

**CONSULTAZIONE DELL'AGCM SULLE MODALITÀ DI APPLICAZIONE
DEI CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE**

RISPOSTA DI ASSONIME

Ringraziamo l'Autorità per aver sottoposto a consultazione preventiva la bozza di linee guida sulle "modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie" per le infrazioni antitrust. Esprimiamo inoltre uno speciale apprezzamento per la scelta di accompagnare la bozza di linee guida con una relazione che contiene riferimenti alla prassi applicativa e alla giurisprudenza in tema di sanzioni nonché spunti di confronto con le esperienze di altri ordinamenti, offrendo così ai soggetti interessati un'ampia base informativa per osservazioni e commenti.

1. Osservazioni generali

Le linee guida in consultazione appaiono ispirate in larga misura agli orientamenti della Commissione europea per il calcolo delle ammende relative alle violazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato. Questa scelta ha ricadute positive sotto due profili. Anzitutto, prendere come punto di partenza il modello della Commissione, che costituisce un importante riferimento per tutti gli Stati membri, **asseconda il processo di convergenza** delle politiche sanzionatorie per le violazioni degli articoli 101 e 102 TFUE, contribuendo alla semplicità e alla chiarezza del quadro giuridico nell'Unione europea. Inoltre, la scelta di partire dal modello della Commissione si pone in **continuità con la prassi consolidata**: non disponendo di proprie linee guida, l'Autorità ha finora abitualmente utilizzato come riferimento gli orientamenti della Commissione, ricevendo l'avallo del giudice amministrativo. Nella misura in cui riflettono gli orientamenti della Commissione europea, i criteri indicati nella bozza di linee guida sono ben noti all'insieme dei soggetti interessati (Autorità, giudici, operatori, professionisti) e ai fini della loro interpretazione è possibile avvalersi della giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Opportunamente, peraltro, l'Autorità ha ritenuto che la sostanziale adesione agli orientamenti della Commissione non precluda di adottare **soluzioni diverse in relazione a specifici aspetti**, laddove ciò risulti funzionale al complessivo miglioramento dell'*enforcement* del diritto antitrust. Il processo di convergenza delle

politiche sanzionatorie va infatti visto in una prospettiva dinamica: scelte efficaci compiute in ambito nazionale possono essere riconosciute come *best practices* dalle altre autorità dell'*European Competition Network* e concorrere al progressivo miglioramento di criteri condivisi per l'esercizio dei poteri sanzionatori a livello europeo.

Le sanzioni devono essere efficaci dal punto di vista della deterrenza e al tempo stesso proporzionate. Questo aspetto potrebbe essere più chiaramente specificato nel paragrafo 2 della bozza di linee guida.

Proposta

Sostituire l'ultimo periodo del paragrafo 2 della bozza di linee guida con il seguente testo:

“Nel rispetto di tali vincoli, l'Autorità definisce le sanzioni in modo da assicurare un'effettiva deterrenza e nel rispetto del principio di proporzionalità.

Come sottolineato dall'Autorità, l'esplicitazione della metodologia di calcolo delle ammende mira ad assicurare la trasparenza, la prevedibilità e il carattere obiettivo delle decisioni. In questa prospettiva, è importante che i criteri di quantificazione risultino **fondati su una *ratio* ben identificabile e non presentino sovrapposizioni**. In particolare, appare opportuno evitare che il medesimo fattore assuma rilievo in più momenti dell'iter valutativo, in quanto ciò potrebbe tradursi in minore trasparenza e nella violazione del principio di proporzionalità della sanzione.

Ci concentriamo di seguito su alcuni punti che presentano un particolare interesse, indicando laddove opportuno le modifiche o integrazioni che, a nostro avviso, contribuirebbero ad aumentare la chiarezza e l'organicità del documento in consultazione.

2. L'importo di base della sanzione

In linea con gli orientamenti della Commissione, la bozza di linee guida indica che l'importo base della sanzione è dato da una percentuale del valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce, determinata in funzione del grado di gravità dell'illecito e comunque non superiore al 30 per cento.

Ai fini della valutazione di gravità dell'illecito l'Autorità afferma che terrà conto di una serie di elementi, solo in parte corrispondenti a quelli individuati dalla Commissione.

Oltre alla natura dell'infrazione, vengono menzionati la quota di mercato aggregata detenuta dai coautori (nel caso di infrazioni plurisoggettive), le condizioni di concorrenza del mercato interessato, il pregiudizio all'innovazione, l'attuazione o meno della pratica illecita e, infine, la rilevanza dell'impatto economico o più in generale degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o i consumatori.

