

# L'Autorità Antitrust adotta le prime linee guida sulle sanzioni: rilievo ai programmi di *compliance*

## Contenuti

1. Premessa e sintesi
2. L'importo base della sanzione: metodologia di calcolo e profili applicativi
3. I correttivi dell'importo base: le circostanze aggravanti ed attenuanti
4. L'Antitrust *compliance* ed il suo riconoscimento quale circostanza attenuante
5. Osservazioni conclusive

## 1. Premessa e sintesi

In data 22 ottobre 2014 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità" o "AGCM") ha adottato le linee guida per la quantificazione delle sanzioni pecuniarie irrogate per le violazioni delle norme, nazionali o europee, a tutela della concorrenza<sup>1</sup>. Il testo, pur ispirato in larga misura dagli Orientamenti per il calcolo delle ammende adottati nel 2006 dalla Commissione europea, presenta diversi elementi di novità rispetto alla prassi applicativa dell'Autorità. Si riportano di seguito i punti di maggiore interesse:

- **Descrizione della metodologia di calcolo dell'importo base**, corrispondente ad una percentuale (non maggiore del 30%) del valore delle vendite dei prodotti interessati dall'infrazione, determinata in funzione del grado di gravità dell'infrazione. All'importo ottenuto viene applicato un moltiplicatore corrispondente al numero di anni di partecipazione all'infrazione. Nei casi riguardanti cartelli, inoltre, la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%.
- Nei casi di **collusione nell'ambito di procedure di appalti pubblici**, il valore delle vendite è costituito dagli **importi aggiudicati all'impresa** nelle procedure oggetto di infrazione. Tuttavia, laddove il mercato rilevante risultasse più ampio della/e gara/e considerata/e, l'Autorità potrà prendere in considerazione il **valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione**.
- Nei casi più gravi, l'importo base può essere incrementato attraverso l'applicazione di un' **entry fee** (tra il 15% ed il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione).
- Possibilità di adeguare l'importo di base attraverso l'applicazione di **aggravanti ed attenuanti**. Tra le circostanze attenuanti meritano di essere segnalate: l'adozione e il rispetto di uno specifico **programma di antitrust compliance**, adeguato ed in linea con le *best practice* europee e nazionali (-15%) e la proposta e la spontanea attuazione di misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito (-15%). Costituiscono invece circostanze aggravanti quelle legate alla **dimensione economica** dell'impresa (+50%) e alla **recidiva** (+100%).

Da una prima analisi degli strumenti sanzionatori appena descritti emerge che, qualora l'Autorità decidesse di farvi effettivamente ricorso in modo rigoroso, si determinerebbe un significativo incremento dell'importo delle ammende fino ad oggi comminate.

Le linee guida recentemente approvate rappresentano il primo tentativo effettuato dall'Autorità per illustrare i principi che essa si impegna a seguire nella quantificazione delle sanzioni, al fine di assicurare la trasparenza e la prevedibilità del proprio processo decisionale<sup>2</sup>. I giudici amministrativi avevano ripetutamente censurato l'assenza di orientamenti in tal senso e la conseguente scarsa trasparenza della politica sanzionatoria seguita dall'AGCM, sollecitando la stessa ad assumere le conseguenti iniziative correttive<sup>3</sup> ed annullando, o più spesso significativamente ridimensionando, le sanzioni irrogate. In tale contesto, l'esplicitazione della metodologia di calcolo della sanzione risponde quindi ad una doppia finalità: da un lato, consente alle parti ed al giudice in sede di impugnazione, di comprendere l'*iter* logico che ha condotto all'irrogazione della sanzione; dall'altro, può efficacemente contribuire a scoraggiare le violazioni del diritto antitrust.

E' dunque opportuno esaminare in dettaglio gli elementi di maggiore interesse.

<sup>1</sup> AGCM, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità*. Tale documento, presentato nella sua versione preliminare il 13 maggio 2014, è stato dapprima sottoposto a consultazione pubblica, ed approvato nella sua versione definitiva il 22 ottobre 2014.

<sup>2</sup> L'Autorità ha essenzialmente emulato gli *Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, in GUCE C210/2 del 1/09/2006.

