

**Risposta dell'Associazione  
Bancaria Italiana alla  
consultazione pubblica in  
merito alle "Linee Guida sulla  
modalità di applicazione dei  
criteri di quantificazione delle  
sanzioni amministrative  
pecuniarie irrogate dall'Autorità  
Garante della Concorrenza e del  
Mercato"**

Giugno 2014

L'Associazione Bancaria Italiana esprime apprezzamento per la scelta dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di sottoporre a consultazione pubblica la bozza delle Linee Guida indicate in oggetto unitamente alla Relazione di accompagnamento.

Tale scelta – che si muove nel solco delle migliori prassi nazionali ed internazionali – assicura il coinvolgimento di tutti gli interessati e contribuisce a realizzare una regolamentazione “condivisa” che, come evidenziato dalla stessa Autorità, consente, a seguire, una migliore applicazione delle norme.

L'Associazione – nel precisare sin d'ora il proprio positivo orientamento sull'impianto e i contenuti delle Linee Guida – ritiene utile svolgere nei paragrafi che seguono alcune considerazioni volte a sottolinearne alcuni specifici aspetti a beneficio di tutti i soggetti interessati.

Si ringrazia l'AGCM per l'attenzione che vorrà porre alle osservazioni di seguito illustrate.

\* \* \*

## **1. Considerazioni introduttive**

Sotto un profilo generale, l'Associazione esprime piena condivisione in merito alla scelta dell'AGCM di dotarsi di apposite Linee Guida volte ad individuare il percorso logico e l'iter di calcolo per la quantificazione delle sanzioni irrogabili nei casi di infrazioni gravi delle norme a tutela della concorrenza.

Tale scelta è coerente con le indicazioni formulate dalla giurisprudenza amministrativa che, in più occasioni, non ha mancato di rilevare la necessità che venga fornita un'adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria.

Rispondendo a tali sollecitazioni, l'Autorità Garante da tempo fa costante riferimento agli Orientamenti per il calcolo delle ammende adottati dalla Commissione Europea sin dal 1998 i quali dunque sono divenuti “un criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell'AGCM in materia di qualificazione dell'infrazione e di commisurazione della sanzione”<sup>1</sup>.

In questa prospettiva, la scelta dell'Autorità di dotarsi di proprie Linee Guida attingendo a tali Orientamenti della Commissione (oltreché

---

<sup>1</sup> CdS – Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017.

evidentemente all'esperienza maturata a livello nazionale) conferma quel principio di "comunitarizzazione delle sanzioni" già avallato dai giudici nazionali.

Si tratta di impostazione condivisibile ove si consideri che l'omogeneità delle norme antitrust sostanziali applicate dalle autorità di concorrenza europee renderebbe difficilmente giustificabile – in termini di equità – differenze macroscopiche nel trattamento sanzionatorio associato ad un medesimo illecito (e ciò tanto più in un sistema di competenze parallele, non rigidamente ripartite tra le autorità partecipanti al *network* europeo della concorrenza).

Resta peraltro fermo – come rilevato dalla stessa Commissione Europea<sup>2</sup> – che non esiste un "obbligo" delle autorità nazionali antitrust di uniformarsi alle indicazioni contenute negli Orientamenti.

Tali autorità sono, di conseguenza, libere di modulare le proprie scelte in materia di politica sanzionatoria in ragione del contesto nazionale di riferimento<sup>3</sup>: di ciò è espressione, in Italia, il rinvio operato dall'art. 31 della legge antitrust in virtù del quale per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni in materia di concorrenza "si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Infine, un ulteriore elemento di riflessione da considerare in sede di definizione delle Linee Guida è rappresentato dai lavori – in corso da diversi anni a Bruxelles – volti a rafforzare il private enforcement del diritto antitrust.