Rispetto agli orientamenti della Commissione – che considerano, accanto alla natura dell'infrazione, la quota di mercato aggregata di tutte le imprese interessate, l'estensione geografica dell'infrazione e se sia stata data o meno attuazione alle pratiche illecite – l'obiettivo della formulazione sembra quello di tenere conto oltre che della quota di mercato (menzionata peraltro solo per le infrazioni plurisoggettive) anche di altre variabili da cui dipende l'impatto potenziale della condotta anticoncorrenziale sul mercato e, oltre che della circostanza dell'attuazione o meno della pratica illecita, anche del suo impatto effettivo. L'obiettivo e la formulazione potrebbero essere ulteriormente chiariti indicando che, oltre alla natura dell'infrazione, **gli ulteriori criteri di qualificazione della gravità dell'infrazione** sono: *i)* la quota di mercato dell'impresa/delle imprese interessate, le condizioni di concorrenza nel mercato interessato, incluse le condizioni di entrata, e la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento all'importanza dell'innovazione, in quanto indici dell'impatto potenziale dell'infrazione; *ii)* l'attuazione o meno della pratica illecita; *iii)* la rilevanza dell'effettivo impatto economico o, più in generale, degli effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori.

Proposta

Sostituire i paragrafi 13 e 14 della bozza di linee guida con il testo seguente:

“13. 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)* la quota di mercato dell'impresa/delle imprese interessate, le condizioni di concorrenza nel mercato interessato, incluse le condizioni di entrata, e la natura dei prodotti o servizi con particolare riferimento all'importanza dell'innovazione, in quanto indici dell'impatto potenziale dell'infrazione; *ii)* l'attuazione o meno della pratica illecita; *iii)* la rilevanza dell'effettivo 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.”

La previsione della possibilità in alcune circostanze di applicare una **entry fee** proporzionale al valore delle vendite oggetto dell'infrazione si ritrova negli orientamenti della Commissione, ma è assente nelle linee guida della maggior parte degli Stati membri. L'*entry fee*, volta ad aumentare l'effetto dissuasivo della sanzione prescindendo dall'effettiva attuazione e dalla durata, appare giustificabile nei casi di cartelli segreti che, come l'Autorità sottolinea, costituiscono le più gravi restrizioni della concorrenza. Non è tuttavia chiaro perché l'Autorità proponga per la determinazione di questo importo supplementare una soglia massima del 30 per cento laddove la Commissione europea considera equo un tetto del 25 per cento. Per questo profilo sarebbe opportuna una maggiore aderenza al modello della Commissione, fissando la soglia massima al 25 per cento.

Proposta

Al paragrafo 17 della bozza di linee guida ridurre al 25% la soglia massima dell'*entry fee* che l'Autorità può inserire nell'importo base della sanzione con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza (cartelli segreti).

Per quanto riguarda la determinazione delle sanzioni relative a casi di **collusione nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici**, l'Autorità indica che, in linea di principio, prenderà in considerazione come valore delle vendite gli importi aggiudicati a ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa ma, in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato, potrà eventualmente far riferimento al valore complessivo delle vendite realizzate dalle singole imprese nel mercato rilevante. Sarebbe utile che l'Autorità spiegasse, eventualmente con qualche esempio, la *ratio* di questa flessibilità, chiarendo che essa non porterà a ingiustificate disparità di trattamento.

3. Circostanze aggravanti e attenuanti

- Una delle circostanze aggravanti indicate, a titolo esemplificativo, nella bozza di linee guida consiste nel "tenere condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'Autorità". Una previsione analoga è contenuta negli orientamenti della Commissione, che fanno riferimento all'ipotesi in cui "l'impresa rifiuta di cooperare o pratica ostruzionismo durante lo svolgimento dell'indagine".