<sup>3</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 dicembre 2007, n. 6469, *Lottomatica-Sisal* e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 gennaio 2008, n. 102, *Latti artificiali per l'infanzia*.

## 2. L'importo base della sanzione: metodologia di calcolo e profili applicativi

In primo luogo, merita di essere segnalata la **descrizione della metodologia di calcolo adottata dall'Autorità per la quantificazione dell'importo base della sanzione**. In particolare, le linee guida individuano la percentuale massima del valore delle vendite (30%) da prendere in considerazione per calcolare l'importo base della sanzione (§11), nonché la percentuale minima (15%) che trova però applicazione solo in presenza di cartelli (§12). Tali previsioni riprendono in larga parte quanto stabilito negli Orientamenti (§21), i quali tuttavia non indicano alcun valore minimo da prendere in considerazione per il calcolo delle sanzioni nelle ipotesi di cartelli, limitandosi a stabilire, in questi casi, che la percentuale da prendere in considerazione "si situerà sui valori più alti previsti" (§23)<sup>4</sup>. L'indicazione di una percentuale minima sulla cui base calcolare la sanzione, ove interpretata in modo eccessivamente rigoroso, potrebbe determinare oneri sproporzionati per le piccole e medie imprese. Come noto, infatti, e come rilevato dalla stessa Commissione<sup>5</sup>, la (più blanda) previsione contenuta negli Orientamenti ha dato luogo all'irrogazione di sanzioni incidenti, in termini di percentuale globale del fatturato, in modo più significativo sulle piccole e medie imprese, che operano in uno solo o in pochi mercati. Tale effetto collaterale rischia di amplificarsi in sede di applicazione decentrata a livello italiano, il cui tessuto imprenditoriale è fortemente caratterizzato da aziende di dimensioni relativamente modeste e a ridotta diversificazione. E' quindi auspicabile che l'Autorità interpreti in maniera flessibile le sue stesse indicazioni<sup>6</sup>.

Sempre in tema di determinazione dell'importo base, merita di essere segnalata una specifica previsione in tema di **bid rigging**. L'Autorità ha infatti chiarito che in tali casi il valore dei beni oggetto dell'infrazione è costituito dagli importi oggetto di aggiudicazione o, in caso di assenza di aggiudicazione, dagli importi che sono posti a base d'asta o comunque affidati ad esito di trattativa privata. Tuttavia, laddove il mercato rilevante risulti più ampio della/e gara/e considerata/e, l'Autorità potrà prendere in considerazione il valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto/servizio interessato nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione. Come noto, il **bid rigging** costituisce una delle violazioni più gravi del diritto antitrust<sup>7</sup>. Conseguentemente, non stupisce la scelta effettuata dall'Autorità di adottare un approccio sanzionatorio estremamente rigoroso nei confronti delle imprese che alterano l'esito delle gare.

Infine, merita di essere segnalata la possibilità di applicare un'**entry fee** di un valore compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione (§17) in presenza di violazioni gravi del diritto della concorrenza: sebbene infatti gli Orientamenti già prevedessero tale possibilità (§25), l'Autorità ha fatto ricorso a tale opzione solo in rare occasioni<sup>8</sup>. Deve inoltre segnalarsi che la formulazione adottata relativamente a tale sanzione supplementare sembra presentarsi ancora più stringente rispetto a quanto previsto negli Orientamenti della Commissione: a differenza di questi ultimi, le linee guida consentono infatti l'applicazione dell'**entry fee** indipendentemente non solo dalla durata dell'infrazione, ma anche dalla sua effettiva attuazione.

## 3. I correttivi dell'importo base: le circostanze aggravanti ed attenuanti

L'importo base può essere adeguato tramite l'applicazione di aggravanti o attenuanti. Di particolare interesse si presentano le aggravanti legate alle dimensioni economiche dell'impresa e alla recidiva, nonché le attenuanti relative all'attuazione di un programma di **compliance** e alla spontanea attuazione di misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito.

