

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Consultazione pubblica

Avente ad oggetto la bozza di “Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità”

1. Introduzione

Il Dipartimento di Diritto della UE, della regolamentazione e della concorrenza dello Studio Legale Associato con Simmons & Simmons LLP (lo “**Studio**”) è lieto di fornire il proprio contributo alla consultazione avviata da codesta Autorità in data 15 maggio 2014, avente ad oggetto la bozza di “*Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità*” (le “**Linee Guida**”).

Lo Studio condivide la necessità, rappresentata dall’Autorità, di dotarsi di uno strumento che renda maggiormente trasparenti i criteri di calcolo delle sanzioni irrogabili ai sensi dell’art. 15, comma 1, della Legge n. 287/90 (la “**Legge**”) e ritiene che le Linee Guida rispondano a detta esigenza.

In tale ottica, lo Studio, dopo aver esaminato il testo delle Linee Guida e della Relazione di accompagnamento pubblicata in pari data (la “**Relazione**”), formula le osservazioni di seguito esposte.

2. Trasparenza e prevedibilità del calcolo delle sanzioni

Le Linee Guida colmano una grave lacuna del diritto della concorrenza nazionale rispetto a quello della UE e dei principali Stati Membri, essendo volte a fornire un adeguato livello di prevedibilità delle sanzioni che possono essere irrogate dall’Autorità nell’esercizio dei poteri di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e della Legge.

L’apparato sanzionatorio connesso al *public enforcement* del diritto della concorrenza, infatti, espone le imprese a conseguenze particolarmente gravi in caso di violazioni delle disposizioni rilevanti, tali da poter incidere sulla stabilità economica dei soggetti responsabili.

La severità dei limiti edittali ed il crescente rigore nell’applicazione delle sanzioni da parte delle competenti autorità deve, nel rispetto dei principi costituzionali, necessariamente essere controbilanciato da un elevato grado di trasparenza e prevedibilità nella quantificazione delle ammende.

Tale esigenza è ulteriormente rafforzata dalla circostanza che l’illecito antitrust, per sua natura, può determinare conseguenze che si estendono oltre la sola applicazione di sanzioni amministrative, esponendo il responsabile anche ad obblighi risarcitori verso i soggetti che si assumono danneggiati dalla violazione e, al ricorrere di specifiche condizioni, ad effetti penali.

In tale contesto, può essere solo parzialmente condivisa l’osservazione dell’Autorità (§ 7 della Relazione), secondo cui il grado di prevedibilità della sanzione associata all’infrazione delle regole di concorrenza non deve, in ogni caso, consentire all’impresa una stima precisa della convenienza della violazione. Una simile stima *ex ante* sarebbe, in ogni caso, impossibile, perché dovrebbe tener conto anche delle ulteriori conseguenze sanzionatorie previste dall’ordinamento, nonché del pregiudizio all’immagine dell’impresa responsabile.

Al contrario, il grado di prevedibilità delle sanzioni pecuniarie antitrust dovrebbe essere particolarmente elevato, ove si tenga a mente che – come la giurisprudenza amministrativa ha ribadito in numerose occasioni – i precetti antitrust richiedono “*un’operazione di contestualizzazione delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati [...] al caso specifico. Non di rado tale operazione di contestualizzazione*”

implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni” (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sentenza n. 3032 del 13 giugno 2014).

Analogamente, è principio consolidato che una condotta di per sé lecita in base a disposizioni positive possa, parimenti, determinare una violazione delle regole antitrust (Consiglio di Stato, sentenza n. 693/2014).

Si reputa, pertanto, non solo opportuno, bensì indispensabile che le imprese siano poste in condizione di valutare con congruo anticipo l'impatto di eventuali sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni antitrust.

Se attraverso l'adozione delle Linee Guida l'Autorità compie un passo decisivo verso l'armonizzazione con l'ordinamento UE e l'ottemperanza alle prescrizioni della giurisprudenza amministrativa nazionale, un ulteriore elemento deve essere necessariamente affrontato nell'ottica dell'incremento della trasparenza e della tutela del diritto di difesa.

La prassi dell'Autorità in materia di sanzioni, infatti, non consente alle parti di un procedimento di partecipare ad alcun contraddittorio sulla quantificazione delle ammende e sull'individuazione degli elementi per il relativo calcolo. Di norma, infatti, la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie si limita a fornire indicazioni di massima circa l'opportunità o meno che, in un determinato caso, l'Autorità applichi delle ammende.

