



Autorità garante della concorrenza e del mercato
AGCM

Prot. **0035282** del: 16/07/2014 17:56

Documento: Prnc pale Registro: Arrivo



CONFINDUSTRIA

Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni
amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma
1, della legge n. 287/90

Osservazioni di Confindustria

1. Osservazioni generali

Lo scorso maggio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha approvato in via preliminare una proposta di Linee Guida relative alla propria politica sanzionatoria in materie di intese e abusi di posizione dominante (di seguito la "Proposta"), sottoponendola a consultazione pubblica.

Il principale scopo perseguito è quello di esplicitare i criteri adottati dall'Autorità per il calcolo delle ammende, in modo da consentire alle parti interessate di conoscere l'*iter* logico e le motivazioni da cui scaturisce la comminazione di una determinata sanzione pecuniaria.

Confindustria ritiene pienamente condivisibile la decisione dell'Autorità di dotarsi di Linee Guida volte ad assicurare la trasparenza e prevedibilità del proprio processo decisionale.

Infatti, fermo restando l'effetto dissuasivo correlato al *quantum* delle sanzioni, tra le imprese è particolarmente diffusa la preoccupazione circa l'imprevedibilità degli esiti degli accertamenti autoritativi.

Come noto, le norme a tutela della concorrenza si caratterizzano per una complessità tale da non consentire, spesso neppure a figure altamente specializzate, interpretazioni univoche e certe e previsioni attendibili riguardo all'esito dei procedimenti avviati da parte dell'Autorità. A ciò si aggiungono gli ampi margini di discrezionalità di cui quest'ultima gode nell'esercizio del potere sanzionatorio.

Ne deriva un'aleatorietà che disorienta le grandi imprese, pur supportate nella conoscenza e nella comprensione del diritto antitrust da legali interni e consulenti specializzati, e che espone a serie difficoltà quelle medie e piccole.

Pertanto, Confindustria invoca da tempo l'adozione da parte dell'Autorità di Linee Guida in materia. È dunque senz'altro da apprezzare la scelta dell'Autorità di dotarsi di un apposito strumento al riguardo.

Confindustria, inoltre, valuta positivamente l'iniziativa dell'Autorità di raccogliere e considerare le osservazioni degli *stakeholder*, sul presupposto che una regolamentazione condivisa conduca a una migliore applicazione delle norme.

Di seguito si riportano alcune considerazioni e richieste di chiarimento.

2. Osservazioni di dettaglio

2.1. **La determinazione della sanzione: l'importo di base**

Ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, la Proposta, in linea con gli Orientamenti della Commissione sul calcolo delle ammende (di seguito, gli "Orientamenti"), utilizza il valore delle vendite

vendite interessate, indipendentemente dalla durata di tali violazioni e della loro effettiva attuazione - c.d. *entry fee* (par. 17). La previsione appare particolarmente penalizzante per le imprese. Infatti, essa ancora l'applicazione dell'*entry fee* al parametro della gravità dell'infrazione; parametro tuttavia già rilevante ai fini del calcolo dell'importo base dell'ammenda. Pertanto, tale previsione andrebbe eliminata, tanto più che, come rilevato dalla stessa Autorità nella Relazione di Accompagnamento (di seguito, la "RA") (par. 30), l'*entry fee* è prevista solo in poche giurisdizioni. In subordine, in ossequio ai principi di proporzionalità della sanzione e di non discriminazione, sarebbe opportuno un allineamento con la formulazione degli Orientamenti della Commissione, che appare più equilibrata. Essa, infatti, stabilisce un importo aggiuntivo compreso tra il 15% e il 25% e non il 30% e ne prevede l'inserimento indipendentemente dalla durata dell'infrazione ma non anche dalla sua effettiva attuazione.

Quest'ultimo aspetto non è di secondaria importanza. Se la mera ideazione di una condotta illecita è sufficiente ai fini della configurabilità della violazione, per qualificare la stessa come grave e trarne le conseguenze ai fini della quantificazione della sanzione, non si dovrebbe mai prescindere, come già evidenziato, dagli effetti concretamente prodottisi.

Infine, si chiede conferma del fatto che le restrizioni "più gravi" a cui la previsione si riferisce siano quelle indicate al paragrafo 12, ossia "gli accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione".