L'Autorità ha previsto la possibilità di incrementare la sanzione fino al 50% qualora l'impresa responsabile dell'infrazione abbia realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un **fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche** (§25). La medesima previsione è inserita anche negli Orientamenti della Commissione, sebbene questi ultimi

<sup>4</sup> Orientamenti, cit. §23. Non deve tuttavia ritenersi che tale divergenza di formulazione tra le linee guida e gli Orientamenti dia luogo all'irrogazione di sanzioni più elevate da parte dell'Autorità di concorrenza italiana: la prassi applicativa della Commissione dimostra infatti che difficilmente la sanzione prevista in queste circostanze ammonta a meno del 15% del valore delle vendite, confermando quindi una sostanziale identità tra le due disposizioni. Si veda in proposito l'orientamento fornito dal tribunale UE nel caso T-199/08, Ziegler SA c Commissione, 16 giugno 2011, §141: "Questa difficoltà di determinare una percentuale precisa è, in una certa misura, ridotta nel caso di accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi e di ripartizione del mercato nei quali, in forza del punto 23 degli orientamenti del 2006, la proporzione del valore delle vendite considerata si situerà «sui valori più alti previsti». Da tale punto discende che la percentuale per le restrizioni più gravi dovrebbe essere superiore almeno al 15%".

<sup>5</sup> Cfr. Intervento del 12 luglio 2011 del Vice Presidente della Commissione e Commissario alla Concorrenza, Joaquín Almunia al Comitato per gli Affari Economici e Monetari del Parlamento europeo, in occasione della presentazione del Rapporto Annuale della Commissione sulla Politica della Concorrenza del 2010.

<sup>6</sup> Criticità su tale questione erano già emerse in sede di consultazione pubblica. A titolo esemplificativo, si rinvia alle risposte fornite dall'ICC a tale consultazione: [http://www.iccitalia.org/pdf/ICC\\_Contributo\\_alla\\_consultazione\\_AGCM.pdf](http://www.iccitalia.org/pdf/ICC_Contributo_alla_consultazione_AGCM.pdf).

<sup>7</sup> Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, Pellegrini-Consip e Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032, HDI Gerling.

<sup>8</sup> Si segnala che uno dei (rarissimi) casi in cui l'AGCM ha applicato l'**entry fee** è stato il caso I760, Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentis, 27 febbraio 2014.

non prevedano un limite massimo di incremento<sup>9</sup>. Benché la legge 689/81 (articolo 11) imponga di tenere conto, nella quantificazione della sanzione, anche delle condizioni economiche dell'agente, la previsione di una maggiorazione specificamente diretta a gruppi multinazionali appare destare qualche perplessità, sia dal punto di vista dell'opportunità che del potenziale effetto discriminatorio. Anche in questo caso, dunque, sarà necessaria una particolare cautela in sede di concreta applicazione di tale previsione ed una solida motivazione che giustifichi la necessità di una elevata deterrenza specifica.

Si segnala, inoltre, tra le circostanze aggravanti la possibilità di incrementare l'importo base della sanzione fino al 100% nei casi di **recidiva**, ossia quando l'impresa, nei cinque anni precedenti l'infrazione oggetto di istruttoria<sup>10</sup>, abbia commesso la stessa infrazione o infrazioni simili accertate dall'Autorità o dalla Commissione europea (§22). La medesima previsione è inserita anche negli Orientamenti della Commissione, sebbene questi ultimi non pongano alcun limite temporale per l'applicazione dell'aggravante<sup>11</sup> (§28). La previsione di tale circostanza, sulla quale i giudici amministrativi hanno già avuto modo di pronunciarsi<sup>12</sup>, costituisce un ulteriore indice della volontà dell'Autorità di adottare un approccio sanzionatorio ben più severo rispetto al passato.

Riservando al successivo paragrafo l'analisi ed il commento dell'attenuante prevista per l'attuazione di un programma di *antitrust compliance* (*infra*, §4), occorre ora soffermarsi sulla possibilità di concedere un'attenuante nel caso in cui l'impresa provveda all'**attuazione di misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito**. Al riguardo, le linee guida prevedono che l'attenuante trovi applicazione qualora l'impresa attui, spontaneamente o nel contesto di una transazione consensuale conclusa precedentemente alla decisione di accertamento dell'infrazione, misure risarcitorie in favore dei soggetti danneggiati dall'illecito (§23). Tale previsione appare di grande interesse, in quanto consente all'impresa di ottenere un duplice vantaggio: da un lato, una riduzione della sanzione pari al 25% dell'importo base, e dall'altro una definizione delle potenziali pretese risarcitorie dei danneggiati prima dell'adozione del provvedimento che accerta l'infrazione.

