



On. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Piazza G. Verdi, 6/a 00198 Roma
Via e-mail: transazioni@agcm.it.

CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLA COMUNICAZIONE RELATIVA ALLE
PROCEDURE DI TRANSAZIONE

OSSERVAZIONI DI ICC ITALIA

24 marzo 2023

La Commissione Competition di ICC Italia – Italian National Committee of International Chamber of Commerce – intende rispettosamente presentare le seguenti osservazioni sulla Comunicazione relativa alle procedure di transazione (*infra*, Comunicazione) pubblicata sul sito di Codesta Spettabile Autorità in data 22 febbraio 2023. In particolare, ICC Italia – in ossequio a quanto già previsto dall’articolo 34, comma 1, della legge 5 agosto 2022, n. 118 che introduce nella legge 287/1990 l’articolo 14-quater¹ – suggerisce limitate modifiche al testo della Comunicazione sia al fine di garantire un elevato livello di conformità della stessa a quanto previsto in tema di procedure di transazione dall’ordinamento unionale², sia prendendo spunto da quanto sostenuto dalla stessa Autorità nella propria segnalazione AS 1730³.

a. Il riferimento agli impegni

Si suggerisce la rimozione del riferimento al termine di cui all’articolo 14-*ter*, comma 1, della Legge 287/90. Ad avviso di ICC Italia, infatti, non sussistono ragioni che impediscano all’Autorità di valutare gli “*impegni presentati a seguito della ricezione della comunicazione di cui al punto 4*”. Su tali assunti, consentire alle parti di sottoporre impegni anche dopo la ricezione della comunicazione di cui al punto 4, consentirebbe (i) 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, e (ii) all’Autorità di valorizzare la prassi della Commissione europea, che 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*).

In ogni caso, sembra opportuno precisare che, qualora siano già stati presentati impegni prima della comunicazione di cui al punto 4, ritenuti inidonei dall’Autorità, non sarà comunque preclusa alle parti la possibilità di accedere alla fase di transazione.

b. I fattori che l’Autorità deve considerare per stabilire se ci siano i presupposti per una transazione

Tra i fattori che la Comunicazione cita espressamente (p. 3), oltre alla probabilità di addivenire rapidamente alla definizione del procedimento, si fa riferimento al numero delle parti interessate. A livello unionale, invece, la Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’articolo 7 e dell’articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 (*infra*, Comunicazione della Commissione) cita un numero

¹ Art. 14-quater, comma 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” (enfasi aggiunta).

² Comunicazione della Commissione concernente la transazione nei procedimenti per l’adozione di decisioni a norma dell’articolo 7 e dell’articolo 23 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio nei casi di cartelli, 2008/C 167/01, emendata dalla Comunicazione 2015/C 256/02.

³ AS1730 - PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA ANNO 2021.

assai maggiore di fattori (p. 5), come il numero di parti in causa, le prevedibili posizioni contrastanti in merito all'attribuzione della responsabilità e il livello di contestazione dei fatti.

Si suggerisce, pertanto, di allineare quanto più possibile la lista dei fattori che l'Autorità considererà nel valutare l'opportunità di una procedura di transazione a quelli citati nella Comunicazione della Commissione, affinché non sia principalmente il numero delle parti a guidare la valutazione.

Quanto alle ipotesi di abuso di posizione dominante, infine, si suggerisce di inserire nella Comunicazione dei criteri riferibili anche a tale fattispecie.

c. Il rapporto fra transazione e immunità dalle sanzioni

La Comunicazione prevede che, a far data dalla ricezione della comunicazione con cui l'Autorità 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, non è più possibile richiedere il beneficio delle immunità dalle sanzioni ai sensi del programma di clemenza (p. 7). Tuttavia, la Comunicazione della Commissione è meno rigida sul punto, in quanto stabilisce che la stessa Commissione possa non prendere in considerazione richieste di immunità dalle ammende o di riduzione delle ammende a norma della comunicazione sul trattamento favorevole (p. 13) adducendo che sono state presentate dopo la scadenza del termine non inferiore a due settimane, entro il quale le parti dello stesso procedimento devono dichiarare per iscritto se sono disposte a partecipare a discussioni per giungere a una transazione in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione in una fase successiva.

