

Ogg.: contributo alla consultazione pubblica sulla proposta di *Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità*, pubblicata il 15 maggio 2014 (Prof. Philipp Fabbio – Università Mediterranea di Reggio Calabria)

Nell'ambito della consultazione in oggetto, ci si permette di sottoporre all'Autorità le seguenti osservazioni, che si intendono espresse a titolo personale.

\*

## **1. Considerazioni di ordine generale.**

È da ritenere, in generale, che una politica sanzionatoria antitrust giusta ed efficace, oltre che aderente ai criteri generali di cui all'art. 11 l. 689/1981, debba orientarsi, tra l'altro, ai seguenti principi:

- in primo luogo, nel perseguire il condivisibile obiettivo di una sufficiente prevedibilità (punto 4 delle *Linee guida*), essa dovrebbe risultare adeguatamente calibrata sulle specificità del caso concreto, alla stessa stregua delle misure a contenuto positivo (decisioni con impegni, diffide positive e misure strutturali), evitando un'applicazione meccanica di criteri solo astrattamente esatti;
- in secondo luogo, una tale politica, nel perseguire le finalità di deterrenza ad essa proprie (punto 3 delle *Linee guida*), dovrebbe comunque svilupparsi in modo coerente con la missione generale dell'Autorità, di assicurare il buon funzionamento dei mercati, quale strumento di incremento del benessere collettivo; essa dovrebbe perciò evitare – per quanto possibile – il prodursi di distorsioni ulteriori, e basarsi a tal fine su di una valutazione accurata della possibile incidenza della sanzione o delle sanzioni, sulla posizione della singola impresa nel gioco concorrenziale e sul funzionamento complessivo del mercato interessato.

\*

## **2. Sulla soglia minima del 15% per gli illeciti "più gravi".**

La proposta di *Linee guida* include la previsione di una soglia minima elevata (pari al 15% delle vendite interessate dall'infrazione) per la determinazione dell'importo-base, nel calcolo della sanzione per le violazioni più gravi.

Tale previsione potrebbe risultare in un elemento di eccessiva rigidità, tanto più se la gravità è determinata sulla base della tipologia di illecito considerata in astratto.

L'esemplificazione, contenuta nelle *Linee guida*, dell'accordo di cartello segreto sui prezzi (punto 12) è in linea con un sentire diffuso, e trova – come è noto – ampio riscontro nella prassi applicativa e in documenti ufficiali, anche comunitari. Essa appare tuttavia opinabile, nella misura in cui sovrappone l'immediatezza della qualificazione di illiceità con la concreta dannosità dell'illecito, nel caso singolo e in generale in confronto ad altre tipologie di illecito, magari di meno immediata qualificazione, ma al limite più dannose (es. abusi di impedimento, atti a prevenire lo sviluppo di interi nuovi mercati).

Inoltre, la previsione di una soglia minima così elevata richiederebbe, per risultare coerente con l'obiettivo della sufficiente prevedibilità delle sanzioni (punto 4 delle *Linee guida*), un'elencazione tendenzialmente esaustiva delle circostanze che valgono a qualificare l'infrazione come grave o molto grave ai fini della quantificazione dell'importo-base; e che le medesime circostanze non possano essere valutate al contempo come aggravanti da applicarsi all'importo-base.

*Per queste ragioni, pare preferibile mantenere ferma l'impostazione seguita dall'Autorità finora, impostazione comunque conforme agli Orientamenti della Commissione in materia, di non prevedere una soglia minima predefinita per il calcolo dell'importo-base, neppure per i casi di maggiore gravità.*

*Al contempo, potrebbe tuttavia valutarsi l'opportunità di prevedere soglie massime per gli illeciti di minore gravità, con codificazione dei fattori rilevanti a tal fine, in particolare di quelli che già assumono rilievo nella prassi applicativa corrente.*

\*

### **3. Sulla collaborazione “informale” dell'impresa indagata nel procedimento.**

Rispetto al rilievo da attribuire all'atteggiamento tenuto dall'impresa indagata nel procedimento, la proposta contenuta nelle *Linee guida* di ammettere, per le fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione dei programmi di clemenza, un trattamento premiale, solo nel caso di collaborazione “formalizzata”, rappresenterebbe un cambiamento rispetto alla prassi fin qui seguita dall'Autorità (punto 23).