In materia di collusione nelle gare d'appalto (c.d. *bid-rigging*), la Proposta individua due criteri differenti di calcolo del valore delle vendite: i) il valore delle vendite oggetto della gara d'appalto; ii) il valore di tutte le vendite realizzate sul mercato rilevante (par. 18). Tuttavia, non viene specificato se tali criteri siano da considerarsi alternativi o complementari, tantomeno ne vengono chiariti i rispettivi presupposti di applicazione. Al riguardo, viene genericamente previsto che l'Autorità potrà prendere in considerazione "anche" il valore complessivo delle vendite "in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato", ma si tratta di una clausola che finisce col lasciare troppo spazio alla discrezionalità dell'Autorità stessa, minando la prevedibilità e la proporzionalità del processo irrogatorio.

Pertanto, innanzitutto occorrerebbe precisare il rapporto tra i due criteri in discussione; inoltre, occorrerebbe definire le condizioni in presenza delle quali l'uno o l'altro trovano applicazione. In particolare, si potrebbe mutuare la prassi applicativa dell'Autorità francese (RA, par. 14), secondo cui il ricorso al valore complessivo delle vendite rappresenta un criterio sussidiario in caso di singola gara d'importo limitato. In proposito, una parametro di riferimento potrebbe essere rappresentato dagli appalti sotto le soglie di rilevanza comunitaria di cui agli articoli 28 e 215 del D.Lgs. n. 163/06. Peraltro, la percentuale da applicare a tale valore dovrebbe comunque essere individuata in relazione all'importo della singola gara, al fine di evitare che la sanzione irrogata sia sproporzionata rispetto all'effettiva gravità della condotta.

2.2. Adeguamenti dell'importo base: circostanze aggravanti e attenuanti

Tra le circostanze aggravanti, la Proposta annovera l'adozione di condotte che intralciano l'attività istruttoria dell'Autorità, ferma restando l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 14, comma 5, della legge n. 287/90 (par. 21, cpv. 2). Tuttavia, in virtù di questo inciso, la stessa condotta rileverebbe sia come circostanza aggravante per adeguare l'importo base della sanzione volta a punire l'infrazione, sia ai fini dell'irrogazione delle sanzioni specificamente previste a fronte di comportamenti non collaborativi o ostruzionistici, in evidente contraddizione con il principio del *ne bis in idem*. Pertanto, l'inciso in questione dovrebbe essere espunto. Peraltro, la formulazione

così suggerita sarebbe maggiormente aderente agli Orientamenti della Commissione che, nel considerare il rifiuto di cooperare e l'ostruzionismo durante lo svolgimento dell'indagine quale circostanza aggravante, non fanno salve le sanzioni *ex* articolo 23, comma 1, del Regolamento n. 1/03 previste per tali comportamenti.

Le circostanze aggravanti comprendono altresì l'esercizio della gestione di servizi di interesse economico generale (par. 21, cpv. 3). Si tratta di una previsione che penalizza un novero di imprese sulla base di un criterio meramente soggettivo - l'essere incaricate di servizi di interesse economico generale (SIEG) - prescindendo dalla verifica di un nesso di causalità tra l'infrazione commessa e l'attività di interesse generale svolta. Inoltre, tali imprese potrebbero essere sanzionate più rigorosamente anche laddove abbiano tenuto una condotta anticoncorrenziale in un settore diverso da quello in regime concessorio. Considerata l'evidente disparità di trattamento che ne deriva sul piano applicativo, la circostanza aggravante in commento dovrebbe essere eliminata, tanto più che non trova rispondenza in alcuno degli ordinamenti considerati dall'Autorità. In subordine, essa dovrebbe essere riformulata prevedendone l'applicazione solo se un'impresa abbia commesso un'infrazione antitrust in virtù della propria qualità di esercente il SIEG.

In aggiunta alle circostanze aggravanti, la Proposta prevede poi la possibilità di incrementare ulteriormente l'importo base della sanzione fino al 100% dell'importo medesimo nei casi di recidiva, ossia quando l'impresa, nei cinque anni precedenti, abbia commesso la stessa infrazione o infrazioni simili accertate dall'Autorità o dalla Commissione europea (par. 22). Al riguardo, si richiede di chiarire se per accertamento da parte delle Autorità di concorrenza s'intenda una decisione delle stesse divenuta definitiva.

