

OSSERVAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA SULLA BOZZA DI COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 14- QUATER DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

INTRODUZIONE

L'Associazione Antitrust Italiana (l'“AAI”) intende presentare le proprie osservazioni con riguardo alla Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-*quater* della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la “Comunicazione”).

In via preliminare, l'AAI ringrazia l'Autorità per l'opportunità di confronto accordata. L'avvio di una consultazione pubblica consente infatti di risolvere *ex ante* i dubbi interpretativi che potrebbero successivamente sorgere in sede di applicazione delle disposizioni della Comunicazione; da ciò potranno discendere, *inter alia*, un migliore svolgimento, in termini di efficienza e trasparenza, della procedura transattiva di cui trattasi, nonché una maggiore certezza del diritto per i soggetti interessati.

Prima di procedere all'esposizione dei commenti riferibili a singole previsioni, è opportuno premettere alcune osservazioni di carattere generale.

A. Impugnabilità del provvedimento di *settlement*

In primo luogo, con riferimento all'impugnabilità del provvedimento, si suggerisce di chiarire che, in linea con i principi costituzionali in punto di incomprimibilità del diritto di azione avverso gli atti della Pubblica Amministrazione (art. 113 Cost.), nonché con quello, ad esso collegato, di “*inconfigurabilità della rinuncia preventiva all'azione giudiziale, anteriore alla venuta ad esistenza del provvedimento lesivo*” (da ultimo, Cons. Stato, VII, 4022/2022), rimane intatto il pieno diritto di azione avverso la pretesa sanzionatoria. Del resto, non sarebbe sul punto richiamabile la disciplina concernente le (peraltro parziali) limitazioni all'azione di annullamento nella transazione privatistica, atteso che quest'ultima presuppone la disponibilità dei diritti oggetto di transazione (art. 1966 c.c.), né si potrebbe fare riferimento alla disciplina sugli accordi integrativi di cui all'art. 11, L. 241/1990, in considerazione del fatto che essi debbono essere diretti a “*determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale*”, mentre l'accertamento sulla sussistenza dell'illecito ha natura vincolata.

B. Coordinamento fra *settlement* e impegni

Secondariamente, ad avviso dell'AAI, il coordinamento tra le procedure di *settlement* e di impegni risulta, per le ragioni esplicitate di seguito, difettare di chiarezza, rischiando conseguentemente di essere soggetto a molteplici interpretazioni (in particolare il par. 7 della Comunicazione, laddove prevede che, *"Per le stesse ragioni, fermo restando il termine di cui all'articolo 14-ter, comma 1, della legge, di regola l'Autorità non esaminerà impegni presentati a seguito della ricezione della comunicazione di cui al punto 4"*).

Anzitutto, l'inciso *"per le stesse ragioni"* (tese a giustificare la non proponibilità della richiesta di immunità dopo la comunicazione di cui al par. 4, vista l'idoneità delle evidenze documentali raccolte dall'Autorità a provare l'infrazione) appare inadeguato in relazione alla diversa fattispecie degli impegni, stante la differente natura delle due procedure e degli obiettivi che perseguono. Al più, potrebbe venire meno uno dei presupposti degli impegni (la celere conclusione del procedimento) se si inanellassero più sub-procedimenti tra loro alternativi.

In secondo luogo, quanto ai termini, sarebbe auspicabile che si provvedesse a un coordinamento tra i paragrafi 1 e 7 della Comunicazione *settlement* e il par. 3 della Comunicazione in materia di impegni (Delibera AGCM 6 settembre 2012, n. 23863), precisando che, in caso di una motivata e tempestiva istanza di parte per derogare al termine di cui all'art. 14-ter, comma 1, L. 287/90, l'Autorità non potrà dare seguito alla procedura di *settlement* (i) sino al momento di rigetto dell'istanza oppure (ii) in caso di accoglimento, fino alla scadenza del nuovo termine assegnato alla parte per la presentazione degli impegni. Questa soluzione non inciderebbe sulle tempistiche prospettate dall'Autorità, ma garantirebbe esplicitamente alle parti una finestra più ampia per proporre impegni che potranno essere oggetto di valutazione.

C. Discussioni per giungere a una transazione

Infine, si suggerisce di precisare che, nell'ambito della procedura, i contatti bilaterali cui è fatto riferimento avverranno tra la Direzione istruttoria responsabile del procedimento e ciascuno dei candidati.

Ciò premesso, seguiranno, nelle successive sezioni, osservazioni puntuali in merito alle singole previsioni della Comunicazione. Per comodità espositiva, si è provveduto a riprodurre il testo della Comunicazione, inserendo, all'interno dei riquadri, gli eventuali commenti.

COMUNICAZIONE RELATIVA ALL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 14-*quater* DELLA LEGGE 10 OTTOBRE 1990, N. 287

A. Premessa

Con la presente Comunicazione l'Autorità definisce, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, le regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione nonché l'entità della riduzione della sanzione da applicare in caso di completamento con successo della procedura prevista dall'articolo 14-*quater*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ("l. 287/1990") introdotto dall'articolo 34, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118.