La soluzione proposta appare ad ogni modo idonea a disincentivare apporti spontanei all'istruttoria. I quali apporti potrebbero invece risultare utili per l'accertamento dell'infrazione, e in ogni caso attestare una volontà di collaborazione rilevante ai sensi dell'art. 11 l. 689/81 (come elemento di valutazione positiva della “*personalità*” dell'agente).

Difatti, la scelta di non presentare istanza di trattamento favorevole può essere determinata da un'obiettiva incertezza, circa la reale rilevanza del proprio contributo rispetto all'istruttoria in corso e quindi ai fini della riduzione della sanzione. La stessa scelta può inoltre dipendere da circostanze esterne al procedimento e al di fuori del controllo della parte, quale in particolare il timore di ritorsioni dalle altre parti del procedimento, specie se queste sono dotate di maggiore forza di mercato, e più in generale i rapporti intrattenuti con le medesime.

*Per queste ragioni, appare preferibile che, in linea con i precedenti della stessa Autorità, anche la collaborazione “informale” (cioè che non corrisponde ad alcuna istanza formale di trattamento favorevole), specie laddove questa risulti in contributi obiettivamente utili per lo svolgimento dell'istruttoria, e più in generale un atteggiamento collaborativo della parte nel procedimento continuino ad essere presi in considerazione come fattori di mitigazione della sanzione.*

\*

#### 4. Sulle attenuanti.

In ordine alle circostanze attenuanti, si osserva in particolare quanto segue.

A) Nell'ambito di un'elencazione necessariamente esemplificativa, la proposta di *Linee guida* include, tra le circostanze attenuanti, il «*dimostrare di aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita*» (punto 23).

Tale previsione si presta ad essere intesa nel senso che un ruolo marginale nell'infrazione vale come attenuante, solo se l'impresa interessata dimostra anche di non aver dato attuazione alla pratica illecita.

In realtà, quote di mercato modeste, in assoluto e rispetto alle altre imprese partecipanti all'illecito, possono valere come indizio di un contributo causale più limitato, nell'ideazione e nella stessa attuazione dell'illecito. Per lo meno nei casi in cui le quote di cui si tratta siano molto modeste, ciò dovrebbe di per sé giustificare una riduzione della sanzione, a prescindere dall'elemento soggettivo di colpevolezza.

*Per queste ragioni, pare preferibile: i) che il ruolo marginale nell'infrazione possa valere di per sé come attenuante, a prescindere dalla capacità dell'impresa di provare di non avere partecipato alla fase attuativa dell'infrazione medesima; e ii) che la mancata attuazione da parte della singola impresa possa valere come attenuante autonoma ed ulteriore.*

\*

B) Pure nei casi in cui l'impresa abbia partecipato all'attuazione dell'illecito, la sua partecipazione potrebbe essere stata costretta o comunque largamente indotta da singole circostanze o da un insieme di circostanze, tra cui in particolare la forza di mercato relativa delle altre imprese partecipanti all'intesa, il fondato timore di ritorsioni, la consapevolezza degli svantaggi che sarebbero derivati dalla mancata partecipazione rispetto alle imprese promotrici dell'infrazione.

La singola circostanza o l'insieme di tali circostanze può anche non ammontare ad un vero e proprio stato di necessità economica, ma non per questo possono essere considerati irrilevanti, trattandosi di valutare la posizione della singola impresa rispetto all'illecito pluri-soggettivo. Del resto, le stesse *Linee guida* considerano come attenuante i provvedimenti dell'Autorità che semplicemente agevolino o favoriscano l'infrazione (punto 23), e qualificano come aggravante l'aver costretto o indotto altre imprese a partecipare. Inoltre, secondo la nota sentenza della Corte di Giustizia in *Courage*, la parte di un'intesa illecita è legittimata a richiedere il risarcimento dei danni all'altra parte, nel caso in cui la sua partecipazione sia stata indotta da una situazione di dipendenza economica, nella quale essa versava nei confronti dell'altra parte, più forte.