A differenza del testo della Commissione tuttavia, il documento in consultazione specifica che è “fatta salva l’applicazione delle sanzioni di cui all’articolo 14, comma 5, della legge n. 287/90”, ossia delle sanzioni previste per chiunque - non solo l’impresa nei cui confronti è stata avviata l’istruttoria - rifiuti od ometta, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o esibire i documenti richiesti dall’Autorità nel corso dell’istruttoria oppure fornisca informazioni o esibisca documenti non veritieri. Questa specificazione prefigura il rilievo del **comportamento ostruzionistico** della parte su un duplice piano: da un lato, in via autonoma, ai fini dell’applicazione delle sanzioni di cui all’articolo 14, comma 5, della legge n. 287/1990, dall’altro quale aggravante dell’ammenda inflitta per l’infrazione antitrust. Per rispettare il principio del *ne bis in idem*, occorre assicurare che il soggetto non subisca più volte le conseguenze pregiudizievoli della propria condotta: a tal fine, le ipotesi suscettibili di tradursi in un incremento dell’ammontare della sanzione dovrebbero essere chiaramente identificate in quelle che non attengono in modo diretto alla presentazione di documenti e informazioni all’Autorità, ma che comunque determinano un ostacolo o un rallentamento dell’attività istruttoria. Può trattarsi ad esempio del tentativo sistematico di un’impresa di celare il proprio rapporto con altra impresa, dell’invito rivolto dal leader del cartello agli altri membri, dopo aver ricevuto una richiesta di informazioni dalla Commissione, a differenziare artificialmente i prezzi per sviare le indagini, o dell’avviso agli altri partecipanti al cartello circa le imminenti ispezioni.

Proposta

Al paragrafo 21 della bozza di linee guida sostituire il secondo capoverso con il seguente:

“tenere condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l’attività istruttoria dell’Autorità, salvo che tali condotte siano oggetto di sanzione ai sensi dell’articolo 14, comma 5, della legge n. 287/90;”

- La bozza di linee guida include poi tra le aggravanti la circostanza che l’impresa responsabile della violazione “esercita la gestione di **servizi di interesse economico generale** e ha la capacità di influenzare le condizioni di concorrenza”. Questa previsione desta notevoli perplessità.

Viene infatti connotata di maggiore disvalore, ai fini dell'irrogazione della sanzione, l'infrazione di un'impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale (ossia di servizi che, in virtù di un criterio di interesse generale, sono assoggettati a specifici obblighi di servizio pubblico e tipicamente a un connesso sistema di controlli) senza che sia chiaro il nesso tra questa condizione e l'illecito posto in essere.

Considerare la gestione di SIEG di per sé come una circostanza aggravante comporta una violazione del principio di parità di trattamento ed espone le imprese esercenti SIEG al rischio di valutazioni arbitrarie e discriminatorie, in violazione del principio di parità di trattamento.

Se l'intento della previsione è quello di aumentare la deterrenza rispetto alle azioni di *leveraging* su eventuali vantaggi ottenuti dall'affidamento di SIEG in mercati diversi e concorrenziali, va ricordato che l'eventuale posizione dominante dell'impresa e l'impatto effettivo o potenziale della condotta sul mercato già rilevano ai fini sanzionatori nell'ambito della valutazione di gravità dell'infrazione. Attribuire alla gestione di SIEG un rilievo anche in termini di circostanza aggravante della sanzione si tradurrebbe quindi in una duplicazione.

Proposta

Al paragrafo 21 della bozza di linee guida eliminare il terzo capoverso, senza discostarsi per questo profilo dagli orientamenti della Commissione europea.

- Accogliendo un'istanza manifestata dalle imprese, l'Autorità inserisce tra le circostanze attenuanti l'adozione e il rispetto di un specifico **programma di compliance antitrust**. Si tratta di una scelta importante: incoraggiare l'adozione di programmi di *compliance* che siano seri e ben strutturati ("adeguati e in linea con le *best practice* europee e nazionali") può contribuire significativamente alla diffusione della cultura della concorrenza e tradursi in un beneficio per il funzionamento del mercato. In tale prospettiva, assumeranno un rilievo crescente le iniziative per la definizione di *best practice* che prevedano il coinvolgimento del top management aziendale e aiutino le imprese a redigere efficaci programmi di *compliance* (si veda, ad esempio, l'*ICC Antitrust*

Compliance Toolkit); l'Autorità può svolgere un ruolo cruciale nel sostenere l'affermarsi di modelli adeguati.

- Dal documento in consultazione non emerge in modo chiaro quale rilievo l'Autorità intenda assegnare, sul piano della determinazione della sanzione, all'**elemento soggettivo** dell'illecito.