L'articolo 34 comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118 prevede infatti che dopo l'articolo 14-ter della l. 287/1990, sia inserito il seguente: «Art. 14-*quater*. (Procedura di transazione). 1. Nel corso dell'istruttoria aperta ai sensi dell'articolo 14, comma 1, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione. 2. L'Autorità può informare le parti che partecipano a discussioni di transazione circa: a) gli addebiti che intende muovere nei loro confronti; b) gli elementi probatori utilizzati per stabilire gli addebiti che intende muovere; c) versioni non riservate di qualsiasi specifico documento accessibile, elencato nel fascicolo in quel momento, nella misura in cui la richiesta della parte sia giustificata al fine di consentirle di accertare la sua posizione in merito a un periodo di tempo o a qualsiasi altro aspetto particolare del cartello; d) la forcella delle potenziali ammende. Tali informazioni sono riservate nei confronti di terzi salvo che l'Autorità ne abbia esplicitamente autorizzato la divulgazione. 3. In caso di esito favorevole di tali discussioni, l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono impegnarsi a seguire la procedura di transazione presentando proposte transattive che rispecchino i risultati delle discussioni svolte e in cui riconoscano la propria partecipazione a un'infrazione degli articoli 2 e 3 della presente legge ovvero degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché la rispettiva responsabilità.4.

L’Autorità può decidere in qualsiasi momento di cessare completamente le discussioni in vista di una transazione, anche rispetto a una o più parti specifiche, qualora ritenga che sia comunque compromessa l’efficacia della procedura. Prima che l’Autorità fissi un termine per la presentazione delle proposte di transazione, le parti interessate hanno il diritto a che sia loro divulgata a tempo debito, su richiesta, l’informazione specificata nel comma 2. L’Autorità non è obbligata a tener conto di proposte di transazione ricevute dopo la scadenza del termine suddetto. 5. L’Autorità definisce con proprio provvedimento generale, in conformità con l’ordinamento dell’Unione europea e garantendo il diritto al contraddittorio, le regole procedurali che disciplinano la presentazione e la valutazione delle proposte di transazione di cui al presente articolo e l’entità della riduzione della sanzione di cui all’articolo 15, comma 1-bis, da accordare in caso di completamento con successo della procedura».

B. Procedura

(i) Avvio del procedimento e fasi esplorative riguardanti la transazione

1. Nel corso dei procedimenti avviati ai sensi dell’articolo 14 della legge n. 287/90 (la “legge”), intesi ad accertare una violazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (il “TFUE”) e/o degli articoli 2 o 3 della legge, l’Autorità, decorso il termine di cui all’articolo 14-ter, comma 1, della legge, può verificare l’interesse delle parti a una eventuale transazione.

Rispetto all’ambito di applicazione della bozza di Comunicazione, l’AAI ritiene che siano necessarie alcune valutazioni in merito all’estensione della procedura di transazione alle fattispecie (i) di intese restrittive della concorrenza verticali e (ii) di abuso di posizione dominante.

Quanto alle **intese verticali**, l’articolo 34, comma 1, della legge n. 118/2022, non specifica se la procedura di transazione debba applicarsi anche a tali fattispecie. Il testo di legge, di contro, fa esplicito riferimento alla sola fattispecie del “*cartello*” (v. comma 2, lett. c). Sul punto, si osserva che, in ragione della posizione, spesso non paritaria, delle imprese partecipanti, almeno in alcune tipologie di accordi verticali (si pensi, ad esempio, al *price fixing* o al RPM, nelle quali, generalmente, l’acquirente è parte “debole” del rapporto), estendere le procedure di transazione anche a tali intese comporterebbe il rischio di avviare procedure di transazione in cui l’unico soggetto realmente interessato a parteciparvi sarà il fornitore. Si suggerisce,

pertanto, di escludere dall'ambito di applicazione dell'istituto in esame quantomeno gli accordi verticali c.d. *hardcore*. Nel caso in cui codesta Autorità volesse applicare la procedura di transazione anche agli accordi verticali, si auspica che la Comunicazione, nella sua versione finale, indichi le modalità con cui l'istituto verrà applicato anche alle intese verticali.

Quanto alle ipotesi di **abuso di posizione dominante**, si suggerisce di specificare in che modo la procedura di transazione sarà applicata nei casi di violazione degli artt. 3 della legge n. 287/1990 e/o 102 del TFUE. Tale integrazione si rende opportuna anche in considerazione del fatto che nemmeno la Comunicazione della Commissione sul *settlement* reca indicazioni per i casi di abuso di posizione dominante.

Ad avviso dell'AAI, in alcuni casi, il riferimento espresso al termine di cui all'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge n. 287/1990 come periodo di "*stand still*" rischia di stridere con le esigenze di celerità e di risparmio di risorse sottese alla procedura di transazione. In particolare, si fa riferimento ai casi di intese orizzontali considerate gravi per le quali codesta Autorità ritiene non opportuno ammettere gli impegni presentati dalle parti (v. Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-*ter* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, punti 6 e 9). In tali ipotesi, la stessa Autorità attenderebbe infruttuosamente il decorso del predetto termine di 3 mesi, prima di verificare l'interesse delle parti a una eventuale transazione.