*Per queste ragioni, pare opportuno che, nelle Linee guida o comunque nella prassi applicativa, circostanze quali la posizione di maggior forza relativa delle altre parti, il fondato timore di ritorsioni e simili, che possono aver costretto o in varia misura indotto la partecipazione di un'impresa all'infrazione siano esplicitamente prese in considerazione come possibili attenuanti.*

\*

C) La proposta di *Linee guida* prevede che l'adozione di un programma di *compliance* antitrust possa essere valutato come attenuante (punto 23).

La proposta di *Linee guida* – a differenza di quanto previsto in via generale o praticato da altre autorità della concorrenza nazionali (il *Conseil de la Concurrence* francese dal 2008) – non considera invece l'eventualità che l'impresa indagata si impegni ad adottare o adotti un programma di *compliance* antitrust nel corso o all'esito del procedimento.

Una mitigazione della sanzione, collegata all'adozione di un tale programma, potrebbe tuttavia avere un effetto positivo a livello di sistema, nel senso di favorire la diffusione di programmi di *compliance* antitrust, pur in assenza di una disciplina legislativa corrispondente a quella dettata dal d.lgs. 231/2001. Inoltre, l'iniziativa assunta dall'impresa indagata nel corso del procedimento dovrebbe poter valere al fine di una valutazione positiva della personalità dell'agente ai sensi dell'art. 11 l. 689/1981.

*Per queste ragioni, pare opportuno che le Linee guida ammettano espressamente la possibilità che l'impegno di adottare ovvero l'adozione di un programma di compliance antitrust successivamente all'avvio dell'istruttoria possa anch'essa valere come attenuante.*

\*

## **5. Sulla situazione di difficoltà economica dell'impresa.**

Rispetto alla rilevanza da attribuire alla situazione economica dell'impresa, la proposta di *Linee guida* precisa, in linea con gli Orientamenti della Commissione in materia (che però non vincolano le Autorità di concorrenza nazionali), che l'impresa può beneficiare di una corrispondente riduzione, solo provando che l'irrogazione di una sanzione eccedente una certa soglia determinerebbe la sua fuoriuscita, certa, dal mercato. Si precisa altresì che non saranno considerati sufficienti a tal fine l'allegazione di risultati negativi di bilancio o di una generale situazione di crisi economica (punto 30).

L'art. 11 l. 698/1981, tuttavia, utilizza a questo proposito una formula sicuramente più ampia («*condizioni economiche*» dell'agente), atta a ricomprendere anche situazioni economiche non positive, ma non necessariamente tali da determinare l'uscita dell'impresa dal mercato all'applicazione di una sanzione pecuniaria.

D'altra parte, il generale principio di proporzionalità dovrebbe comportare che, nella valutazione dell'incidenza che la sanzione può avere sulla singola impresa, come anche sul funzionamento complessivo del mercato interessato, si tenga conto di eventuali risultati negativi di bilancio e in generale dell'andamento dell'attività rispetto al mercato interessato e nel contesto economico generale.

Nella prassi corrente dell'Autorità Garante italiana, come di altre autorità e giudici nazionali, questo tipo di considerazioni ha finora trovato considerazione, implicita o esplicita, nella fase di determinazione dell'importo-base della sanzione ovvero in quella di applicazione delle attenuanti.

Sul piano dell'onere della prova, si deve rilevare che fornire una prova rigorosa del fatto che una sanzione eccedente una determinata soglia provocherebbe la fuoriuscita dell'impresa dal mercato (non semplicemente probabile, ma addirittura certa), può risultare

molto difficile; sicché dovrebbe essere ragionevolmente consentito il ricorso a tal fine a indizi e a criteri probabilistici.

Sempre sul piano probatorio, mette conto evidenziare le difficoltà che può preparare all'impresa l'allegazione e la prova dell'incidenza che la sanzione avrebbe in ipotesi sulla sua redditività, in assenza di una precisa quantificazione da parte dell'Autorità, magari in sede di comunicazione delle risultanze istruttorie.