La relazione di accompagnamento della bozza di linee guida ricorda che in numerosi Stati membri il profilo soggettivo rientra nella valutazione di gravità dell'infrazione (Austria, Polonia, Germania, Danimarca, Estonia, Spagna, Irlanda, Portogallo, Romania, Slovenia e Svezia), mentre in altri rileva come circostanza aggravante e/o come attenuante (Belgio, Bulgaria, Cipro, Rep. Ceca, Grecia, Finlandia, Francia, Ungheria, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Slovacchia, Regno Unito). Ricordiamo inoltre che negli orientamenti della Commissione europea, tra le circostanze attenuanti (per le quali non viene fissato un tetto massimo di incidenza rispetto all'importo base della sanzione) vi sono sia l'ipotesi in cui l'impresa fornisca la prova che l'infrazione è stata commessa per negligenza, sia l'ipotesi in cui il comportamento anticoncorrenziale sia stato autorizzato o incoraggiato dalle autorità pubbliche o dalla legge.

- Una politica sanzionatoria equa non può non tener conto delle ipotesi in cui a causa della **novità della fattispecie** e dell'assenza di precedenti, l'impresa abbia un ragionevole dubbio sulla qualificazione di uno specifico comportamento come violazione delle regole di concorrenza. A seconda delle circostanze, in tali ipotesi può essere giustificata non solo l'attenuazione entro limiti prestabiliti, ma anche la non irrogazione dell'ammenda. L'approccio secondo cui per rispettare il principio di proporzionalità occorre che i poteri sanzionatori siano utilizzati diversamente a seconda che una condotta sia chiaramente abusiva o che esistano ragionevoli dubbi circa il fatto che essa costituisca un'infrazione delle disposizioni antitrust è riconosciuto sia nella prassi decisionale della Commissione europea (cfr. il caso COMP/37.685 GVG/FS), sia in alcune pronunce del giudice amministrativo (cfr. ad esempio TAR Lazio 30 marzo 2007, n. 2798). La bozza di linee guida dell'Autorità non considera espressamente questa ipotesi, anche se l'elenco delle circostanze attenuanti è solo esemplificativo.

A nostro avviso, sarebbe opportuno esplicitare che, in ragione del carattere di novità della qualificazione di una condotta come illecito antitrust, l’Autorità potrà non applicare alcuna sanzione oppure applicare una sanzione simbolica. Questa specificazione potrebbe essere inserita nella sezione delle linee guida relativa alle sanzioni di importo simbolico. In alternativa, essa potrebbe essere inserita in un paragrafo della sezione relativa alle circostanze attenuanti, distinto da quelli per i quali è prevista un’incidenza massima della circostanza attenuante pari al 15 per cento dell’importo base della sanzione.

Anche per quanto attiene alle condotte in qualche modo favorite, facilitate o autorizzate da misure normative o provvedimenti dell’autorità pubblica, suggeriamo di eliminare il tetto massimo di incidenza della circostanza attenuante, restando in linea per questo profilo con gli orientamenti della Commissione e evitando indicazioni che potrebbero apparire in contrasto con la giurisprudenza CIF.

Proposta

Al paragrafo 32 della bozza di linee guida aggiungere in fine il seguente periodo:

“L’Autorità si riserva di non applicare alcuna sanzione (o di applicare una sanzione simbolica) nei casi in cui a causa della novità della fattispecie sussista una genuina incertezza da parte dell’impresa riguardo alla qualificazione dell’intesa o della condotta come comportamento illecito ai sensi del diritto della concorrenza”.

In alternativa, aggiungere nella sezione III il seguente paragrafo 25:

“In ogni caso l’Autorità si riserva di considerare come circostanza attenuante, senza limiti di incidenza sull’importo di base della sanzione in deroga al paragrafo 20, l’ipotesi in cui a causa della novità della fattispecie sussista una genuina incertezza da parte dell’impresa riguardo alla qualificazione dell’intesa o della condotta come comportamento illecito ai sensi del diritto della concorrenza”.

Per le misure normative e/o i provvedimenti dell’autorità pubblica che favoriscano, facilitino o autorizzino l’infrazione, eliminare il limite massimo di incidenza della circostanza attenuante, in linea con gli orientamenti della Commissione europea, o quantomeno ricordare che resta impregiudicata la giurisprudenza CIF.

4. Altri adeguamenti dell'importo base a garanzia della proporzionalità e dell'effettiva deterrenza

La *ratio* della possibilità di incrementare l'importo base della sanzione in relazione al fatturato totale a livello mondiale o all'appartenenza dell'impresa a un gruppo di significative dimensioni economiche o in relazione agli utili conseguiti tramite l'infrazione emerge solo dal titolo della sezione IV. Occorre chiarire che tali aumenti sono giustificati solo qualora necessari ad assicurare l'effetto deterrente. Sugeriamo di riprendere il linguaggio degli orientamenti della Commissione, che per aspetti è più chiaro.