Nel caso in cui la versione finale della Comunicazione dovesse confermare il riferimento al termine di cui all'articolo 14-*ter*, comma 1, della legge n. 287/1990, si suggerisce di meglio coordinare i punti 1 e 7 della bozza in consultazione, in quanto al punto 1 si specifica che l'Autorità può verificare l'interesse delle parti a una eventuale transazione solo dopo la scadenza del termine di cui all'art. 14-*ter*, comma, 1 della legge n. 287/1990, mentre al punto 7 si riporta che l'Autorità non esaminerà impegni presentati a seguito della ricezione della comunicazione di cui al punto 4.

2. L'iniziativa di procedere a tale verifica spetta esclusivamente all'Autorità. La domanda in tal senso formulata dalle parti nel procedimento prima della comunicazione di cui al punto 4 è irricevibile.

Fermo restando quanto previsto dal successivo punto 8 della Comunicazione,

sebbene la procedura formale di transazione inizi a seguito della comunicazione di cui al punto 4, anche le parti interessate dovrebbero poter indicare la propria disponibilità all'avvio di una procedura di transazione. In tale prospettiva, si suggerisce, pertanto, di valutare l'eliminazione dell'inciso *“La domanda in tal senso formulata dalle parti nel procedimento prima della comunicazione di cui al punto 4 è irricevibile”*, chiarendo, eventualmente, che l'Autorità non è tenuta a fornire un riscontro su tali eventuali richieste. Inoltre, l'attuale formulazione del punto 2 non appare coerente con quanto riportato al punto 8, che contempla l'ipotesi in cui *“alcune parti del procedimento manifestino il proprio interesse ad avviare discussioni di transazione”*.

3. Nell'esercizio della propria discrezionalità, l'Autorità valuterà in particolare la probabilità di addivenire rapidamente alla definizione del procedimento, completando con successo la procedura di transazione con riferimento all'insieme delle parti interessate, anche in considerazione del loro numero.

Ad avviso dell'AAI, è opportuno chiarire se, come sembra dall'attuale formulazione della bozza di Comunicazione, codesta Autorità intenda - quantomeno in linea di principio - evitare **procedimenti c.d. “ibridi”**.

Nel caso in cui, codesta Autorità dovesse contemplare nella procedura di transazione anche i c.d. casi “ibridi”, si suggerisce di precisare se, in tali ipotesi, l'Autorità intenda adottare, in successione, una decisione di transazione e una decisione al termine di un procedimento ordinario o se, invece, ritenga preferibile adottare contestualmente la decisione di transazione e la decisione ordinaria.

A tale proposito, sia permesso evidenziare che, in considerazione di alcuni recenti casi a livello europeo, l'adozione di decisioni in successione si è rivelata critica sotto il profilo del rispetto del principio di presunzione di innocenza rispetto alle imprese che hanno rifiutato di prendere parte alla transazione e che sono parti di un procedimento ordinario. Inoltre, si osserva che nel caso in cui venga prima emessa la decisione di transazione e poi la decisione ordinaria per le altre imprese non parti della procedura di transazione, potrebbero concretizzarsi disallineamenti tra il primo provvedimento non impugnato e non più impugnabile e il secondo provvedimento che potrebbe essere annullato dal Giudice amministrativo per vizi strutturali dell'intero illecito ipotizzato. Alla

luce di tali considerazioni, l'adozione (o pubblicazione) contestuale delle due decisioni appare preferibile, anche in considerazione degli inevitabili risvolti in sede di *private enforcement*.

Con riferimento ai **criteri posti a base della valutazione circa l'opportunità di avviare la transazione**, mutuando i criteri utilizzati dalla Commissione europea per dare inizio al procedimento di *settlement*, codesta Autorità potrebbe valutare di considerare, oltre al numero delle parti, anche, *inter alia*, il fatto che le parti siano o meno concordi sulla responsabilità dell'illecito ipotizzato in sede di avvio, il livello di contestazione dei fatti e la sussistenza di precedenti simili. Quanto alle ipotesi di abuso di posizione dominante, poi, si suggerisce di inserire nella bozza di Comunicazione dei criteri riferibili anche a tale fattispecie.

4. Qualora l'Autorità ritenga che il procedimento possa, in linea di principio, rivelarsi idoneo ad essere definito con una transazione, essa invita per iscritto le parti nei confronti delle quali intende muovere degli addebiti a manifestare il proprio interesse a partecipare alle discussioni in vista dell'eventuale transazione entro un termine non inferiore a 15 giorni. Tale comunicazione può intervenire in ogni fase del procedimento, fino alla comunicazione delle risultanze istruttorie.
5. Le parti manifestano per iscritto il proprio interesse a partecipare a discussioni in vista di un'eventuale transazione entro il termine di cui al punto 4. Detta dichiarazione scritta non implica il riconoscimento delle parti di partecipazione ad un'infrazione né di assunzione della relativa responsabilità.
6. Laddove il procedimento avviato dall'Autorità coinvolga più soggetti giuridici riconducibili al medesimo centro di controllo, e qualora essi intendano partecipare a discussioni per giungere ad una transazione, tali soggetti dovranno designare rappresentanti comuni debitamente autorizzati ad agire in loro nome e per loro conto, comunicando tale designazione all'Autorità entro la scadenza del termine di cui al punto 4. La designazione di rappresentanti comuni mira unicamente a facilitare le discussioni in vista della transazione e non pregiudica l'imputazione di responsabilità per l'infrazione alle diverse parti.