Anche in questo caso, si suggerisce un approccio più omogeneo fra procedura di transazione italiana ed unionale, lasciando quindi all'Autorità una valutazione caso per caso relativamente al rapporto fra procedura di transazione e procedura di clemenza.

Ad esempio, ad avviso di ICC Italia, non può essere esclusa *tout court* la possibilità di accedere all'immunità, anche dopo la comunicazione di cui al punto 4. Ad esempio, 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*.

d. Possibilità di proroga del termine per la presentazione di una proposta definitiva di transazione

La Comunicazione della Commissione prevede che il termine di almeno 15 giorni lavorativi per la presentazione di una proposta definitiva di transazione da parte delle imprese possa essere prorogato dalla Commissione su richiesta motivata delle parti (p. 17). Al contrario, tale possibilità non è riconosciuta dalla Comunicazione (p. 13).

Si ritiene che il termine di 15 giorni possa non essere sufficiente. Si suggerisce, pertanto, di allineare il testo della Comunicazione a quello della Comunicazione della Commissione, prevedendo un termine non inferiore a 15 giorni lavorativi.

Sarebbe, inoltre, opportuno riconoscere anche nella procedura di transazione italiana la possibilità di prorogare il termine di 15 giorni su richiesta motivata delle parti, a maggior ragione per il fatto che tale termine sembra riferirsi a giorni di calendario e non lavorativi.

e. La rinuncia all'accesso al fascicolo e alla presentazione di memorie in caso di adesione alla procedura di transazione

La Comunicazione prevede che le parti che fanno richiesta formale all'Autorità sotto forma di proposta di transazione rinuncino a chiedere l'accesso al fascicolo, come pure a presentare memorie e ad essere udite in audizione (p. 16). Tuttavia, ciò appare eccessivamente limitativo dei diritti di difesa, soprattutto laddove la Comunicazione della Commissione richiede alle parti di rinunciare soltanto all'accesso al fascicolo e all'audizione orale (p. 20). Infatti, non si può escludere che – anche dopo la proposta di transazione – le parti non possano avere interesse a presentare memorie, ad esempio qualora si ritenga opportuno integrare quanto indicato nella proposta di transazione alla luce di fatti nuovi non noti al momento del deposito della proposta, ferma restando l'impossibilità di una revoca unilaterale della stessa da parte delle imprese (p. 18).

Ne consegue che si suggerisce a Codesta Spettabile Autorità di permettere alle parti che presentano proposta di transazione di depositare memorie anche dopo il deposito della stessa. Infine, l'accesso al fascicolo consentito da parte dell'Autorità nel corso delle discussioni (p. 12) deve sempre essere garantito e non può costituire una mera facoltà esercitabile a discrezione dall'AGCM.

f. Il diritto di difesa dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie

La Comunicazione pare assai succinta quando fa riferimento ai diritti di difesa delle parti. In particolare, dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie che rispecchi la proposta di transazione “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” (p. 19). Al contrario, la Comunicazione della Commissione riconosce espressamente – dopo la comunicazione degli addebiti – che “[p]er garantire l'esercizio effettivo dei diritti delle parti alla difesa, la Commissione deve sentire il loro punto di vista sugli addebiti mossi nei loro confronti e sugli elementi probatori utilizzati a sostegno prima di adottare una decisione definitiva e ne deve tener conto modificando, se del caso, la propria analisi preliminare. La Commissione deve poter essere in grado non solo di accogliere o di respingere le argomentazioni addotte delle parti durante la procedura amministrativa, ma anche di compiere la propria analisi delle questioni che le hanno sottoposto in modo da rinunciare a muovere simili addebiti in quanto siano risultati infondati oppure da completare e rivedere le proprie argomentazioni tanto di fatto che di diritto a sostegno degli addebiti che essa mantiene” (p. 24).

