

Spettabile
Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato
Piazza Verdi, 6/A
00198 - Roma

- trasmessa all'indirizzo e-mail: consultazione.lineeguidasanzioni@agcm.it.

Roma, 30 giugno 2014

Consultazione pubblica sulle Linee Guida relative alla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in materia di concorrenza.
Osservazioni al testo posto in consultazione.

Spettabile Autorità,

con la presente nota, si intende offrire un contributo per la stesura del documento finale concernente le Linee Guida relative alla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative irrogate in materia di concorrenza (di seguito, anche solo "Linee Guida").

In via preliminare, si osserva che l'adozione delle Linee Guida, così come la preventiva consultazione pubblica, è un'iniziativa certamente apprezzabile, in quanto contribuisce ad incrementare il grado di trasparenza e di prevedibilità dell'azione amministrativa.

Nello specifico, la bozza di Linee Guida elaborate da Codesta Autorità appaiono in linea di principio coerenti con la prassi adottata dalla Commissione Europea e da altre Autorità nazionali di concorrenza, oltre che con le pronunce giurisprudenziali intervenute negli ultimi anni, ed appare quindi estremamente utile non solo per assicurare i predetti obiettivi di trasparenza e prevedibilità dei criteri per la quantificazione delle sanzioni, ma

anche per assicurare l'uniforme applicazione del diritto comunitario negli Stati membri.

Vi sono tuttavia tre aspetti che, a nostro avviso, sollevano alcune criticità e che dovrebbero essere quindi tenuti in considerazione nella stesura della versione finale delle Linee Guida; ci si riferisce, in particolare, alla percentuale per la determinazione dell'importo base della sanzione, alla determinazione del valore delle vendite nei casi di collusione nell'ambito di gare pubbliche, ed al concorso formale di più illeciti.

Per quanto riguarda il primo profilo, si osserva che la bozza di Linee Guida prevede (§ 8) che “ (...) *le sanzioni applicate agli illeciti antitrust debbano essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione (...)*”.

Con specifico riferimento alla percentuale del valore delle vendite che sarà concretamente applicata, la bozza delle Linee Guida (§§ 11 – 14) prevede che essa sia determinata in considerazione della gravità della violazione e che non sarà superiore al 30%. Al riguardo, la bozza precisa che, per gli accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, “*la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%*”. In questo modo, viene di fatto stabilita una soglia minima, al di sotto della quale l'ammontare della sanzione non potrà, di regola, scendere.

La previsione di questa soglia minima pone dei dubbi di compatibilità con quanto previsto dagli artt. 15 della legge n. 287/90 e 11 della legge n. 689/81. Queste due disposizioni, da un lato, rimettono alla discrezionalità dell'Autorità il compito di definire il “*quantum*” della sanzione (entro il massimo edittale del 10% del fatturato complessivo realizzato dall'impresa), dall'altro, impongono che questa valutazione discrezionale venga compiuta attenendosi a parametri predefiniti (precisamente, la gravità della violazione,

l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, la personalità dell'agente e le condizioni economiche di quest'ultimo).

In altre parole, viene attribuito all'Autorità un potere-dovere di compiere una valutazione discrezionale, fondata su parametri prefissati, al fine di quantificare, secondo le circostanze del caso concreto, la sanzione da irrogare ad un'impresa che abbia commesso una violazione della normativa *antitrust*. Nel contempo, vi è il diritto dell'impresa a che la sanzione ad essa comminata sia frutto, appunto, della valutazione discrezionale dell'Autorità e venga *graduata* in ragione della specificità (*rectius*: della gravità, dell'opera, della personalità e delle condizioni economiche dell'agente) della condotta realizzata.

Ebbene, la previsione di una soglia minima del 15% per la quantificazione dell'importo base può determinare una sostanziale eliminazione della valutazione discrezionale circa la graduazione della sanzione e una conseguente disapplicazione dei parametri legislativi di quantificazione.

Il riferimento è ai casi in cui ad esser sanzionata per un accordo orizzontale segreto di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati o di limitazione della produzione sia un'impresa che offre al mercato prevalentemente un unico bene e/o un unico servizio, vale a dire un'impresa in cui il 'valore delle vendite' oggetto di infrazione di fatto coincide con il suo fatturato totale. In tali casi, è evidente che l'applicazione di una percentuale di almeno il 15% del valore delle vendite equivale ad imporre in partenza – prima ancora di ogni altra valutazione sull'applicazione della cd. *entry fee*, sulla durata dell'infrazione e sull'eventuale esistenza di circostanze aggravanti o attenuanti – una sanzione superiore al massimo edittale del 10% del fatturato complessivo, e quindi da determinarsi necessariamente in quest'ultima percentuale. In altri termini, quindi, vi è il rischio che in questi casi la sanzione coincida per definizione con il massimo edittale, senza che l'Autorità abbia

esercitato il proprio potere-dovere di valutazione discrezionale della gravità della condotta e degli altri parametri indicati dalle citate disposizioni della l. n. 287/90 e della l. n. 689/81.

Si tratterebbe, peraltro, di un caso tutt'altro che infrequente, soprattutto considerata la realtà nazionale caratterizzata dalla presenza di piccole/medie imprese, la cui attività è spesso concentrata nella produzione un unico prodotto o servizio.

La previsione della soglia minima del 15%, peraltro, introduce un criterio sanzionatorio per certi versi ancor più severo di quello previsto dagli Orientamenti della Commissione Europea¹, ai quali la bozza delle Linee Guida pure si ispira in gran parte, i quali prevedono (§ 21) la fissazione di una percentuale massima del valore delle vendite (il 30%), senza tuttavia fissare la percentuale minima, sia pur precisando (cfr. § 23) che per gli accordi di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati o di limitazione della produzione la percentuale si situerà in generale sui valori più alti.