In concreto, tuttavia, la determinazione degli importi avviene in una fase successiva del procedimento, rispetto alle quali le parti non hanno alcuna possibilità di partecipazione. Il ricorso giurisdizionale avverso la decisione sanzionatoria assume, in definitiva, il carattere di primo stadio di confronto tra il soggetto passivo e l'Autorità sulla determinazione delle ammende.

Tale prassi si discosta significativamente dalle *“Best Practices della Commissione relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE”* (2011/C 308/06, para. 84 e ss.) (le *“Best Practices”*), in base alle quali, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione indica:

- (i) gli elementi di fatto e di diritto che possono portare ad irrogare un'ammenda, come la durata e la gravità dell'infrazione;
- (ii) se l'infrazione è stata commessa intenzionalmente o per negligenza;
- (iii) quali fatti possono costituire circostanze aggravanti e circostanze attenuanti;
- (iv) i dati relativi alle vendite effettuate che devono essere presi in considerazione e l'anno o gli anni di riferimento per il valore di tali vendite.

Su ciascuno di detti elementi e su ogni eventuale variazione che dovesse intervenire dopo l'invio della comunicazione degli addebiti, la Commissione è tenuta ad assicurare il contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa delle parti.

In osservanza del principio di legalità, è pertanto auspicabile che l'Autorità:

- conformi il proprio operato in materia di determinazione delle sanzioni alle *Best Practices* della Commissione o, quanto meno, accresca il grado di trasparenza e riconosca il diritto di difesa delle parti sui fattori che concorrono al calcolo delle ammende; e
- una volta adottate le Linee Guida, si attenga strettamente ad esse nell'adozione di decisioni sanzionatorie e, ove intenda discostarsene, ne dia preavviso alle parti nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, onde consentire un adeguato diritto di difesa.

3. Osservazioni sul testo delle Linee Guida

Le Linee Guida, nel declinare i principi di cui all'art. 15 della Legge e dell'art. 11, L. n. 689/81 come interpretati dalla giurisprudenza nazionale, si ispirano espressamente alla comunicazione della Commissione (2006/C 210/02), "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*" (gli "**Orientamenti**").

Costituisce prassi ampiamente consolidata ed avallata dalla giurisprudenza amministrativa il ricorso agli Orientamenti, da parte dell'Autorità, nella determinazione di casi condotti ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE e della Legge. Del pari, gli Orientamenti sono stati sottoposti in numerose occasioni al vaglio dei giudici della UE, che ne hanno confermato la corrispondenza ai principi del diritto comunitario.

In alcuni passaggi, tuttavia, le Linee Guida si discostano dagli Orientamenti, adottando delle soluzioni innovative che tengono conto dell'esperienza nazionale in materia di determinazione delle sanzioni. Su tali elementi vertono le osservazioni che seguono.

3.1 **Valore delle vendite in caso di associazioni di imprese (§ 10) e massimo edittale (§ 28)**

Ai sensi delle Linee Guida "*nei casi di associazioni di imprese, per "valore delle vendite" dei beni o servizi oggetto dell'infrazione si intende il valore complessivo dei contributi associativi versati dai membri dell'associazione*".

Gli Orientamenti prevedono, invece, che:

- (i) "*qualora l'infrazione di un'associazione di imprese riguardi le attività dei suoi membri, il valore delle vendite corrisponderà in generale alla somma dei valori delle vendite realizzate dagli stessi*" (par. 14);
- (ii) "*l'importo finale dell'ammenda da infliggere a ciascuna [...] associazione d'impresa che ha partecipato all'infrazione non deve in ogni caso superare il 10 % del fatturato totale realizzato nel corso dell'esercizio sociale precedente [...]*" (par. 32);
e
- (iii) "*qualora l'infrazione di un'associazione riguardi le attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10 % della somma del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato interessato dall'infrazione dell'associazione*" (par. 33).

La proposta adottata nelle Linee Guida, a differenza degli Orientamenti, non prende espressamente in considerazione l'ipotesi di un'infrazione di un'associazione di imprese che "*riguardi le attività dei membri della stessa*". In tal modo, l'Autorità sembra ritenere che, anche in tali circostanze, il fatturato di un'associazione di categoria comprende esclusivamente il valore complessivo dei contributi associativi, con esclusione sia dei fatturati degli associati eventualmente coinvolti nell'infrazione, sia di ogni altra entrata diversa da tali contributi.