#### 4. L'Antitrust *compliance* ed il suo riconoscimento quale circostanza attenuante

Tra le attenuanti che l'Autorità, a mero titolo esemplificativo, ha indicato nelle proprie linee guida, merita particolare rilievo la possibilità di beneficiare di una riduzione della sanzione attraverso l'adozione ed il rispetto di uno specifico programma di *antitrust compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali (§23). Il meccanismo, mutuato dal D. Lgs. 231/01 in materia di responsabilità amministrativa degli enti, riconosce uno specifico valore giuridico alla predisposizione di un modello organizzativo, ed alla correlata attività di *compliance*, volti a prevenire comportamenti non compatibili col diritto della concorrenza<sup>13</sup>. I programmi di *compliance* rappresentano un importante strumento organizzativo a disposizione delle imprese per prevenire l'eventuale commissione di illeciti antitrust da parte del personale aziendale. In particolare, essi soddisfano due importanti funzioni: in primo luogo, quella di consentire ai dirigenti dell'impresa ed agli impiegati di essere costantemente informati ed aggiornati sulla normativa antitrust, e di conseguenza di evitare di incorrere in violazioni di detta normativa; in secondo luogo, quella di agevolare la scoperta di condotte anticompetitive, con la possibilità di poterle immediatamente interrompere (o addirittura denunciare, usufruendo così dei benefici riconosciuti a livello nazionale e comunitario dai programmi di clemenza). Tale previsione pone l'Autorità di concorrenza italiana all'avanguardia, poiché il dibattito a livello internazionale su questo tema è ancora *in fieri* ed al momento solo alcune autorità, tra cui quella inglese e francese, hanno tenuto in considerazione l'esistenza o l'introduzione di programmi di *compliance* ai fini dell'applicazione di un'attenuante. In particolare, l'OFT concede una riduzione dell'ammenda sino al 10% ove le imprese introducano, prima o dopo la scoperta dell'illecito, modelli di *compliance* conformi alle linee guida<sup>14</sup>. L'Autorità

<sup>9</sup> Orientamenti, cit. §30. Tale parica è stata anche giustificata dal Tribunale, che a tal proposito, nel caso T-39/07, *Eni S.p.A.*, 13 luglio 2011, ha affermato che "un'impresa di grandi dimensioni, dotata di considerevoli risorse finanziarie rispetto a quelle degli altri membri di un'intesa, è in grado di svincolare più facilmente i fondi necessari al pagamento della sua ammenda, il che giustifica, in vista di un effetto deterrente sufficiente della stessa, che si infligga, in particolare mediante applicazione di un fattore moltiplicatore, un'ammenda proporzionalmente più elevata rispetto a quella che sanziona la stessa infrazione commessa da un'impresa che non dispone di pari risorse". Per un commento critico su tale disposizione si veda C. Kerse and N. Khan, *EU antitrust procedure*, 6th ed., 2012, pp. 464-466.

<sup>10</sup> Tale limite è legislativamente previsto dall'articolo 8 bis della l. 689/81.

<sup>11</sup> Il Tribunale e la Corte di Giustizia hanno ritenuto che non sussista un limite temporale predefinito per l'applicazione della recidiva, ed hanno conseguentemente ammesso l'applicazione dell'aggravante nei confronti del ricorrente per un'infrazione commessa circa dieci anni prima (cfr. T-38/02 e C-3/06 P - *Groupe Danone / Commissione*).

<sup>12</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 20 aprile 2011, n. 2438, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 13 dicembre 2011, n. 6525, *La Nuova Meccanica Navale/Cantieri del Mediterraneo*.

<sup>13</sup> D. Lgs. n. 231, 8 giugno 2001. Tuttavia l'articolo 12, comma 2 prevede l'applicazione dell'attenuante esclusivamente nel caso in cui i modelli organizzativi siano posti in essere immediatamente dopo la commissione dell'illecito: "2. La sanzione e' ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. [...] b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi".