7. A far data dalla ricezione della comunicazione di cui al punto 4, non è più possibile richiedere il beneficio delle immunità dalle sanzioni ai sensi del programma di clemenza: ciò in quanto l'avvio della procedura di transazione postula l'idoneità delle evidenze documentali raccolte dall'Autorità a provare l'infrazione. Per le stesse ragioni, fermo restando il termine di cui all'articolo 14-ter, comma 1, della legge, di regola l'Autorità non esaminerà impegni presentati a seguito della ricezione della comunicazione di cui al punto 4. È tuttavia possibile, laddove ne ricorrano i presupposti, richiedere il beneficio della riduzione delle sanzioni fino alla scadenza del termine fissato con la comunicazione di cui al punto 4.

Come evidenziato con riguardo al punto 1, è auspicabile la rimozione del riferimento al **termine di cui all'articolo 14-ter, comma 1, della legge n. 287/1990**, dalla versione finale della Comunicazione. In tale prospettiva, ad avviso dell'AAI, non vi sono particolari ragioni che impediscano a codesta Autorità di esaminare gli *“impegni presentati a seguito della ricezione della comunicazione di cui al punto 4”*. Di contro, **consentire alle parti di sottoporre impegni anche dopo la ricezione della comunicazione di cui al punto 4**, in primo luogo, consentirebbe alle imprese investigate di poter continuare a beneficiare della prassi di codesta Autorità di valutare le proposte di impegni fino alla trasmissione della comunicazione delle risultanze istruttorie. In secondo luogo, l'Autorità si porrebbe nel solco della prassi della Commissione europea la quale ha dimostrato come sia possibile, in particolare per i casi di abuso, concludere un procedimento in modo atipico facendo ricorso a impegni e transazione (v. caso *AT.39759 - ARA Foreclosure*).

Sotto altro profilo, si suggerisce di esplicitare chiaramente che qualora siano già stati presentati impegni (prima della comunicazione di cui al punto 4), ma l'Autorità non li abbia ritenuti idonei, non sarà comunque preclusa alle parti la possibilità di accedere alla procedura di transazione.

Ancora, si suggerisce di riprendere, anche alla luce del richiamo al rispetto del diritto dell'Unione europea di cui al comma 5 dell'art. 14-*quater* della legge n. 287/1990, la formulazione di cui alla Comunicazione della Commissione (punto 13) secondo cui *“La Commissione può non prendere in considerazione richieste di immunità dalle ammende o di riduzione delle ammende a norma della comunicazione sul trattamento favorevole adducendo che sono state presentate dopo la scadenza del termine di cui al punto 11”*. Ad esempio, ad avviso dell'AAI, **non dovrebbe essere esclusa *tout court* la possibilità di**

accedere all'immunità, anche dopo la comunicazione di cui al punto 4, posto che una parte potrebbe fornire prove aggiuntive estendendo la durata dell'illecito ipotizzata nel provvedimento di avvio e, su tali basi, beneficiare di una immunità su tali ulteriori fatti e, in parallelo, beneficiare della riduzione assicurata dalla procedura di transazione sulle annualità contemplate nell'avvio e non coperte dalla successiva *leniency*.

(ii) Inizio della procedura: discussioni per giungere a una transazione

8. Qualora alcune parti del procedimento manifestino il proprio interesse ad avviare discussioni di transazione, l'Autorità può decidere di avviare la procedura di transazione mediante contatti bilaterali tra l'Autorità stessa e ciascuno dei candidati alla transazione.
9. Non vi è alcun obbligo per l'Autorità di avviare o proseguire le discussioni per giungere a una transazione, in particolare quando non tutte le parti del procedimento manifestino un interesse in tal senso o la concreta disponibilità a convenire sul perimetro degli addebiti. In ogni caso, l'Autorità potrà decidere di porre fine alle discussioni in vista di una transazione qualora le parti del procedimento cerchino di alterare o distruggere elementi probatori rilevanti per la determinazione dell'infrazione, di una parte di essa o del calcolo della sanzione applicabile.

Con riguardo alla possibile interruzione delle discussioni nell'ipotesi in cui le parti *“cerchino di alterare o distruggere elementi probatori rilevanti”*, si suggerisce di:

- utilizzare la medesima formulazione usata dalla Commissione, che prevede l'interruzione delle discussioni soltanto nel caso in cui le parti *“si coordinano al fine di distorcere o distruggere elementi probatori rilevanti”* (grassetto aggiunto; cfr. punto 5 della Comunicazione della Commissione);

oppure

- chiarire che, qualora il tentativo di alterazione/distruzione sia imputabile a una sola parte, l'Autorità possa porre fine alle discussioni soltanto con tale impresa.