In particolare, se è vero che l'imposizione di sanzioni amministrative costituisce un importante strumento a disposizione delle autorità di concorrenza per assicurare l'ottemperanza al precetto normativo, occorre anche tener presente che, nel prossimo futuro, un contributo sempre maggiore – anche in termini di effetto deterrente – sono destinate ad avere le azioni risarcitorie conseguenti a violazioni antitrust, con l'approvazione della nuova direttiva europea in materia di private enforcement.

Una volta cristallizzato il nuovo quadro normativo di riferimento, sarà dunque necessario "bilanciare" il rapporto tra public e private enforcement al fine di evitare che – attraverso il combinato ricorso ai

---

<sup>2</sup> *Revised Commission Guidelines for setting fines in antitrust cases – Frequently asked questions*, Memo/06/256.

<sup>3</sup> Di ciò vi è traccia nella stessa Relazione di accompagnamento alla bozza delle Linee Guida nella quale l'AGCM dà conto delle diverse scelte assunte negli altri Paesi della UE.

diversi strumenti di matrice pubblicistica e privatistica – si realizzino meccanismi sanzionatori non proporzionali alla gravità della violazione.

Le osservazioni seguono l'articolato delle Linee Guida.

## 2. Importo supplementare (*entry fee*)

Nell'ambito della sezione dedicata alla determinazione dell'importo base della sanzione, viene previsto che, "al fine di conferire al potere sanzionatorio dell'Autorità il necessario carattere di effettiva deterrenza con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza, indipendentemente dalla loro durata e dalla loro effettiva attuazione, l'Autorità potrà considerare opportuno l'inserimento nell'importo base di un ammontare supplementare compreso tra il 15% e il 30% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione" (par. 17).

Tale previsione – al fine di rafforzare l'effetto dissuasivo del meccanismo sanzionatorio in relazione alle violazioni più gravi (*hardcore restrictions*) – consente all'Autorità di introdurre una maggiorazione all'importo base della sanzione aggiungendovi, a titolo di "*entry fee*", una somma compresa tra il 15% e il 30% del valore delle vendite.

Si tratta di meccanismo introdotto dalla stessa Commissione Europea nel 2006 in occasione della revisione dei ricordati Orientamenti in materia di calcolo delle ammende<sup>4</sup> che ha comportato un significativo aumento delle sanzioni.

Pertanto, ancorché siano trascorsi diversi anni dalla sua introduzione negli Orientamenti, tale meccanismo risulta adottato, a livello nazionale, in un numero estremamente ridotto degli Stati membri.

In questo contesto, v'è da chiedersi se l'introduzione della *entry fee* nelle Linee Guida non rischi di risolversi in una penalizzazione eccessiva delle imprese italiane rispetto a quelle operanti in altri Stati membri.

Ciò anche considerato che il parametro della "gravità" della violazione già costituisce elemento di valutazione in sede di determinazione dell'importo base della sanzione e può inoltre essere preso in considerazione nel calcolo delle circostanze aggravanti anche alla luce

---

<sup>4</sup> Cfr. par. 25 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a) del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02).

di quanto previsto dall'art. 11 della legge n. 689/81 specificamente richiamata in base all'art. 31 della legge n. 287/1990.

Diversamente, ove si ritenga imprescindibile il mantenimento di tale meccanismo, andrebbero inseriti alcuni correttivi per assicurare che il calcolo della *entry fee* in base alle Linee Guida non risulti più penalizzante di quanto previsto negli Orientamenti comunitari.

In questa prospettiva, occorre anzitutto rivedere il limite massimo della maggiorazione – che le Linee Guida fissano al 30% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione – riportandolo al 25% previsto nei menzionati Orientamenti della Commissione Europea.

Sotto un secondo profilo, si evidenzia che la *entry fee* viene prevista con riferimento alle restrizioni più gravi della concorrenza "indipendentemente (...) dalla loro effettiva attuazione".

Tale previsione esclude dunque che la maggiorazione introdotta con la *entry fee* possa essere modulata in funzione della concreta realizzazione (e quindi del concreto nocumento) della condotta illecita.

