

CIRCOLARE N. 18 DEL 29 MAGGIO 2015

ATTIVITA' D'IMPRESA E CONCORRENZA

**Le linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del
mercato sui criteri di quantificazione delle sanzioni per violazioni
antitrust**

ABSTRACT

La circolare illustra le Linee guida dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul metodo di quantificazione delle sanzioni relative a violazioni antitrust. L'adozione di atti generali che enunciano i criteri di calcolo delle sanzioni amministrative costituisce una prassi sempre più diffusa tra le autorità indipendenti, con apprezzabili ricadute in termini di garanzie per i destinatari dei provvedimenti sanzionatori e per l'efficacia del successivo controllo giurisdizionale. Il valore "autovincolante" di tali atti generali è stato chiarito dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Il documento dell'Autorità garante si ispira in larga misura agli Orientamenti per il calcolo delle ammende da tempo utilizzati dalla Commissione europea, senza però rinunciare a sperimentare soluzioni diverse in relazione a specifici aspetti, con l'obiettivo rendere più efficace l'attuazione del diritto della concorrenza. In particolare l'Autorità garante, in linea con le scelte compiute dalle autorità di concorrenza di altri Stati membri, ha scelto di introdurre tra le circostanze che possono comportare una riduzione della sanzione l'adozione e il rispetto da parte dell'impresa di un adeguato programma di *compliance* per la prevenzione degli illeciti anticoncorrenziali. Le Linee guida prevedono anche una riduzione della sanzione per l'impresa che denunci ai sensi del programma di clemenza un cartello segreto in un mercato diverso da quello oggetto del procedimento (cosiddetto *amnesty plus*).

PROVVEDIMENTI COMMENTATI

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative, in Bollettino n. 42 del 3 novembre 2014

INDICE

Introduzione	p. 4
1. Il quadro normativo di riferimento	p. 5
2. Valore giuridico e implicazioni delle Linee guida	p. 8
3. Il calcolo della sanzione	p.10
3.1 La determinazione dell'importo di base	p.10
3.2 Le circostanze aggravanti e attenuanti	p.13
3.3 Altri adeguamenti, limitata capacità contributiva e sanzione simbolica	p.20
4. Irrogazione della sanzione in solido	p.23

Introduzione

Per le autorità indipendenti, preposte alla vigilanza sul rispetto delle norme a tutela del buon funzionamento del mercato e dotate di incisivi poteri di repressione delle condotte antigiusdiziarie, la scelta di enunciare tramite atti generali i criteri seguiti nella determinazione delle sanzioni costituisce un importante presidio di trasparenza, coerenza e obiettività dell'azione amministrativa. Le ricadute sono apprezzabili sia in termini di garanzie per i destinatari dei provvedimenti sanzionatori, sia per l'efficacia del successivo controllo giurisdizionale sulla congruità della sanzione. Rendere prevedibile, sia pure non in misura esatta, la reazione dell'autorità a fronte dell'accertamento di un'infrazione rafforza inoltre l'efficacia deterrente dell'impianto normativo e contribuisce a prevenire ulteriori illeciti.

Questi argomenti hanno indotto alcune autorità indipendenti operanti in Italia a pubblicare, in funzione complementare alla disciplina dei procedimenti sanzionatori, documenti che illustrano i criteri in base ai quali avviene la quantificazione delle ammende. L'iniziativa più risalente è quella dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico¹.

Nel campo antitrust l'esperienza di linee guida sulle sanzioni è ben consolidata a livello europeo. La Commissione europea ha infatti deciso fin dal 1998 di esplicitare gli orientamenti per il calcolo delle ammende che essa ha il potere di irrogare alle imprese nei casi di violazione degli articoli 101 o 102 del TFUE². Il metodo delineato dalla Commissione rappresenta un punto di riferimento non solo per le autorità di concorrenza degli Stati membri, ma anche per vari ordinamenti giuridici extra-europei ed è indicato quale *best practice* nelle principali sedi di confronto internazionale.