10. L'Autorità mantiene un margine di discrezionalità per valutare l'opportunità e la frequenza delle discussioni bilaterali di transazione con le singole imprese, con particolare riguardo all'ordine e alla sequenza delle discussioni bilaterali di transazione, alla luce del progresso compiuto in generale nella procedura di transazione.
11. Lo scopo delle discussioni è di addivenire ad una definizione condivisa degli addebiti, che le imprese interessate sono disposte ad accettare a fronte della riduzione della sanzione di cui al punto 25. Nel corso della procedura di transazione, l'Autorità non negozia né l'esistenza dell'infrazione, né l'importo della sanzione applicabile.

Si suggerisce di chiarire che l'obiettivo delle discussioni è quello di **addivenire a una definizione degli addebiti condivisa tra l'Autorità e ciascuna impresa**, e non quello di giungere a una definizione identica per tutte le parti. È, infatti, ben possibile che tale definizione - per esempio, in termini di perimetro oggettivo o di lasso temporale - vari da impresa a impresa.

Ad avviso dell'AAI, inoltre, sarebbe opportuno eliminare o riformulare l'ultimo periodo (*"Nel corso della procedura di transazione, l'Autorità non negozia né l'esistenza dell'infrazione, né l'importo della sanzione applicabile"*), che sembrerebbe implicare che la parte non possa esercitare a pieno il proprio diritto di difesa e che non esista un contraddittorio nel corso della procedura di transazione. Dalla prassi eurounitaria, si evince, al contrario, che durante la procedura di transazione le parti instaurano un contraddittorio - ancorché informale - con la Commissione, per poi addivenire a una definizione condivisa degli addebiti.

12. Ad ogni modo, nel corso delle discussioni le parti saranno informate in merito agli elementi essenziali presi in considerazione fino a quel momento, quali i fatti contestati, la loro classificazione, la gravità e la durata della presunta violazione, l'imputazione della responsabilità, una stima della forcilla delle sanzioni applicabili, nonché gli elementi probatori utilizzati a sostegno dei potenziali addebiti. Su richiesta motivata, man mano che

avanzano le discussioni di transazione, l’Autorità potrà consentire alle parti di prendere visione delle versioni non riservate di documenti accessibili contenuti nel fascicolo istruttorio, necessari al fine di permetter loro di precisare la propria posizione in ordine ad ogni aspetto della condotta illecita.

Nell’ottica di una maggiore chiarezza e certezza del diritto, si suggerisce di precisare le modalità con cui verranno comunicate tali informazioni alle parti che abbiano manifestato il proprio interesse a procedere con le discussioni. In particolare, conformemente alla prassi della Commissione, si potrebbe specificare che l’Autorità procederà all’invio di un documento scritto contenente le ipotesi di illecito formulate, a quello stadio della procedura, da parte degli Uffici.

Inoltre, al fine di garantire un pieno esercizio del diritto di difesa e consentire alle parti di avere piena conoscenza degli elementi di prova a disposizione dell’AGCM prima della presentazione della proposta di transazione, si suggerisce di prevedere che l’Autorità *“dovrà”* (e non semplicemente *“potrà”*) *“consentire alle parti di prendere visione delle versioni non riservate di documenti accessibili contenuti nel fascicolo istruttorio [...]”*.

13. Laddove l’Autorità ritenga che la procedura permetta di giungere a una condivisione in merito all’ambito dei potenziali addebiti e alla forcella delle probabili ammende, fissa alle imprese un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione di una proposta di transazione.

Ad avviso dell’AAI, il **termine di 15 giorni non pare sufficiente** a consentire alle imprese un’attenta valutazione ed elaborazione della proposta di transazione. Si suggerisce, pertanto, di allineare il testo della Comunicazione a quello della Comunicazione della Commissione, prevedendo:

- da un lato, un termine non inferiore a 15 giorni **lavorativi**;
- dall’altro, la possibilità che il medesimo termine venga **prorogato su richiesta motivata**.

È, inoltre, auspicabile che, in sede di comunicazione del termine per la presentazione della proposta di transazione, l'Autorità fornisca **indicazioni in ordine agli elementi che, a suo parere, dovrebbero essere inseriti nella proposta.**

14. Le parti del procedimento non possono rivelare ad alcuno il contenuto delle discussioni o dei documenti cui abbiano avuto accesso ai fini della transazione, senza previa autorizzazione espressa dell'Autorità. Qualsiasi violazione di tale principio può indurre l'Autorità a interrompere in ogni momento la procedura di transazione. Tale divulgazione può anche costituire una circostanza aggravante ai sensi del punto 21 degli Orientamenti sul calcolo delle sanzioni, e può essere considerata come una violazione dei doveri di collaborazione previsti dall'articolo 15-*quater* della legge.

L'AAI osserva che sarebbe opportuno specificare che il divieto di divulgazione non trova applicazione nelle ipotesi di più soggetti giuridici riconducibili al medesimo centro di controllo (ai sensi del punto 6 della Comunicazione).

Inoltre, in conformità con quanto già osservato in relazione al precedente punto 9 e analogamente a quanto previsto al punto 7 della Comunicazione della Commissione, si suggerisce di precisare, nel secondo periodo, che, in caso di violazione di tale divieto, l'Autorità possa interrompere la procedura di transazione soltanto ***"nei confronti della parte responsabile di detta violazione"***.