Si tratta di indicazione che, da un lato, non trova corrispondenza negli Orientamenti comunitari, e, dall'altro, sembra porsi in contrasto con la giurisprudenza amministrativa che in più occasioni ha ritenuto rilevante il concreto effetto anticoncorrenziale "per le conseguenti determinazioni ai fini sanzionatori"<sup>5</sup>.

Per quanto detto, il riferimento andrebbe espunto dal par. 17 delle Linee Guida.

### **In sintesi:**

*si propone di eliminare dalle Linee Guida il par. 17 in materia di entry fee al fine di non penalizzare le imprese italiane rispetto a quelle operanti negli altri Stati membri.*

*In subordine, si propone di modificare il menzionato par. 17 sotto i seguenti profili:*

- a) ridurre il limite massimo della maggiorazione – fissato dalle Linee Guida al 30% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione – al livello del 25%;*

---

<sup>5</sup> Cfr. CdS, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3026; CdS, sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3189.

*b) eliminare l'inciso "indipendentemente (...) dalla loro effettiva attuazione".*

### **3. Circostanze aggravanti e attenuanti**

**3.1 Recidiva** - Il par. 22 delle Linee Guida prevede che l'importo base della sanzione possa essere ulteriormente aumentato nel caso in cui l'impresa abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia "accertata dall'Autorità o dalla Commissione Europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto dell'istruttoria".

In proposito, sembra legittimo imputare la recidiva nel calcolo della sanzione, a condizione che la violazione precedentemente accertata dall'AGCM o dalla Commissione Europea sia anche divenuta definitiva.

Si tratta di precisazione che consente di assicurare un "corretto" funzionamento del meccanismo sanzionatorio atteso che comunque – ai sensi dell'art. 8-bis, comma 7 della legge n. 689/1981 citata in premessa – "gli effetti della reiterazione cessano di diritto, in ogni caso, se il provvedimento che accerta la precedente violazione è annullato".

#### **In sintesi:**

*si propone di specificare che la recidiva possa essere imputata nel calcolo della sanzione a condizione che la violazione precedentemente accertata dall'AGCM o dalla Commissione Europea sia divenuta definitiva.*

**3.2 Programmi di compliance** - Tra le circostanze attenuanti elencate, a titolo esemplificativo, al par. 23 delle Linee Guida è indicata "l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di compliance, adeguato e in linea con le best practice europee e nazionali".

Il documento prosegue specificando che "la mera esistenza di un programma di compliance non sarà considerato di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma".

La scelta di dare specifico rilievo – in sede di quantificazione della sanzione – ai programmi di compliance è sicuramente apprezzabile.

Essa dimostra sensibilità e attenzione al dibattito sviluppatosi negli ultimi anni a livello europeo in ordine alla portata e all'utilità dei cosiddetti "programmi di conformità".

Tali discussioni hanno indotto la Commissione Europea a pubblicare nel 2011 un'articolata guida intitolata "Compliance matters" intesa a sollecitare le imprese ad adottare una effettiva strategia di compliance modellata sulle specifiche peculiarità del settore industriale in cui esse operano. Anche alcune Autorità nazionali di concorrenza hanno approfondito la tematica fornendo spunti diversificati sia in ordine ai contenuti che tali programmi dovrebbero avere sia in ordine al rilievo che essi possono assumere in sede di determinazione delle sanzioni<sup>6</sup>.

Il dibattito ha coinvolto anche il mondo imprenditoriale nel cui ambito sono maturate iniziative volte alla predisposizione di appositi strumenti di supporto allo sviluppo di una cultura della concorrenza a livello aziendale utile a prevenire situazioni patologiche<sup>7</sup>.

In questo contesto, l'Associazione, come detto, valuta positivamente l'inserimento nelle Linee Guida di uno specifico punto sui programmi di compliance.