Tale soluzione appare conforme alla normativa e alla giurisprudenza nazionale. Nell'ottica della maggiore chiarezza e trasparenza del testo, tuttavia, dovrebbe essere integrato il § 28 delle Linee Guida ("Massimo edittale"), prevedendo espressamente che "In caso di associazioni di imprese, la base di calcolo del massimo edittale è rappresentata dal valore complessivo dei contributi associativi".

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

Le Linee Guida riservano un paragrafo specifico alla determinazione del valore delle vendite (prodromico al calcolo delle sanzioni) in caso di intese in ambito di appalti pubblici, tema particolarmente delicato e cruciale nella definizione delle priorità dell'Autorità (cfr., *Vademecum per le stazioni appaltanti – Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*).

In particolare, il § 18 delle Linee Guida stabilisce che *“in generale, anche nei casi di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. In linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi ad essa aggiudicati nelle procedure oggetto di infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione ai sensi dei paragrafi precedenti.*

In ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato, l'Autorità potrà prendere in considerazione anche il valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato dall'infrazione (comprensivo dunque di tutte le vendite realizzate dall'impresa nel mercato rilevante e non solo di quelle oggetto della gara d'appalto interessata) nell'ultimo anno intero in cui si è realizzata l'infrazione, se del caso modulato in funzione della sua durata ai sensi dei paragrafi precedenti”.

Il testo sembra introdurre una regola generale, secondo la quale il valore delle vendite corrisponde agli importi aggiudicati a ciascuna impresa nella singola procedura interessata dall'infrazione. Tale regola, tuttavia, viene integrata, se non addirittura derogata, dal periodo successivo, in base al quale *“l'Autorità potrà prendere in considerazione anche il valore delle vendite relative all'intero mercato [...] interessato dall'infrazione [...]”.*

Pur mosso dall'apprezzabile intento di emanare una regola chiara in un settore complesso, il testo proposto non fornisce i chiarimenti che gli operatori legittimamente attendono. L'attuale formulazione, infatti, lascia un margine di discrezionalità eccessivamente ampio e privo di criteri di riferimento nella scelta, da parte dell'Autorità, della regola generale (importo delle aggiudicazioni) ovvero della deroga (fatturato nell'intero mercato).

E' necessario, pertanto, che il testo venga riformulato per chiarire:

- se il criterio introdotto nel secondo periodo del § 18 integra la regola generale di cui al primo periodo (*“l'Autorità potrà prendere in considerazione **anche** il valore complessivo [...]”*, enfasi aggiunta) oppure rappresenta un'alternativa e, quindi, una deroga. In tale secondo caso – che appare la soluzione più adeguata – occorrerà riformulare il testo, sostituendo la parola *“anche”* con la locuzione *“in alternativa al periodo precedente”*;
- quali sono i presupposti per l'applicazione dei criteri di cui al secondo periodo che, nell'attuale formulazione, sono eccessivamente generici e vaghi (*“in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato”*). In ogni caso, anche alla luce delle considerazioni esposte al precedente par. 2, è necessario che l'Autorità renda noto alle parti se, in un dato procedimento, intende irrogare le eventuali sanzioni in applicazione dei criteri di cui al primo ovvero al secondo periodo del § 18, consentendo alle imprese interessate di presentare, in contraddittorio, le opportune deduzioni sul punto.

3.3 **Percentuale del valore delle vendite in funzione della gravità dell'infrazione (§ 11 – 14)**

In conformità agli Orientamenti, le Linee Guida (§§ 11 - 14) prevedono che:

- la percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce sarà determinata in funzione del grado di gravità della violazione;
- tale percentuale non sarà superiore al 30 % del valore delle vendite;
- nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione;
- per i cartelli, ritenuti per definizione "infrazioni gravi", la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%;
- nel caso delle infrazioni plurisoggettive, l'Autorità potrà considerare ai fini della valutazione di gravità la quota di mercato aggregata detenuta dal complesso delle imprese che hanno partecipato all'infrazione;
- ulteriori criteri di qualificazione della gravità, di cui l'Autorità terrà conto ai fini della scelta della percentuale da applicare al valore delle vendite, sono: i) le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (quali, ad esempio, il livello di concentrazione, l'esistenza di barriere all'entrata); ii) il pregiudizio all'innovazione; iii) l'attuazione o meno della pratica illecita; iv) la rilevanza dell'impatto economico o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi.