15. Qualora le parti interessate non presentino una proposta di transazione, la procedura per l'adozione della decisione definitiva nei loro riguardi segue le disposizioni generali, anziché quelle che disciplinano la procedura di transazione.

(iii) Proposte di transazione

16. Le parti che optano per una procedura di transazione devono presentare una

richiesta formale di transazione sotto forma di una proposta di transazione. La proposta di transazione contiene:

- a) un riconoscimento in termini chiari ed inequivocabili della responsabilità delle parti per l'infrazione, descritta sinteticamente per quanto riguarda l'oggetto, l'eventuale attuazione, i fatti principali, la loro qualificazione giuridica, inclusi il ruolo delle parti, l'imputazione della responsabilità e la durata della loro partecipazione all'infrazione conformemente ai risultati delle discussioni di transazione;
- b) un'indicazione dell'importo massimo della sanzione che le parti prevedono sarà loro inflitta dall'Autorità e che esse accetterebbero nel quadro di una procedura di transazione;
- c) la conferma delle parti che sono state sufficientemente informate degli addebiti che l'Autorità intende muovere nei loro confronti e che è stata loro sufficientemente accordata la possibilità di esprimere il proprio punto di vista all'Autorità;
- d) la conferma delle parti che, in considerazione di quanto sopra, rinunciano a chiedere l'accesso al fascicolo, a presentare memorie e a chiedere l'audizione di cui all'art. 14 del D.P.R. 217/98, salvo che la comunicazione delle risultanze istruttorie o la decisione dell'Autorità non rispecchino la loro proposta di transazione.

Con riferimento alla previsione di cui al punto 16, lett. d), secondo cui *“La proposta di transazione contiene: la conferma delle parti che, in considerazione di quanto sopra, rinunciano a chiedere l'accesso al fascicolo [...], salvo che la comunicazione delle risultanze istruttorie o la decisione dell'Autorità non rispecchino la loro proposta di transazione”*, si osserva che **l'impossibilità di acquisire, a fronte di tale rinuncia, i documenti del fascicolo istruttorio potrebbe compromettere il diritto di difesa della parte in sede di *private enforcement* in eventuali giudizi *follow on* (o, anche, in eventuali contestazioni stragiudiziali successive alla conclusione del procedimento)**. Inoltre, non risulta del tutto chiara la *ratio* di tale rinuncia, essendo comunque già previsto che la parte rinunci *“a presentare memorie e a chiedere l'audizione”*.

L'AAI suggerisce pertanto:

- di eliminare il riferimento alla rinuncia a “*chiedere l'accesso al fascicolo*”,

ovvero, in subordine,

- di prevedere che tale rinuncia sia valida solo sino alla conclusione del procedimento dinnanzi all'AGCM, lasciando quindi impregiudicata la possibilità di richiedere l'accesso al fascicolo dopo la conclusione del procedimento.

17. Su richiesta dell'impresa interessata, l'Autorità può accettare che le proposte di transazione siano presentate oralmente. Le proposte di transazione orali saranno registrate e trascritte nei locali della Autorità. Alle imprese che presentano proposte orali di transazione è accordata la possibilità di verificare l'accuratezza tecnica della registrazione, che sarà disponibile presso i locali della Autorità, nonché di correggere senza indugio il contenuto delle loro proposte orali di transazione e l'accuratezza della trascrizione.

18. Le proposte di transazione non possono essere revocate unilateralmente dalle parti che le hanno presentate salvo che l'Autorità non le accolga. Si ritiene non accolta dall'Autorità la proposta di transazione il cui contenuto non viene rispecchiato nella comunicazione delle risultanze istruttorie e, successivamente, nella decisione definitiva. Si considera che la comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde alle proposte di transazione se ne rispecchia il contenuto per quanto riguarda gli elementi indicati al punto 16, lettera a). Inoltre, per ritenere che la decisione definitiva rispecchia le proposte di transazione, occorre che la sanzione inflitta non ecceda l'importo massimo ivi indicato.

(iv) Comunicazione delle risultanze istruttorie e risposta delle parti

19. Se la comunicazione delle risultanze istruttorie rispecchia la proposta di transazione delle parti, le parti interessate rispondono a detta comunicazione entro un termine di almeno due settimane fissato dalla Autorità, semplicemente confermando (in termini inequivocabili) che la

comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde al contenuto delle loro proposte di transazione e che quindi mantengono l'impegno a seguire la procedura di transazione, rinunciando alla facoltà di presentare memorie o ulteriori deduzioni. In assenza di siffatta risposta, l'Autorità prenderà atto della violazione commessa dalla parte del suo impegno e potrà interrompere la procedura di transazione.

Al fine di consentire alle parti di poter “*conferma[re] (in termini inequivocabili) che la comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde al contenuto delle loro proposte di transazione*”, prevenendo al contempo possibili incertezze in merito alla effettiva corrispondenza della comunicazione delle risultanze istruttorie con il contenuto delle proposte di transazione delle parti, si suggerisce di riformulare il punto 19 della Comunicazione prevedendo che la **comunicazione delle risultanze istruttorie debba indicare esplicitamente gli eventuali punti sui quali questa si discosta dalle proposte di transazione delle parti, motivandone adeguatamente le ragioni.**

Come già osservato con riferimento al punto 14, analogamente a quanto previsto al punto 26 della Comunicazione della Commissione, si suggerisce inoltre di sostituire l'ultimo periodo del punto 19 con la seguente frase, contenente la precisazione inserita in grassetto: “*In assenza di siffatta risposta, l'Autorità prenderà atto della violazione commessa dalla parte del suo impegno e potrà interrompere la procedura di transazione **nei confronti della parte responsabile di tale violazione***”.