Infatti, se è vero che il costo sopportato dall'azienda per implementare il proprio programma di compliance è "ripagato" in primis dalla sensibile attenuazione del rischio di incorrere in illeciti (e quindi in sanzioni) antitrust, è anche evidente che l'esplicito riconoscimento di un potenziale beneficio collegato al *compliance programme* incentiva ulteriormente l'interesse delle imprese a dotarsene.

L'Autorità ha dunque scelto stimolare meccanismi di prevenzione "positiva" contro gli illeciti antitrust che vanno ad affiancarsi alla prevenzione "negativa" che si realizza ex post attraverso la politica sanzionatoria.

Venendo al comparto bancario, preme evidenziare che in tale settore – anche a seguito delle modifiche intervenute con la "modernizzazione" del diritto antitrust avviata nel 2003 – si è progressivamente sviluppata una maggiore sensibilità e consapevolezza in ordine alle tematiche attinenti la concorrenza.

---

<sup>6</sup> OFT, "How your business can achieve compliance with competition law", 2011; Autorité de la concurrence, "Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence", 2012.

<sup>7</sup> Cfr. ad esempio "The ICC antitrust compliance toolkit", 2013.

A ciò è conseguita una più alta attenzione verso la costituzione di appositi presidi – diversamente articolati in funzione delle caratteristiche e delle dimensioni delle singole realtà aziendali – cui compete la verifica del rispetto della disciplina antitrust.

Si tratta di funzioni che si inseriscono nel più ampio contesto del sistema dei controlli interni che rappresenta un elemento fondamentale del sistema di governo societario delle banche.

Ciò posto, si evidenzia che, per valorizzare il programma di compliance antitrust in sede di quantificazione della sanzione, l'AGCM richiede che esso sia "adeguato e in linea" con le best practice europee e nazionali.

Circa quest'ultimo profilo, se è vero che i programmi debbono essere costruiti "su misura" della singola realtà aziendale, potrebbe nondimeno essere utile orientare le imprese attraverso l'indicazione di "punti fermi" nella valutazione di adeguatezza di un compliance programme.

Tale esercizio potrebbe essere promosso dall'Autorità Garante costituendo un "tavolo" di dialogo e confronto con le varie realtà associative rappresentative del mondo imprenditoriale – ivi compreso dunque il settore bancario – che contribuirebbero in tal modo a sviluppare la conoscenza e l'utilizzo, nelle singole aziende, dei programmi di compliance antitrust.

Da ultimo, sempre nella logica di valorizzare lo strumento dei compliance programme, sembra opportuno – in analogia con l'esperienza anglosassone – specificare nelle Linee Guida che, a determinate condizioni, l'effetto attenuante possa essere riconosciuto anche ai programmi di conformità posti in essere prima e indipendentemente dalla commissione dell'illecito, oltreché in relazione ad iniziative tempestivamente realizzate a valle della violazione alle regole antitrust, come attualmente prefigurato.

### **In sintesi:**

*L'ABI – nell'accogliere positivamente l'inserimento nelle Linee Guida di uno specifico punto sui programmi di compliance – evidenzia che, per orientare le imprese in tale ambito, potrebbe essere utile che l'Autorità Garante promuova la costituzione di un "tavolo" di dialogo e confronto con le varie realtà associative rappresentative del mondo imprenditoriale (ivi compreso dunque il settore bancario) volto a sviluppare la conoscenza e l'utilizzo, nelle singole aziende, dei programmi di compliance antitrust.*

*Inoltre, nella logica di valorizzare lo strumento dei compliance programme, si propone di specificare nelle Linee Guida che, a determinate condizioni, l'effetto di circostanza attenuante possa essere riconosciuto anche ai programmi di conformità posti in essere prima e indipendentemente dalla commissione dell'illecito, oltretutto in relazione ad iniziative tempestivamente realizzate a valle della violazione alle regole antitrust.*