Anche in questo caso, ribadendo quanto esposto al precedente par. 2, è necessario che l'Autorità metta le parti dei singoli procedimenti in condizione di conoscere tempestivamente l'ammontare del valore delle vendite che verrà preso in considerazione per il calcolo delle sanzioni, unitamente ad ogni altro fattore ritenuto idoneo ad incidere sulla determinazione degli importi finali.

3.4 **Circostanze aggravanti e circostanze attenuanti (§§ 19 – 24)**

(A) Sull'incidenza delle circostanze ai fini dell'adeguamento dell'importo base (§ 20)

Ai fini dell'adeguamento dell'importo base della sanzione, le Linee Guida prevedono l'applicabilità, da parte dell'Autorità, di circostanze aggravanti ovvero attenuanti. Carattere innovativo assume la proposta di quantificare, almeno in linea di massima, l'incidenza di ciascuna attenuante entro il 15% e l'impatto complessivo – in caso di più attenuanti – entro il 50% (§ 20).

Come si legge nella Relazione (pag. 14), tale proposta è finalizzata a *"fornire, non solo all'Autorità, ma anche al giudice amministrativo in sede di eventuale rideterminazione della sanzione, un parametro di riferimento omogeneo"*.

L'obiettivo che l'Autorità intende perseguire è senza dubbio meritevole di condivisione. Al riguardo, tuttavia, il Consiglio di Stato ha di recente stabilito che *"l'applicazione delle richiamate circostanze ai fini della determinazione del valore finale della sanzione debba avvenire in assenza di qualunque applicazione meccanica e meramente matematica e assumendo quale principale parametro di riferimento l'effettiva idoneità del quantum della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della"*

condotta contestata all'impresa colpevole della partecipazione a un'intesa anticoncorrenziale" (Sentenza n. 3170 del 23 giugno 2014, enfasi aggiunta).

Il testo del § 20 delle Linee Guida dovrebbe, pertanto, essere integrato allo scopo di recepire le prescrizioni del Giudice Amministrativo, prevedendo espressamente che il risultato del calcolo non dovrà inficiare l'effettiva idoneità del *quantum* della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della condotta contestata all'impresa colpevole della partecipazione a un'intesa anticoncorrenziale.

(B) L'aggravante concernente i servizi di interesse economico generale (§ 21, ultimo trattino)

I fattori che possono essere presi in considerazione dall'Autorità per adeguare l'importo base della sanzione in aumento o in diminuzione corrispondono sostanzialmente a quelli elencati negli Orientamenti, con le seguenti previsioni innovative.

Tra le circostanze aggravanti, le Linee Guida menzionano il fatto di "*essere impresa che esercita la gestione di servizi di interesse economico generale e ha la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza*" (§ 21, ultimo trattino).

Sul punto, le Linee Guida e la Relazione non forniscono ulteriori delucidazioni. A stretto rigore, l'aggravante dovrebbe essere integrata solo laddove ricorrano, in concreto, entrambi gli elementi indicati nel testo, quando cioè un'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale abbia effettivamente la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza connesse a quel determinato servizio. Sarebbe auspicabile una modifica del testo in tal senso.

(C) L'attenuante delle misure riparatorie (§ 23)

Relativamente alle circostanze attenuanti, il § 23 individua, in primo luogo, il fatto che "*un'impresa abbia adottato tempestivamente iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all'infrazione e/o prevedendo e attuando spontaneamente misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito. La mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'istruttoria non costituisce una circostanza attenuante*".

La disposizione, nell'attuale formulazione, risulta nei fatti di difficile applicazione, soprattutto nella parte in cui prevede "*l'attuazione spontanea di misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito*", prima dell'avvio dell'istruttoria. Affinché possa beneficiare di una simile attenuante, infatti, l'impresa dovrebbe, prima dell'avvio dell'istruttoria, riconoscere di aver commesso un illecito e di aver cagionato un pregiudizio a favore di determinati soggetti, provvedendo altresì ai relativi risarcimenti.

