

Spett.le
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Piazza G. Verdi 6/A
00198 Roma

Via E-Mail

29 giugno 2014

OGGETTO: Consultazione pubblica sulle Linee Guida relative alla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in materia di concorrenza

Egregi Signori,

con la presente, intendiamo innanzitutto manifestare a codesta Autorità il nostro vivo apprezzamento per la decisione da questa assunta di dotarsi, conformemente alla miglior prassi internazionale, di linee guida volte ad individuare con maggior precisione il percorso metodologico e l'*iter* di calcolo per la quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in materia di concorrenza.

Con egual favore, inoltre, accogliamo la decisione di sottoporre le suddette linee guida ad una consultazione che dia modo a tutti i soggetti interessati di presentare le proprie osservazioni, occasione preziosa che, con la presente, intendiamo cogliere formulando, nel prosieguo della presente comunicazione, alcune riflessioni, che ci auguriamo possano contribuire a superare alcune possibili criticità e rispettosamente sottoponiamo alla Vostra attenzione.

A. Durata dell'infrazione: moltiplicatore

Con riferimento al paragrafo 16 delle Linee Guida sulla Modalità di Applicazione dei Criteri di Quantificazione delle Sanzioni Amministrative Pecuniarie irrogate dall'Autorità oggetto di consultazione (le "**Linee Guida**"), riteniamo che la modalità di calcolo del moltiplicatore ivi prospettata possa prestarsi a favorire l'individuazione di una durata fittizia, potenzialmente anche molto diversa dall'effettivo periodo di partecipazione del soggetto sanzionato all'infrazione, e, di conseguenza, risultare nell'applicazione di una sanzione sproporzionata.

Tale rischio è stato, d'altra parte, rilevato dallo stesso Tribunale dell'Unione Europea che, nella sentenza T-566/08 *Total Refinage Marketing/Commissione* del 13 settembre 2013, ha ritenuto necessario rivedere il coefficiente moltiplicatore applicato in ragione della durata dell'infrazione

Questa comunicazione è da considerarsi confidenziale, protetta dal segreto professionale e riservata ad uso esclusivo del solo destinatario.

Studio Legale Associato in associazione con Linklaters LLP è associato a Linklaters LLP, una società a responsabilità limitata iscritta presso il Registro delle Imprese di Inghilterra e Galles al numero OC326345. Il termine "socio" o "partner" è utilizzato per individuare un socio di Linklaters LLP o di uno studio ad essa associato ovvero un collaboratore o consulente con equivalente status. Un elenco dei soci di Linklaters LLP e dei professionisti con status equivalente (e delle loro rispettive qualifiche professionali) è a disposizione presso la sede legale di Linklaters LLP all'indirizzo One Silk Street, London EC2Y 8HQ, Inghilterra e sul sito www.linklaters.com. Un elenco dei soci di Studio Legale Associato in associazione con Linklaters LLP e dei professionisti con status equivalente è a disposizione all'indirizzo riportato nell'intestazione.

Per ulteriori informazioni sullo status giuridico della Società, Vi invitiamo a consultare la pagina web www.linklaters.com/regulation.

al fine di tener conto della durata effettiva della partecipazione all'infrazione ed assicurare, per tale via, il rispetto dei principi di parità di trattamento e proporzionalità della sanzione¹.

In tale prospettiva si osserva come un aumento del moltiplicatore pari a 0,5 in relazione a periodi di tempo potenzialmente molto inferiori al semestre (oppure pari a 1 per periodi inferiori all'anno), specie se applicato ad ammontari già di per sé elevati, comporterebbe la determinazione di un importo base eccessivo e tanto più sproporzionato quanto più la frazione d'anno considerata sia inferiore, rispettivamente, al semestre o all'anno.

Inoltre, gli ulteriori possibili adeguamenti della sanzione relativi ad eventuali aggravanti e/o attenuanti applicabili all'impresa sanzionata sono applicabili all'importo base come determinato ai sensi dei paragrafi 7 – 18 delle Linee Guida e scontano quindi tutti i possibili difetti della determinazione di quest'ultimo.

Suggeriamo quindi di ripensare le modalità di calcolo delle frazioni di anno di durata dell'infrazione di cui al paragrafo 16 delle Linee Guida al fine di tener conto dei mesi effettivi, arrotondati per difetto, di partecipazione all'infrazione.

B. Collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici

Con riferimento al paragrafo 18 delle Linee Guida, segnaliamo l'opportunità di chiarire quali sarebbero i criteri applicabili alle imprese partecipanti alla pratica concertativa che non risultassero aggiudicatarie nelle procedure oggetto di infrazione, nel rispetto dei principi di proporzionalità e parità di trattamento.