Per quanto riguarda le circostanze attenuanti, la Proposta vi include le iniziative assunte per mitigare gli effetti della violazione, negando tuttavia rilevanza all'interruzione della violazione in seguito all'avvio dell'istruttoria (par. 23, cpv. 1). Al contrario, gli Orientamenti della Commissione, al di fuori delle ipotesi di intese segrete, considerano come circostanza attenuante anche la prova da parte dell'impresa di aver terminato le attività illecite dopo i primi interventi della Commissione. Lo stesso approccio è stato adottato dall'OFT. Pertanto, sarebbe opportuno adeguare la formulazione delle Linee Guida al testo degli Orientamenti della Commissione nonché alle principali prassi applicative degli Stati membri, al fine di armonizzare i parametri di riferimento per la determinazione delle sanzioni a livello europeo ed evitare ingiustificate discriminazioni. Del resto, nella Relazione di Accompagnamento si evidenzia che, relativamente al riconoscimento delle circostanze aggravanti e attenuanti, i giudici amministrativi hanno confermato la prassi dell'Autorità in quanto coerente con gli orientamenti comunitari (RA, par. 39). Per la medesima ragione e nell'ottica di attribuire maggiore rilevanza all'elemento soggettivo, sarebbe altresì opportuno inserire tra le circostanze attenuanti la prova che l'infrazione sia stata commessa non intenzionalmente.

Inoltre, la Proposta considera quale circostanza attenuante l'efficace collaborazione con l'Autorità nel corso del procedimento istruttorio, in ipotesi diverse dai programmi di clemenza, oltre quanto richiesto dagli obblighi di legge (par. 23, cpv. 2). Sebbene una previsione simile sia contenuta anche negli Orientamenti della Commissione, si ritiene che la stessa sia molto generica e, pertanto, si richiede di definirne più precisamente i contenuti.

Infine, la Proposta annovera tra le circostanze attenuanti l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, aderente alle *best practice* europee e nazionali, con l'avvertenza che la mera esistenza dello stesso non inciderà sulla valutazione della gravità in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno a rispettarlo (par. 23, cpv. 5).

Si tratta di una previsione particolarmente positiva che risponde ad alcune esigenze da tempo manifestate dal mondo delle imprese; tuttavia, essa andrebbe meglio circostanziata. Infatti, non è chiaro quando un programma di *compliance* possa reputarsi “adeguato” e quando la prova di un “effettivo e concreto impegno” al rispetto dello stesso possa ritenersi raggiunta. In proposito, sarebbe opportuno che l’Autorità indichi i criteri di valutazione dell’efficacia di un programma di *compliance* e che tali criteri siano conformi agli *standard* attualmente applicati a livello europeo.

2.3. Altri adeguamenti dell’importo base

La Proposta consente di incrementare fino al 50% l’importo base della sanzione, qualora l’impresa abbia realizzato un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche (par. 25). La prima ipotesi, presente anche negli Orientamenti della Commissione, punta ad assicurare l’effetto dissuasivo della sanzione, correlandone l’ammontare alle dimensioni dell’impresa. In particolare, prendendo come riferimento il fatturato realizzato al di là delle vendite dei beni e servizi oggetto dell’infrazione, la previsione sembra rivolgersi in concreto alle imprese multi-prodotto e a quelle esportatrici. Tuttavia, trattandosi di un criterio che si presta a un impiego discrezionale, l’Autorità dovrebbe farvi ricorso con particolare prudenza. La seconda ipotesi, invece, che non è contemplata negli Orientamenti della Commissione, presenta contorni eccessivamente indefiniti: innanzitutto, vengono in rilievo le note ambiguità in merito alla nozione giuridica di “gruppo”; inoltre, non è chiaro quali siano i parametri in base ai quali un gruppo possa considerarsi di significative dimensioni. Si ritiene, dunque, che tale previsione sia evidentemente disallineata rispetto alle finalità di trasparenza e prevedibilità delle decisioni antitrust e, di conseguenza, dovrebbe essere eliminata.

La Proposta disciplina poi il concorso formale di più illeciti antitrust, disponendo l’applicazione della sanzione prevista per quello più grave, aumentata fino al triplo (par. 27). Sebbene la previsione sia conforme a quanto disposto dall’articolo 8 della legge n. 689/1981, essa produce effetti particolarmente gravosi per le imprese e, pertanto, sarebbero necessari maggiori chiarimenti sul punto.