In tal modo, tuttavia, si realizzerebbe un'inammissibile anticipazione di giudizio di carattere confessorio, perché l'impresa si troverebbe nella condizione di aver ammesso la propria responsabilità nella realizzazione dell'illecito. La medesima impresa, inoltre, vedrebbe pregiudicata la possibilità di essere ammessa ai benefici di un programma di clemenza, atteso che la prima condizione per l'accesso al trattamento favorevole consiste nel "*porre fine alla propria partecipazione all'intesa immediatamente dopo aver presentato la domanda di trattamento favorevole [...]. L'Autorità, tuttavia, può richiedere o consentire all'impresa di non sospendere taluni comportamenti, qualora ciò sia ritenuto necessario al fine di salvaguardare il buon esito degli accertamenti*" (enfasi aggiunte).

Il testo dovrebbe, pertanto, essere riformulato nel senso di consentire l'applicazione di una simile circostanza attenuante alle imprese che, anche dopo l'avvio dell'istruttoria, dichiarino la propria disponibilità a porre in essere misure di carattere indennitario in

favore di soggetti che si ritengano danneggiati dall'asserito illecito e fatto salvo l'accertamento di quest'ultimo in via definitiva.

(D) L'adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance (§ 23, ultimo trattino)

Particolarmente significativa è la proposta, contenuta al § 23, ultimo trattino, delle Linee Guida, di considerare come circostanza attenuante *“l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali. La mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerato di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma”*.

Il riconoscimento del valore dei programmi di *compliance antitrust* da parte dell'Autorità ai fini della determinazione delle sanzioni costituisce certamente un incentivo per le imprese ad adottare (ovvero aggiornare) linee guida interne volte a diffondere una maggiore consapevolezza della normativa sulla concorrenza e dei relativi rischi.

In ogni caso, l'Autorità dovrebbe rendere noto quali elementi (oggettivi e misurabili) possano essere ritenuti idonei a fornire “ dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma”: ad esempio, tale elemento dovrebbe ritenersi integrato nel caso in cui l'impresa dia prova della periodica frequenza, da parte del personale chiave dell'azienda, di corsi di formazione e aggiornamento mirati, anche attraverso strumenti informatici.

(E) L'attenuante c.d. “amnesty plus” (§ 24)

Al § 24, le Linee Guida contemplano la circostanza attenuante corrispondente al c.d. *“amnesty plus”*, secondo cui *“l'importo della sanzione potrà essere ulteriormente ridotto fino al 50% dell'importo di base qualora nel corso dell'istruttoria l'impresa fornisca informazioni e documentazione che, anche attraverso un'ispezione mirata, siano decisive per l'accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento e ricadente nell'ambito di applicazione del programma di clemenza, laddove l'impresa benefici dell'immunità condizionata dalle sanzioni per tale infrazione diversa ai sensi dei paragrafi 2 e 12 del programma di clemenza”*.

La previsione di una circostanza attenuante atta ad incidere in misura notevole sulla determinazione dell'importo base (fino al 50%) con effetto premiale sull'impresa che collabori alla scoperta di un distinto illecito può generare positivi riscontri in termini di *detection* delle infrazioni. Nel contempo, tuttavia, una simile circostanza attenuante può determinare seri problemi applicativi, dal momento che necessariamente instaura un collegamento strutturale tra due diversi procedimenti, con conseguenti rallentamenti e sovrapposizioni.

La prassi dell'Autorità in materia di programmi di clemenza dimostra, infatti, che dalla data della richiesta di ammissione al beneficio a quella di effettivo avvio di un'istruttoria possono trascorrere diversi mesi. Nel frattempo, la posizione dell'impresa già parte di un procedimento non potrebbe essere definita, fino a quando non emergano riscontri effettivi circa la sua domanda di trattamento favorevole. Ovvie ragioni di tutela della confidenzialità osterebbero ad uno stralcio della singola posizione rispetto a quella delle altre parti. Per l'effetto, l'istanza di una delle parti rallenterebbe il procedimento per tutte le altre e lo strumento potrebbe, quindi, prestarsi ad utilizzi dilatori.

La Relazione non fornisce alcun elemento ulteriore di valutazione sul punto. Si raccomanda, pertanto, di effettuare un'approfondita analisi dell'impatto che una simile previsione potrebbe determinare sull'economia procedimentale.