Proposta

Chiarire che gli adeguamenti di cui alla sezione IV verranno apportati solo laddove necessario ad assicurare l'effetto deterrente della sanzione, riprendendo il linguaggio degli orientamenti della Commissione europea.

5. Capacità contributiva

L'Autorità specifica nella bozza di linee guida le modalità e i termini in cui l'impresa può presentare istanza di riduzione della sanzione in ragione della propria limitata capacità contributiva. Viene indicato che l'istanza deve essere avanzata "entro il *termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori*, di cui all'articolo 14, comma 2, del D.P.R. n. 217/98". Quest'ultima disposizione prevede che gli uffici comunichino alle parti il *termine di chiusura dell'istruttoria* e le risultanze dell'istruttoria almeno trenta giorni prima della scadenza del termine stesso. Per evitare incertezze sul piano interpretativo, il testo delle linee guida dovrebbe essere reso omogeneo alla formulazione del regolamento sulle procedure istruttorie e far riferimento alla chiusura dell'istruttoria quale momento ultimo per la presentazione dell'istanza di riduzione della sanzione per difetto della capacità contributiva. Il diverso scenario, in cui l'impresa fosse tenuta ad avanzare tale istanza prima della predisposizione della comunicazione delle risultanze istruttorie, restringerebbe irragionevolmente la possibilità di far valere l'incapacità di pagare la sanzione. Nell'incertezza sul quadro delle risultanze istruttorie l'impresa potrebbe infatti attendersi una sanzione di importo inferiore a quello che l'Autorità intende irrogare (o anche ritenere che non verrà irrogata alcuna sanzione) e di conseguenza non attivarsi a

presentare l'istanza di riduzione della sanzione anche qualora ne esistano i presupposti; all'opposto, l'impresa estremamente prudente potrebbe decidere di presentare comunque la suddetta istanza nella fase precedente la CRI, anche qualora tale (gravoso) onere probatorio non risulti effettivamente giustificato.

Proposta

Al punto 30 della bozza di linee guida sostituire il secondo periodo con il seguente:

“Al riguardo, su motivata e circostanziata istanza di parte avanzata entro il termine di chiusura dell'istruttoria, di cui all'articolo 14, comma 2, del D.P.R. n. 217/98, l'Autorità può ridurre la sanzione per tener conto dell'effettiva limitata capacità contributiva della stessa.”

6. Considerazioni finali

Più in generale, per una piena attuazione del principio del contraddittorio (rendere più efficace l'esercizio dei diritti di difesa nella parte finale del procedimento) la comunicazione delle risultanze istruttorie dovrebbe contenere anche indicazioni sull'intenzione dell'Autorità di applicare una sanzione e sugli elementi di cui terrà conto ai fini della commisurazione, per dar modo all'impresa di presentare osservazioni al riguardo sia nelle memorie conclusive sia nell'audizione finale dinanzi al Collegio.

Questa impostazione è già seguita a livello europeo. Secondo un orientamento consolidato della Corte di giustizia, ai fini del rispetto del diritto al contraddittorio è fondamentale che la Commissione dichiari espressamente nella comunicazione degli addebiti che vaglierà l'eventualità di infliggere ammende, indicando le principali considerazioni di fatto e di diritto che potrebbero implicare l'irrogazione di un'ammenda, quali la gravità e la durata della presunta infrazione ed il fatto che essa sia stata commessa intenzionalmente o per negligenza; così operando la Commissione “fornisce le indicazioni necessarie per difendersi non solo dall'addebito dell'infrazione, ma anche dall'inflizione di ammende” (v. tra le altre, Corte di giustizia 18 dicembre 2008, cause riunite C-101/07 P e C-110/07 P; Tribunale, 8 settembre 2010, T-29/05, e 27 febbraio 2014, T-128/11).

In linea con questo orientamento giurisprudenziale, la Commissione europea nelle *Best practices* sui procedimenti antitrust si è impegnata a indicare chiaramente nello *statement of objections* se intende imporre sanzioni alle imprese all'esito del procedimento, richiamando i principi rilevanti stabiliti dagli orientamenti sulle sanzioni, e quali elementi essenziali di fatto e diritto possono rilevare nella determinazione della sanzione, come la durata e la gravità dell'infrazione e se essa è stata commessa intenzionalmente o per negligenza. Laddove possibile, inoltre, la comunicazione degli addebiti menziona i fattori che possono costituire circostanze aggravanti o attenuanti.

Sarebbe opportuno che una formulazione analoga venisse inclusa nelle linee guida dell'Autorità.