20. L'Autorità mantiene in ogni caso il diritto di adottare una comunicazione delle risultanze istruttorie che non rispecchi la proposta di transazione delle parti. In tal caso, torneranno ad applicarsi le disposizioni generali di procedura. Le ammissioni formulate dalle parti nella proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove contro nessuna parte del procedimento.

Con riferimento al punto 20, l'AAI osserva che sarebbe opportuno precisare che il diritto di adottare una comunicazione delle risultanze istruttorie che

non rispecchi la proposta di transazione delle parti spetta al Collegio.

(v) **Decisione dell’Autorità e riduzione della sanzione ad esito della transazione**

21. Una volta che le parti abbiano confermato nella loro risposta alla comunicazione delle risultanze istruttorie l’impegno di giungere a una transazione, l’Autorità potrà procedere, senza ulteriori fasi procedurali, all’adozione della decisione definitiva, previa acquisizione dei pareri previsti dalla legge.

Si suggerisce di esplicitare nella Comunicazione che la decisione definitiva dell’Autorità debba essere resa in forma sintetica e/o semplificata, senza includere tutto l’impianto probatorio sotteso alla decisione. Tale previsione si porrebbe in linea con la prassi consolidata della Commissione europea in materia di transazioni e consentirebbe di garantire i principi di efficienza procedurale, nonché di tutelare le parti interessate da eventuali azioni di *private enforcement* di tipo *follow-on*, con conseguente bilanciamento delle conseguenze risarcitorie di natura privatistica con le sanzioni irrogate nel contesto del *private enforcement antitrust*.

A titolo esemplificativo, l’AAI rileva che la decisione dell’Autorità non dovrebbe riportare gli estratti e i contenuti dei documenti confluiti nel fascicolo istruttorio così come le dichiarazioni rese dal *leniency applicant* nel corso del procedimento *antitrust*. Inoltre, sempre nell’ottica di bilanciamento tra *public* e *private enforcement*, nonché al fine di incentivare l’utilizzo dello strumento della transazione, il percorso argomentativo della decisione non dovrebbe contenere indicazioni relative agli effetti determinati dall’illecito (salvo che non risultino strettamente necessarie ai fini della rappresentazione dell’infrazione e ferma restando l’assenza di puntuali accertamenti di merito nelle procedure di transazione).

22. L’Autorità mantiene in ogni caso il diritto di adottare una decisione finale che si discosti dalla posizione espressa nella comunicazione delle risultanze

istruttorie che riporta le proposte di transazione delle parti. Qualora decida di agire in tal senso, l'Autorità informa le parti e notifica loro una nuova comunicazione delle risultanze istruttorie per garantire loro l'esercizio del diritto alla difesa secondo le norme generali di procedura applicabili. Le ammissioni formulate dalle parti nella loro proposta di transazione si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prove nei confronti di nessuna delle parti del procedimento.

L'AAI osserva che la formulazione proposta nella presente bozza ricalca nella sostanza quanto previsto nella Comunicazione della Commissione al punto 29. Senonché, il procedimento *antitrust* dinnanzi all'Autorità si discosta profondamente rispetto al procedimento europeo per l'invio della comunicazione degli addebiti posto che, a differenza di quanto avviene a livello europeo, l'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie è autorizzato preventivamente dal Collegio in seguito alla verifica della sua non manifesta infondatezza (art. 14, comma 1, D.P.R. n. 217/1998). Su tali basi, ad avviso dell'AAI, non sarebbe dunque giustificata la previsione secondo cui il Collegio può riservarsi di discostarsi - nella decisione finale - dai contenuti della comunicazione delle risultanze istruttorie che recepiscono a loro volta i contenuti della proposta di transazione, giacché gli stessi sono già stati accettati dal Collegio in una fase antecedente all'adozione della decisione finale (ossia al momento dell'invio alle parti della comunicazione delle risultanze istruttorie).

Ciò è ancor più vero se si considera che le parti, dopo aver confermato che la comunicazione delle risultanze istruttorie corrisponde alla loro proposta di transazione, rinunciano all'esercizio del proprio diritto di difesa (ossia a presentare memorie, a chiedere l'audizione finale innanzi al Collegio e a richiedere l'accesso al fascicolo istruttorio in seguito alla comunicazione delle risultanze istruttorie). Pertanto, non vi sarebbero i presupposti affinché il Collegio possa eventualmente cambiare il proprio convincimento sulla fattispecie posta al proprio esame al momento dell'autorizzazione dell'invio della comunicazione delle risultanze istruttorie.