Inoltre, sulla base dell’articolo 11 della legge n. 689/81, la Proposta permette di ridurre la sanzione in considerazione della capacità contributiva dell’impresa, purché quest’ultima produca prove oggettive da cui risulti che la sanzione calcolata dall’Autorità ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, causandone l’effettiva uscita dal mercato (par. 30). L’approccio seguito, pur essendo conforme a quello degli Orientamenti della Commissione, appare particolarmente rigoroso e desta perplessità. Infatti, per dimostrare di avere una capacità contributiva inadeguata rispetto all’importo della sanzione da pagare, l’impresa dovrebbe essere in grado di determinare tale importo *ex ante*. Operazione questa che è estremamente difficile, specie per le imprese di piccole e medie dimensioni, considerata la complessità del processo di quantificazione, nonché l’ampia discrezionalità di cui l’Autorità gode nell’ambito di tale processo. Un’osservazione analoga vale per la prova relativa all’effettiva uscita dal mercato, tanto più che quest’ultimo aspetto dipende anche da fattori esogeni, che escono fuori dalla sfera del controllo dell’impresa agente. Pertanto, pur comprendendo la *ratio* anti-abuso della previsione in commento, si ritiene che il rigore della stessa dovrebbe essere attenuato.

A garanzia del principio della certezza del diritto e a tutela del diritto di difesa, in linea con la prassi seguita dalla Commissione europea, sarebbe opportuno inserire nelle Comunicazioni delle

Risultanze Istruttorie una sezione dedicata al calcolo delle sanzioni. Questa sezione dovrebbe contenere, quantomeno a titolo indicativo, i criteri cui l'Autorità potrebbe uniformarsi in caso accertamento dell'infrazione, con particolare riferimento ai seguenti aspetti: i) definizione dei ricavi delle vendite ritenuti rilevanti; ii) qualificazione della gravità e quantificazione della durata della condotta; iii) valutazione delle eventuali circostanze aggravanti e/o attenuanti.

In tal modo, le parti verrebbero messe in condizione di conoscere, già nella fase endoprocedimentale, le possibili metodologie di calcolo e valutazioni dell'Autorità e di effettuare, nel rispetto del principio del contraddittorio, le proprie controdeduzioni in merito prima della chiusura del procedimento. In caso contrario, la dialettica sulle sanzioni continuerebbe a svolgersi esclusivamente davanti al giudice amministrativo, con ciò depauperando il valore stesso delle Linee Guida.

3. Conclusioni

Ferma restando la valutazione molto positiva dell'iniziativa condotta dall'Autorità, si ritiene che nella Proposta restino ancora margini di indeterminatezza, che potrebbero essere meglio precisati e resi più comprensibili per assicurare trasparenza e prevedibilità del processo decisionale antitrust. Inoltre, diversi criteri di quantificazione proposti sembrano sbilanciati a favore dell'effetto dissuasivo delle sanzioni, sacrificando in parte la proporzionalità delle stesse.

Pertanto, si auspica che l'Autorità tenga in debito conto le osservazioni presentate dagli *stakeholder*, al fine di predisporre delle Linee Guida equilibrate, a beneficio di tutto il mercato.

Inoltre, si evidenzia come la Proposta contenga delle clausole di salvaguardia, volte a consentire all'Autorità di discostarsi all'occorrenza dai criteri di calcolo indicati. Nonostante tale approccio sia coerente con quello degli Orientamenti della Commissione, si confida nell'intenzione dell'Autorità di conformarsi alle Linee Guida di prossima emanazione, onde evitare di vanificare lo sforzo che l'Autorità stessa sta compiendo nella direzione di assicurare agli operatori economici maggiore certezza e parità di trattamento sul piano applicativo.

Infine, si ribadisce il particolare apprezzamento per la scelta compiuta dall'Autorità di considerare quale circostanza attenuante il ricorso e il rispetto dei programmi di *compliance*. Questi ultimi, infatti, rappresentano una misura organizzativa senz'altro utile a mettere le imprese nella condizione di evitare l'eventuale commissione di illeciti antitrust. Tuttavia, la definizione di modelli effettivamente rispondenti a tale obiettivo comporta oneri rilevanti, anche sul piano economico. Pertanto, al fine di incoraggiarne l'adozione, occorrono incentivi appropriati, che passano anzitutto dal riconoscimento di un'efficacia attenuante. Restano da superare le criticità sopra evidenziate. Al riguardo, si ritiene fondamentale che l'Autorità si avvalga del confronto con le associazioni di categoria; confronto rispetto al quale Confindustria si è fatta promotrice da tempo.