che accogliere con favore l'inclusione da parte dell'Autorità, tra le circostanze attenuanti di cui al paragrafo 23 delle Linee Guida, dell'adozione e del rispetto di un programma di compliance antitrust, interpretandola come un manifesto e consapevole riconoscimento degli sforzi crescenti posti in essere dall'industria per la diffusione sempre più capillare di una cultura di conformità antitrust.

A tal riguardo, ISP evidenzia la necessità che l'AGCM – alla stregua di quanto fatto da altre autorità dell'International Competition Network¹¹ – apra un dialogo con i principali *stakeholders* al fine di individuare alcuni contenuti minimi che un programma di compliance antitrust dovrebbe avere al fine di essere ritenuto effettivo, efficace e robusto e, pertanto, circostanza attenuante la sanzione. Numerose aziende italiane (tra cui rientra ISP) hanno già adottato programmi di compliance antitrust molto strutturati e implementato procedure interne volte ad ottimizzare la propria conformità alla normativa antitrust e a mitigare il rischio di commissione di illeciti. Tali imprese potrebbero rappresentare per l'AGCM importanti interlocutori con i quali l'Autorità stessa potrà confrontarsi al fine di delineare alcuni requisiti per costruire programmi di compliance antitrust efficaci. In tale prospettiva, **ISP si rende fin da ora disponibile a dialogare con l'Autorità su tale tematica e ad offrire la propria esperienza come elemento di confronto.**

7. Conclusione

ISP ribadisce l'apprezzamento per l'iniziativa dell'AGCM di sottoporre a consultazione pubblica il testo delle Linee Guida e ritiene che l'adozione di tale documento consentirà effettivamente alle parti di essere messe in condizioni di comprendere il metodo di calcolo utilizzato dall'Autorità nella comminazione di sanzioni pecuniarie.

Inoltre ISP esprime grande soddisfazione per l'inclusione tra le circostanze attenuanti la pena dei programmi di compliance antitrust e ritiene che tale apertura porterà - quale risultato immediato - ad una maggiore consapevolezza e attenzione, da parte delle imprese, alla cultura di compliance antitrust e - quale risultato mediato - ad un mercato maggiormente concorrenziale dove gli attori sono consci del loro comportamento dal punto di vista della normativa antitrust. Di tali risultati beneficeranno le imprese, l'Autorità, e i consumatori finali. In tale prospettiva, **ISP rinnova la propria disponibilità ad un dialogo costruttivo con l'Autorità per individuare insieme quei requisiti fondamentali in grado di dare concretezza ed efficacia a programmi di compliance antitrust aziendali.**

Infine, ISP auspica che l'Autorità recepisca i commenti proposti al fine di aumentare - nella versione finale delle Linee Guida - *"la qualità della regolamentazione [...] in quanto una regolamentazione condivisa consente una migliore applicazione delle norme"*.

¹¹ Cfr. consultazione promossa dall'Autorité de la Concurrence aperta a dicembre 2011 e chiusa a febbraio 2012 sui programmi di conformità alla normativa antitrust o si veda quanto fatto in materia di compliance antitrust dal Bureau de la Concurrence canadese.