Il mantenimento di tale previsione, in definitiva, si tradurrebbe in un aggravio procedimentale non giustificato e in contrasto con la *ratio* sottesa alla stessa procedura di transazione in violazione dei principi di economia

procedimentale e di buona amministrazione che dovrebbero, di contro, informare l'attività della pubblica amministrazione. Alla luce di tali considerazioni, si suggerisce di eliminare il punto 22.

Qualora l'Autorità non intenda accogliere l'osservazione che precede circa l'opportunità di eliminare il punto 22, nonché la proposta dell'AAI relativa alla riformulazione del punto 16 della presente bozza, si osserva che, nell'ipotesi in cui l'Autorità adotti una decisione finale che si discosti dalla posizione espressa nella comunicazione delle risultanze istruttorie che riflette le proposte di transazione, verrebbe fortemente compromesso il diritto delle parti di essere sentite dagli Uffici e di presentare memorie nella fase che precede la comunicazione delle risultanze istruttorie. Peraltro, assumendo che nel corso della procedura di transazione l'Autorità consentirebbe l'accesso a un numero ridotto di documenti (e non all'intero fascicolo), si evidenzia che le parti avrebbero accesso all'intero fascicolo solo dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie. Si suggerisce, pertanto, di predisporre, per queste ipotesi, specifiche garanzie procedurali al fine ad evitare tale limitazione dei diritti di difesa delle parti, quali - ad esempio - la previsione di un termine idoneo a consentire alle parti di esaminare integralmente il fascicolo e la possibilità di presentare memorie difensive scritte.

Da ultimo, l'AAI rileva che sarebbe necessario specificare che tale previsione - qualora venisse mantenuta - si applicherebbe anche in relazione alle transazioni "ibride".

23. L'importo finale della sanzione è stabilito nella decisione in cui l'Autorità accerta l'infrazione e commina una sanzione ai sensi dell'articolo 15 della l. n. 287/1990.
24. Conformemente alla prassi dell'Autorità, il fatto che un'impresa o un'associazione di imprese abbia cooperato nel quadro della presente comunicazione durante il procedimento amministrativo sarà indicato nella decisione definitiva, in modo da spiegare le ragioni che giustificano il livello della sanzione. La maggiore cooperazione che necessariamente le parti forniscono nel contesto della procedura di transazione non costituisce autonoma circostanza attenuante ai fini della quantificazione della

sanzione.

25. Qualora la procedura di transazione si concluda positivamente, l'Autorità ridurrà di almeno il 10' l'ammontare della sanzione da irrogare una volta applicato, se necessario, il massimale del 10% stabilito dall'art. 15, comma 1-bis, l. n. 287/90.
26. Qualora la decisione di transazione dell'Autorità riguardi imprese che possono beneficiare anche del trattamento favorevole ai sensi del programma di clemenza, la riduzione della sanzione accordata loro a titolo di transazione sarà aggiunta alla riduzione della sanzione concessa loro a titolo di trattamento favorevole.

C. Considerazioni generali

27. La presente comunicazione si applica a tutti i procedimenti istruttori avviati successivamente alla pubblicazione della stessa sul Bollettino dell'Autorità, nonché ai procedimenti istruttori in corso, per i quali non sia stata già trasmessa la comunicazione delle risultanze istruttorie.
28. L'accesso alle proposte di transazione è accordato soltanto ai destinatari della comunicazione delle risultanze istruttorie che non abbiano presentato proposta di transazione, purché si impegnino a non copiare con qualsiasi mezzo meccanico o elettronico alcuna informazione contenuta nelle proposte di transazione alla quale è loro consentito l'accesso e a utilizzare le informazioni ottenute dalle proposte di transazione unicamente ai fini dei procedimenti giudiziari o amministrativi per l'applicazione delle regole nazionali e comunitarie di concorrenza sulle quali verte il relativo procedimento. Ad ogni altro soggetto partecipante al procedimento non è accordato l'accesso alle proposte di transazione.

L'AAI suggerisce di integrare l'attuale formulazione del punto 28 come segue:
“Ad ogni altro soggetto partecipante al procedimento non è accordato l'accesso alle proposte di transazione né alla documentazione allegata”. La locuzione aggiuntiva è estratta dal paragrafo 10-bis della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 287/1990. Il predetto inserimento avrebbe l'effetto di: (i) tutelare maggiormente le parti rispetto ad una richiesta di accesso alle proposte di transazione, fornendo dunque una protezione pari a quella assicurata alle

dichiarazione confessorie in caso di *leniency*; (ii) salvaguardare, in generale, l'interesse al ricorso alla procedura di transazione da parte delle imprese ed evitare il disincentivo derivante dalla possibilità in capo ai terzi di accesso alla documentazione eventualmente allegata nel corso della procedura (mediante ad es. una richiesta di accesso agli atti formulata all'uopo o di ordine di esibizione di un giudice in caso di azioni di risarcimento del danno *antitrust*).

Da ultimo sarebbe opportuno chiarire chi sarebbero gli altri soggetti partecipanti al procedimento a cui è precluso l'accesso ai sensi del presente punto.

29. Ove previsto, le proposte di transazione presentate in base alla presente comunicazione sono trasmesse unicamente alla Commissione e alle altre autorità garanti della concorrenza negli Stati membri, a norma dell'articolo 12 del regolamento (CE) n. 1/2003.