Questo inasprimento sanzionatorio appare oltretutto in potenziale contrasto con il più generale principio secondo il quale, quando una pubblica amministrazione adotta degli atti volti ad 'autolimitare' l'esercizio della propria discrezionalità, essa compie questa scelta in un'ottica garantista, cioè al fine di dare unità di indirizzo all'attività dei propri organi amministrativi, assicurare eguaglianza e parità di trattamento, non già al fine di introdurre criteri sanzionatori più severi di quelli vigenti.

In considerazione di quanto si è detto, ci sembra più opportuno, al fine di garantire che l'Autorità eserciti appieno il proprio potere-dovere di graduare in concreto la sanzione in funzione dei parametri legislativi sopra menzionati, che, in occasione della stesura della versione definitiva delle Linee Guida,

¹ Comunicazione recante "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003", in G.U.U.E C 210 del 01.09.2006.

venga auspicabilmente eliminato, o comunque sensibilmente ridotto (ad esempio, al 3-5%), il riferimento alla soglia minima del 15% del valore delle vendite per la quantificazione dell'importo base della sanzioni per gli accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione.

Sempre nell'ambito della determinazione dell'importo base della sanzione, la bozza di Linee Guida (§ 18) prevede, con specifico riferimento ai casi di collusione nell'ambito di gare per appalti pubblici, che *“in generale (...) l'Autorità prenderà in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito”* precisando che *“in linea di principio, tale valore corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi ad essa aggiudicati nelle procedure oggetto di infrazione, senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione (...)”*. Poco dopo, la bozza aggiunge che *“ (...) in ragione della natura della condotta o delle caratteristiche del mercato, l'Autorità potrà prendere in considerazione anche il valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato dall'infrazione (comprensivo dunque di tutte le vendite realizzate dall'impresa nel mercato rilevante e non solo di quelle oggetto della gara d'appalto interessata) (...) se del caso modulato in funzione della sua durata (...)”*.

La bozza di Linee Guida sembra quindi prospettare due distinte regole: la prima, che considera il valore dell'intero appalto aggiudicato (senza ulteriori moltiplicatori per la durata dell'infrazione) e la seconda che considera il valore delle vendite realizzate nel mercato rilevante (non solo quelle oggetto di gara).

Al riguardo, si osserva che l'applicazione delle due regole può portare a due 'valori delle vendite' molto distanti tra loro e, pertanto, occorrerebbe chiarire (anche solo a titolo di esempio) in quali casi l'Autorità applicherà l'una o l'altra.

Inoltre, l'applicazione della prima regola sembra destinata alle imprese che risultino aggiudicatari della gara oggetto di infrazione, mentre la seconda

regola sembra essere applicabile alle imprese che, pur partecipando ad una collusione, non siano risultate aggiudicatarie. Se è così, si potrebbe verificare il paradossale effetto per cui le imprese che risultino aggiudicatarie di un appalto (ossia le imprese che hanno direttamente 'beneficiato' della collusione) ricevano un trattamento più favorevole, essendo minore la loro 'base imponibile', di quelle che non risultano aggiudicatarie e che non hanno quindi direttamente beneficiato degli effetti della collusione.

Per quanto concerne, infine, il concorso di più illeciti, la bozza delle Linee Guida prevede che *"nei casi in cui una medesima condotta risulta in violazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 101 e 102 TFUE ovvero nei casi di più violazioni della medesima disposizione si applica la sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo, sulla base di quanto previsto dall'articolo 8 della legge n. 689/81"* (§ 27).

Al riguardo, potrebbe esser opportuno chiarire il rapporto tra questa previsione ed il trattamento sanzionatorio delle cd. infrazioni complesse e continuate.

Ed infatti, con sempre maggiore frequenza, nella prassi dell'Autorità, l'illecito oggetto di contestazione viene configurato in termini di intesa continuata e complessa (ossia di un cartello caratterizzato dalla presenza di contatti, momenti di coordinamento, scambi di informazioni e dalla prolungata durata nel tempo di tali condotte anticompetitive) oppure di abuso di posizione dominante realizzato tramite una strategia complessa ed unitaria.

In queste fattispecie, l'infrazione, per quanto possa esser articolata e prolungata, mantiene comunque il carattere dell'unitarietà. In altre parole, nonostante la complessità e la durata, l'illecito dà luogo ad un'unica violazione degli artt. 2 e 3 legge 287/1990 o degli artt. 101 e 102 TFUE.

Per questa ragione potrebbe esser opportuno precisare che la previsione contenuta nella bozza delle Linee Guida sul 'concorso formale di

più illeciti' non si riferisce alle fattispecie dell'intesa continuata e complessa e/o all'abuso di posizione dominante realizzato tramite una strategia complessa e unitaria. L'opportunità si manifesta ancor di più per il fatto che, in verità, nel dibattito dottrinale sono stati sollevati anche dei dubbi sulla possibile configurazione di tali fattispecie costruite, per un verso, in termini unitari e, per altro verso, come illecito continuato e complesso. Nella prassi, infatti, il carattere complesso è servito, più che ad unire comportamenti che, valutati separatamente, possono dar luogo ad altrettanti illeciti, a configurare un illecito unitario, altrimenti non sussistente, mediante l'aggregazione di comportamenti distinti e collocati in contesti fattuali e cronologici diversi.

* * *

Nel ringraziare per l'attenzione prestata, porgiamo cordiali saluti.

Studio legale Cintioli & Associati