Proprio l'indicazione del legislatore nazionale di approntare una procedura di transazione che si richiami all'ordinamento unionale dovrebbe indurre l'Autorità a dare maggiore spazio ai diritti di difesa delle parti, soprattutto dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie.

g. Contenuto decisione finale

In caso di positivo esito della procedura di transazione sarebbe auspicabile prevedere che l'Autorità debba emanare una decisione finale che abbia il medesimo contenuto della comunicazione delle risultanze istruttorie che riporta le proposte delle parti, limitando quindi la possibilità che si discosti da esse solo in caso di infruttuoso espletamento della procedura di transazione (p. 22).

h. Riduzione della sanzione

Conformemente a quanto era stato previsto nella segnalazione dell’Autorità AS 1730, contenente la proposta di legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021, al fine di rendere maggiormente appetibile la partecipazione alla procedura da parte delle imprese, sarebbe auspicabile che la riduzione della sanzione sia pari al 20%, prevedendo, inoltre, che tale riduzione possa essere cumulabile con ulteriori riduzioni (non solo *leniency*, come già previsto, ma anche ad es. riduzione per l’adozione di programmi di compliance efficaci ed effettivi).

Infine, si suggerisce che la cooperazione delle parti nel corso della procedura di transazione sia considerata quale circostanza attenuante ai fini della quantificazione della sanzione.

i. Casi c.d. ibridi

Qualora la transazione andasse a buon fine solo con alcune delle imprese coinvolte nel procedimento, la decisione di transazione non dovrebbe essere pubblicata fintantoché non lo sarà anche la decisione resa nei confronti delle altre parti del procedimento, ciò al fine di evitare che solo le imprese che partecipano alla transazione siano esposte a eventuali azioni di *follow-on*.

j. Il diritto di difesa nel corso della procedura di transazione

Nella Comunicazione si precisa che 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, ma al tempo stesso si prevede che nel corso della procedura di transazione, l’Autorità non negozia né l’esistenza dell’infrazione, né l’importo della sanzione applicabile.

Al riguardo si suggerisce di inserire delle precisazioni in merito al coordinamento delle due previsioni chiarendo in particolare se, come si ritiene auspicabile, sia possibile in sede di discussioni contestare uno o più addebiti mossi dall’Autorità addivenendo alla condivisione di un perimetro delle contestazioni più ristretto rispetto a quello originariamente ipotizzato dall’Autorità stessa.

k. Contenuto della decisione finale che si discosta dalla posizione espressa dalla CRI e contenuto nella nuova CRI

Nella Comunicazione si prevede in ogni caso il diritto dell’Autorità di adottare una decisione finale che si discosti dalla posizione espressa nella CRI 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 CRI per garantire loro l’esercizio del diritto alla difesa secondo le norme generali di procedura applicabili. Le ammissioni si intendono ritirate e non possono essere utilizzate come prova.

Al riguardo, si suggerisce di chiarire che, laddove il Collegio dovesse adottare una decisione che si discosti dalla posizione espressa nella comunicazione delle risultanze istruttorie, che riporta le proposte di transazione delle parti, la nuova comunicazione delle risultanze istruttorie sia allineata alla precedente in termini di perimetro degli addebiti (si veda sul punto anche quanto riportato nel paragrafo precedente).

l. Diritto di difesa prima della presentazione della proposta di transazione

Con riferimento al par. 12 della Comunicazione, in linea con quanto previsto nella Comunicazione della Commissione (par. 17), si ritiene opportuno chiarire che l'accesso ai documenti necessari per precisare la propria posizione costituisce un diritto della parte.

m. Diritto di difesa a seguito del mancato esito positivo della procedura di transazione

In linea con quanto previsto dalla Commissione, si ritiene opportuno specificare, con riferimento ai paragrafi 20 e 22 della Comunicazione, che, nei casi di insuccesso della procedura di transazione, la parte sarà rimessa in termini per poter esercitare pienamente i diritti di accesso, presentazione memorie e audizione finale.

n. Decisione finale a seguito del mancato esito positivo della procedura di transazione

Con riferimento al par. 22 della Comunicazione, si ritiene opportuno specificare che, laddove la procedura di transazione non dovesse avere esito positivo, la decisione finale (a seguito del procedimento istruttorio) non conterrebbe alcun riferimento al fallimento della transazione.

o. Impugnabilità della decisione

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 l'inconfigurabilità della rinuncia preventiva all'azione giudiziale, anteriore alla venuta ad esistenza del provvedimento lesivo (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VII, 20 maggio 2022, n. 4022), rimane intatto il pieno diritto di azione avverso la pretesa sanzionatoria.

Barbara De Donno
Segretario Generale ICC Italia

Fabrizio Di Benedetto
Co-Chair Commissione Competition ICC Italia

anche per conto di
Luca Sanfilippo
Presidente Commissione Competition ICC Italia