*Per queste ragioni, pare opportuno che l'Autorità: i) continui a considerare il contesto economico negativo e le difficoltà economiche dell'impresa, non necessariamente coincidenti con la certezza di un fallimento con esito liquidatorio, come fattori rilevanti per la determinazione dell'importo-base della sanzione ovvero come attenuante individuale; ii) valuti altresì l'opportunità di precisare i criteri di concreta determinazione della sanzione già nella comunicazione delle risultanze istruttorie.*

\*

## **6. Sul massimo edittale.**

In relazione al massimo edittale, le *Linee guida* si limitano a precisare, in linea con alcuni precedenti della stessa Autorità, che la soglia del 10% del fatturato totale di cui all'art. 15 l. 287/1990 andrebbe intesa nel senso che, qualora la sanzione cd. "teorica" ecceda il massimo edittale, essa debba successivamente ridursi, per coincidere con il massimo edittale (punto 28).

Questa interpretazione, non necessitata dal punto di vista logico o funzionale, appare particolarmente problematica per l'ipotesi in cui il fatturato interessato dall'infrazione coincida, in tutto o in larga parte, con il fatturato totale dell'impresa.

In questi casi, l'incidenza relativa della sanzione sull'operatività e quindi sulla posizione di mercato dell'impresa sarà tipicamente superiore, anche di gran lunga, rispetto a quella della sanzione applicata a imprese multi-prodotto e/o che operano in un area geografica più ampia di quella interessata dall'infrazione.

La distorsione del mercato che ne deriva diviene evidente e può risultare fortemente amplificata nell'ipotesi di illeciti pluri-soggettivi, e tipicamente nell'ipotesi di intese tra concorrenti diretti. E ciò tanto più se si considera che l'impresa, la quale si trovi a fronteggiare questo tipo di problema, sarà facilmente un'impresa piccola, in termini assoluti e rispetto ai concorrenti.

L'applicazione di aumenti nella sanzione (non a tutte le imprese, ma solo) alle imprese dotate di una particolare forza economica (in quanto verticalmente integrate, appartenenti ad un gruppo, aventi un fatturato complessivo molto elevato ecc.) non appare di per sé sufficiente a porre rimedio alla distorsione che in questo modo si viene a creare.

D'altra parte, la lettera dell'art. 15 si limita a stabilire che, nei casi gravi, è applicata una sanzione «fino al dieci per cento». Più in generale, il metodo che ci si propone di codificare nelle *Linee guida* non appare idoneo a riflettere, in modo proporzionato, la gravità della sanzione

*Per queste ragioni, andrebbe seriamente considerata la soluzione di recente adottata dalla giurisprudenza di legittimità tedesca (Bundesgerichtshof, 26 febbraio 2013, KRB 20/12), sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, e con riferimento ad un contesto legislativo e regolamentare e ad una prassi del tutto analoghi a quelli italiani: alla stregua di tale pronuncia, il massimo edittale del 10% del fatturato totale, realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio annuale, non può essere superato in alcuno dei passaggi intermedi di calcolo della sanzione, e ciò per assicurare che la sanzione irrogata rifletta appieno l'effettiva gravità dell'illecito. In altri termini, all'Autorità antitrust tedesca non è più consentito, a seguito di tale pronuncia, di calcolare una sanzione "teorica" superiore al 10% del fatturato totale dell'impresa, per poi irrogare una sanzione "effettiva" pari al massimo edittale; piuttosto la sanzione dovrà essere contenuta, in ogni singolo passaggio di calcolo relativo alla sua quantificazione, entro il massimo edittale del 10% del fatturato totale, e in modo tale da riflettere il più accuratamente possibile l'effettiva entità dell'illecito.*

\* \* \*

Roma, 28 giugno 2014

Prof. Philipp Fabbio  
Associato di Diritto Commerciale  
Università Mediterranea di Reggio Calabria  
Dipartimento di Diritto ed Economia  
philipp.fabbio@unirc.it