<sup>14</sup> OFT, *How your Business can Achieve Compliance with Competition Law*, giugno 2011, OFT1341, disponibile al seguente sito internet: [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1341.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/ca-and-cartels/competition-awareness-compliance/oft1341.pdf), §.7.2 e 7.4: "the amount of a financial penalty imposed for a competition law infringement may be reduced where adequate

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

**Alberto Pera**  
Tel. +39 06 478751  
apera@gop.it

**Piero Fattori**  
Tel. +39 06 478751  
pfattori@gop.it

**Alessandro Costantino**  
Tel. +39 06 478751  
acostantino@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Hong Kong

Londra

New York

www.gop.it

di concorrenza francese, peraltro, ritiene che l'impegno delle imprese ad adottare programmi di *compliance* o a migliorare i programmi esistenti debba essere adottato nell'ambito della procedura di *settlement*<sup>15</sup>. La disposizione delle linee guida non specifica se essa trovi applicazione solo con riferimento ai programmi di *compliance* esistenti ("*ante factum*") oppure anche con riferimento a quelli elaborati/migliorati subito dopo la scoperta dell'infrazione ("*post factum*"). Tuttavia proprio l'assenza di riferimenti temporali sembra avvalorare l'ipotesi che l'Autorità, in linea con l'approccio seguito dall'OFT, abbia voluto mantenere l'attenuante disponibile con riferimento tanto alle condotte pregresse che a quelle successive. Particolarmente importante è poi la scelta dell'Autorità di subordinare la concessione dell'attenuante in questione al soddisfacimento di due requisiti: da un lato, l'allineamento del programma alle *best practices* europee e nazionali; dall'altro, la necessità di dimostrare un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma: ai fini della concessione dell'attenuante, infatti, non è ritenuta sufficiente la mera esistenza di un programma di *compliance*. Al fine di dare concretezza a tale strumento sarà in genere necessario un pieno coinvolgimento del *top management*, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'organizzazione di attività di *training* adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e *auditing* i cui esiti diano luogo all'effettiva applicazione di adeguati incentivi per l'accertata osservanza delle regole di condotta antitrust, ovvero di disincentivi in caso di comprovata criticità (i.e. sanzioni disciplinari) (§23).

## 5. Osservazioni conclusive

Le previsioni contenute nelle linee guida potrebbero rappresentare l'indice di un cambio di passo nella strategia sanzionatoria perseguita dall'Autorità, che sino ad oggi è apparsa ben più blanda di quella perseguita a livello comunitario e negli altri Stati Membri<sup>16</sup>. Qualora infatti l'AGCM decidesse di fare effettivamente ricorso a tutti gli strumenti sanzionatori delineati, si determinerebbe un significativo incremento dell'importo delle ammende, con un conseguente ampliamento della loro efficacia deterrente. Deve tuttavia essere ricordato che le linee guida sono vincolanti esclusivamente per l'Autorità e dunque, per testarne la reale portata applicativa e resistenza, bisognerà necessariamente attendere i primi pronunciamenti al riguardo da parte dei giudici amministrativi.

*steps have been taken with a view to ensuring compliance [...] This can apply where these steps pre-date the infringement or where they were implemented quickly following the business first becoming aware of the potential competition infringement [...] 7.4 Where the OFT considers that adequate steps have been taken and that a discount from the financial penalty is justified, the OFT will consider reducing the amount of the financial penalty by up to 10 per cent.*

<sup>15</sup> *Autorité de la Concurrence, Framework-Documents of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*, 10 febbraio 2012 ([http://www.autoritedelaconcurrency.fr/doc/framework\\_document\\_compliance\\_10february2012.pdf](http://www.autoritedelaconcurrency.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf)), §31.

<sup>16</sup> La divergenza tra la politica sanzionatoria italiana e quella europea trova una spiegazione nel fatto che nell'orizzonte culturale nazionale non appare essere stata ancora ben accettata la possibilità di infliggere ammende particolarmente severe avverso i soggetti che violano il diritto antitrust. Ciò peraltro a differenza di altri Paesi (e.g. il Regno Unito) che affiancano all'irrogazione di un'ammenda pecuniaria per l'impresa, sanzioni personali a carico di manager aziendali, sia di carattere interdittivo che penale.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dallo studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: [relazioniesterne@gop.it](mailto:relazioniesterne@gop.it). Titolare del trattamento è lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.