4. Conclusioni

Lo Studio accoglie positivamente la proposta di Linee Guida, ma reputa altresì auspicabili le seguenti precisazioni:

- le Linee Guida devono vincolare l’Autorità nella determinazione delle sanzioni, salvo casi eccezionali di cui deve essere fornita adeguata motivazione, con congruo anticipo, alle parti del procedimento, onde consentire ad esse il contraddittorio pieno anche sui criteri di calcolo delle ammende;
- le Linee Guida devono essere integrate allo scopo di consentire alle parti del procedimento di esercitare il diritto di difesa su tutti gli elementi che l’Autorità intende prendere in considerazione per la commisurazione delle sanzioni nel singolo caso, in conformità alle *Best Practices* della Commissione;
- in materia di sanzioni applicabili alle associazioni di imprese, in conformità con quanto previsto al § 10, il § 28 delle Linee Guida (“Massimo edittale”), dovrebbe essere integrato onde prevedere espressamente che “In caso di associazioni di imprese, la base di calcolo del massimo edittale è rappresentata dal valore complessivo dei contributi associativi”;
- con riferimento alla collusione in ambito di gare, il testo del § 18 dovrebbe essere integrato allo scopo di:
 - (i) chiarire se il criterio introdotto nel secondo periodo completa la regola generale di cui al primo periodo (“*l’Autorità potrà prendere in considerazione anche il valore complessivo [...]*”, enfasi aggiunta) oppure rappresenta un’alternativa e, quindi, una deroga. In tale secondo caso – che appare la soluzione più adeguata – occorrerà riformulare il testo, sostituendo la parola “anche” con la locuzione “in alternativa al periodo precedente”;
 - (ii) specificare quali sono i presupposti per l’applicazione dei criteri di cui al secondo periodo che, nell’attuale formulazione, sono eccessivamente generici e vaghi (“*in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato*”). In ogni caso, è necessario che l’Autorità renda noto alle parti se, in un dato procedimento, intende irrogare le eventuali sanzioni in applicazione dei criteri di cui al primo ovvero al secondo periodo del § 18, consentendo alle imprese interessate di presentare, in contraddittorio, le opportune deduzioni sul punto;
- con riferimento all’incidenza delle circostanze aggravanti e attenuanti, individualmente e nel loro complesso, sull’adeguamento dell’importo base delle sanzioni il testo del § 20 delle Linee Guida dovrebbe prevedere espressamente che “il risultato del calcolo non dovrà inficiare l’effettiva idoneità del quantum della sanzione a tenere conto nel modo più adeguato possibile della specifica gravità della condotta contestata all’impresa colpevole della partecipazione a un’intesa anticoncorrenziale”;
- in merito alla circostanza aggravante di cui al § 21, ultimo trattino, le Linee Guida dovrebbero precisare che la fattispecie è integrata solo al ricorso, in concreto, di entrambi gli elementi indicati nel testo, quando cioè un’impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale abbia effettivamente la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza connesse a quel determinato servizio;
- in ordine alla circostanza attenuante consistente nell’aver posto in essere iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, il testo del § 23 dovrebbe essere riformulato nel senso di consentire l’applicazione di una simile circostanza attenuante alle imprese che, anche dopo l’avvio dell’istruttoria, dichiarino la propria disponibilità a porre in essere misure di carattere indennitario in favore di soggetti che si ritengano danneggiati dall’asserito illecito e fatto salvo l’accertamento di quest’ultimo in via definitiva;

- ferma restando la piena condivisibilità della proposta di riconoscere valore di attenuante all'adozione e concreta implementazione di un programma di *compliance antitrust*, le Linee Guida (§ 23, ultimo trattino) dovrebbero indicare, almeno in linea di massima, quali elementi (oggettivi e misurabili) possano essere ritenuti idonei a fornire "dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma";
- la proposta di introdurre, tra le circostanze attenuanti, il fatto che un'impresa consenta all'Autorità di accertare una distinta infrazione (c.d. "amnesty plus"), peraltro con riduzione fino al 50% dell'importo base, deve essere valutata attentamente, alla luce dell'esperienza dell'Autorità in materia di programmi di clemenza, allo scopo di evitare un utilizzo strumentale e dilatorio dell'istituto.

Roma, 30 giugno 2014

Con osservanza,

Studio legale Associato con Simmons & Simmons LLP

Dipartimento EU, Competition and Regulatory

Via di San Basilio, 72

00187 Roma

T. 06.80.955.1

F. 06.80.955.955

E-mail: Filippo.Fioretti@simmons-simmons.com

Ernesto.Pignataro@simmons-simmons.com