C. Recidiva

Con riferimento al paragrafo 22 delle Linee Guida, suggeriamo, nel rispetto del principio di certezza del diritto, che le relative previsioni siano riviste nel senso che l'aggravante della recidiva sia applicata solo là dove la decisione dell'Autorità o della Commissione Europea che abbia precedentemente accertato infrazioni simili o della stessa tipologia sia passata in giudicato.

D. Programmi di *compliance*

Con riferimento al paragrafo 23, ultimo punto, delle Linee Guida, accogliamo con favore la scelta operata da codesta Autorità di considerare l'adozione di uno specifico programma di *compliance*, adeguato ed in linea con le *best practice* europee e nazionali, quale circostanza attenuante ai fini del calcolo della sanzione, là dove sia dimostrabile un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma.

L'attuale formulazione di tale disposizione, tuttavia, sconta una certa genericità con riguardo ai requisiti minimi necessari perché l'impresa sanzionata possa beneficiare dell'attenuante in esame. Peraltro, l'adozione e il rispetto di un programma efficace di *compliance* dovrebbero escludere *a priori* qualsiasi ipotesi di violazione delle norme a tutela della concorrenza.

Suggeriamo quindi di chiarire meglio - eventualmente, ove codesta Autorità lo ritenesse preferibile, anche in un documento distinto dalle Linee Guida attualmente sottoposte a consultazione - quali siano i requisiti minimi necessari affinché un programma di *compliance* possa dirsi, a parere dell'Autorità, in linea con le *best practice* europee e nazionali e - in

¹ Vedasi anche T-220/00 *Cheil Jedang/Commissione*, 9 luglio 2003, Racc. pag. II-2473 nonché T-101/05 e T-111/05 *BASF UCB/Commissione*, 12 dicembre 2007, Racc. pag. II-4949.

particolare - cosa debba intendersi per "effettivo e concreto impegno al rispetto" del programma di compliance.

E. Informazioni utili all'accertamento di una diversa infrazione

Con riferimento al paragrafo 24 delle Linee Guida, osserviamo che l'attuale formulazione - e, in particolare, l'uso del termine "potrà" riferito all'applicazione della riduzione in esame - non sembra garantire che al ricorrere delle condizioni previste dal paragrafo 24 codesta Autorità applicherà effettivamente la riduzione ivi prevista.

Suggeriamo, nel rispetto dei principi di trasparenza e prevedibilità che le linee guida intendono garantire - ancor più rilevanti là dove le indicazioni fornite da codesta Autorità possono incidere sulle scelte delle imprese in materia di *leniency* - di rivedere l'attuale formulazione prevedendo che, al ricorrere delle condizioni di cui al paragrafo 24, l'importo della sanzione sarà ulteriormente ridotto fino al 50% dell'importo di base.

F. Importo degli utili illeciti

Con riferimento al paragrafo 26 delle Linee Guida, osserviamo che la sua attuale ampia formulazione potrebbe prestarsi ad interpretazioni non necessariamente coerenti con la finalità di deterrenza specifica che tale disposizione tende a garantire.

Suggeriamo di circoscrivere l'ambito di applicazione della eventuale maggiorazione *de qua* alle sole ipotesi in cui l'importo complessivo della sanzione - comprensivo di eventuali circostanze aggravanti ed attenuanti, maggiorazioni e riduzioni - risulti inferiore agli utili illeciti conseguiti per effetto dell'infrazione (qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi). In ogni caso, la maggiorazione *de qua* non dovrebbe superare l'importo necessario a compensare tali utili illeciti.

G. Capacità contributiva

Accogliamo con favore l'iniziativa di codesta Autorità di prevedere nelle Linee Guida, al paragrafo 30, la possibilità di tener conto dell'effettiva limitata capacità contributiva dell'impresa sanzionata.

Riteniamo tuttavia che la necessità di dimostrare che l'imposizione della sanzione comminata ai sensi delle linee guida determinerebbe "l'effettiva (e non solo probabile) uscita dal mercato" del soggetto sanzionato si traduca in un onere eccessivamente gravoso a carico dell'impresa interessata, estremamente difficile da soddisfare *ex ante*.

Suggeriamo dunque di rivedere la formulazione attuale della previsione nel senso che risulti sufficiente, ai fini della riduzione della sanzione, che l'uscita dal mercato dell'impresa a causa dell'ammontare della sanzione sia altamente probabile.

Sarebbe inoltre di grande utilità se codesta Autorità potesse fornire ulteriori indicazioni in merito alla metodologia di analisi che essa intende applicare (sulla scorta, ad esempio, di quanto previsto dall'*Information Note* europea del 12 giugno 2010², para. 7), nonché su quale sia la tipologia di evidenze che le imprese interessate sarebbero chiamate a produrre.

² *Information Note by Almunia and Lewandowski, Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre – and post – decision finding an infringement and imposing fines*, 12 giugno 2010.

Linklaters

Nel ringraziare per l'opportunità fornita di presentare osservazioni, inviamo cordiali saluti.



Studio Legale Associato in associazione con Linklaters LLP