Per vari anni l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non essendosi dotata di autonomi criteri per la determinazione delle sanzioni, si è avvalsa nella prassi applicativa degli orientamenti della Commissione, con l'avallo del giudice amministrativo³. Nell'ottobre 2014, dopo un periodo di consultazione pubblica preventiva⁴, l'Autorità ha adottato per la prima volta le proprie "Linee guida sulla

¹ Cfr. la delibera ARG/com 144/08, del 2 ottobre 2008.

² Comunicazione 98/C 9/03 del 14 gennaio 1998, successivamente sostituita dalla Comunicazione 2006/C 210/02 del 1° settembre 2006. Quest'ultima è stata illustrata nella circolare Assonime n. 55/2006.

³ Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397 e 23 giugno 2006, n. 4017. Il giudice amministrativo non ha mancato tuttavia di indicare all'AGCM l'opportunità di definire *guidelines* sulla quantificazione delle sanzioni; cfr. in particolare Consiglio di Stato, sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469.

⁴ Le osservazioni trasmesse da Assonime sono disponibili sul sito istituzionale (Consultazioni n. 9/2014).

modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie” irrogate in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/1990.

Il documento appare ispirato in larga misura al modello della Commissione, ponendosi quindi in continuità con la prassi e la giurisprudenza e assecondando la tendenza in atto a livello europeo a un’armonizzazione spontanea delle politiche sanzionatorie in materia antitrust. Opportunamente, peraltro, l’AGCM ha ritenuto che la sostanziale adesione agli Orientamenti della Commissione non precluda di adottare soluzioni diverse in relazione a specifici aspetti, laddove ciò risulti funzionale al complessivo miglioramento dell’*enforcement* del diritto della concorrenza. Il processo di convergenza delle politiche sanzionatorie va infatti visto in una prospettiva dinamica: scelte efficaci compiute in ambito nazionale possono essere riconosciute come *best practices* dalle altre autorità dell’*European Competition Network* e concorrere al progressivo miglioramento di criteri condivisi per l’esercizio dei poteri sanzionatori a livello europeo.

Nelle Linee guida, prima di illustrare i principi e il metodo per la quantificazione delle ammende, l’Autorità garante dà una indicazione sul focus della propria politica sanzionatoria. Essa afferma infatti che “intende esercitare il proprio potere sanzionatorio con particolare rigore là dove ritenuto appropriato e, in particolare, nei casi di intese segrete volte alla fissazione dei prezzi e/o alla ripartizione del mercato e/ o alla limitazione della produzione o comunque di fattispecie che arrecano un serio pregiudizio al funzionamento del mercato a danno dei consumatori” (punto 5).

1. Il quadro normativo di riferimento

Il potere sanzionatorio dell’AGCM nei casi di intese restrittive e abusi di posizione dominante ha il suo fondamento nell’articolo 15 della legge n. 287/1990. In base a questa disposizione l’Autorità, se a seguito dell’istruttoria ravvisa un’infrazione all’articolo 2 o 3 della legge (oppure all’articolo 101 o 102 TFUE)⁵, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l’eliminazione delle infrazioni e, nei casi di infrazioni gravi, dispone l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, stabilendo il termine per il pagamento. Ai sensi dell’articolo 15 la sanzione può raggiungere il dieci

⁵ L’articolo 54 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (Legge comunitaria 1994) prevede che l’Autorità, in quanto autorità nazionale competente in materia di concorrenza, applica gli articoli 101 e 102 TFUE “utilizzando i poteri ed agendo secondo le procedure” di cui al titolo II, capo II, della legge n. 287 del 1990.

per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. La giurisprudenza ha da tempo chiarito che il dato da considerare nella determinazione del massimo edittale è il fatturato totale realizzato a livello mondiale da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio⁶.

Fino al 2001 la norma in esame fissava anche un minimo edittale nella misura dell'uno per cento del fatturato dell'impresa e stabiliva che si dovesse prendere in considerazione il solo fatturato relativo ai prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso. La legge 5 marzo 2001, n. 57 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati) è intervenuta su entrambi questi profili aumentando in misura significativa la flessibilità dello strumento sanzionatorio: da un lato il minimo edittale è stato eliminato, con la conseguenza che la sanzione può essere di importo simbolico o anche pari a zero; dall'altro è venuto meno il riferimento al fatturato relativo ai prodotti oggetto dell'infrazione, con la conseguenza che la soglia massima della sanzione è, come visto, commisurata al fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'impresa nell'ultimo esercizio.

Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni della legge n. 287/1990, si osservano le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge n. 689/1981, in quanto applicabili⁷. Nella determinazione della sanzione l'Autorità, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, è quindi tenuta a considerare la gravità della violazione, l'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché la personalità e le condizioni economiche dell'agente⁸. Il richiamo alla legge n. 689/1981 contribuisce in misura importante a delimitare l'ampio margine di discrezionalità di cui l'Autorità gode nell'esercizio del potere sanzionatorio, escludendo la possibilità di sanzioni esemplari o comunque sproporzionate rispetto all'obiettivo di dissuadere le imprese dal commettere future infrazioni. Come sottolineato dalla stessa Autorità nelle Linee guida, infatti, nel rispetto dei vincoli normativi esistenti "ai fini di un'effettiva deterrenza, il livello della sanzione irrogata non deve eccedere quanto necessario per indurre le imprese a conformarsi alle norme antitrust" (paragrafo 2).

Tra le altre disposizioni rilevanti della legge n. 689/1981 merita di essere segnalato l'articolo 8, comma 1, che disciplina il concorso formale di illeciti: chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o

⁶ V. paragrafo 29 delle Linee guida.

⁷ V. articolo 31 della legge n. 287/1990.

⁸ Cfr. articolo 11 della legge n. 689/1981.

commette più violazioni della stessa disposizione soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo (c.d. cumulo giuridico). Come ricordato nelle Linee guida, in base a questa previsione quando una medesima condotta risulti in violazione degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/1990 o degli articoli 101 e 102 del TFUE, nonché quando la stessa condotta comporti più violazioni delle medesime disposizioni (ad esempio più violazioni dell'articolo 102 del TFUE), all'impresa responsabile si applica la sanzione irrogata dall'Autorità per la violazione più grave da essa accertata con la stessa decisione, aumentata fino al triplo⁹.

Il presupposto del concorso formale è che la pluralità di violazioni sia stata determinata da un'unica condotta, attiva o omissiva¹⁰. Va sottolineato che l'unicità della condotta può sussistere, ai fini dell'applicazione del cumulo giuridico delle sanzioni, anche in presenza di atti materialmente distinti ma riconducibili a una programmazione aziendale unitaria, in quanto preordinati a un unico obiettivo e posti in essere in un arco temporale di riferimento sufficientemente circoscritto. In campo antitrust la giurisprudenza ha espressamente affermato che l'azione unitaria ai sensi dell'articolo 8, comma 1, della legge n. 689/1981 deve ragionevolmente intendersi come "strategia d'impresa" e va identificata con riferimento a un unico e individuato mercato rilevante¹¹. E' stato altresì chiarito che nell'applicare il cumulo giuridico di sanzioni in caso di concorso formale di illeciti occorre partire dall'illecito più grave, da individuarsi secondo il criterio della pena edittale¹².

L'Autorità sottolinea che l'articolo 8, comma 1, non si riferisce alla fattispecie di intesa continuata e complessa e/o all'abuso di posizione dominante realizzato mediante una strategia complessa e unitaria. In tali ipotesi infatti, non vi è una pluralità di violazioni ma un illecito unico, autonomamente sanzionato.

Un tassello importante del quadro relativo alla politica sanzionatoria dell'AGCM è dato dal programma di clemenza. Al fine di favorire la repressione dei cartelli segreti, considerati la forma più grave di violazione antitrust, a partire dal 2006 è stato conferito all'Autorità il potere di accordare l'immunità dall'ammenda o una riduzione del suo importo nei confronti delle imprese che collaborano efficacemente all'accertamento

⁹ Cfr. paragrafo 27 delle Linee guida.

¹⁰ Quando la pluralità di violazioni, della stessa disposizione o di disposizioni diverse, è stata determinata da più condotte distinte, si ha invece il concorso materiale di illeciti, che sul piano sanzionatorio si traduce nell'applicazione di tante sanzioni quante sono le violazioni accertate.

¹¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 26.

¹² Consiglio di Stato, sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306.

dell'infrazione fornendo elementi probatori decisivi o rilevanti¹³. Le condizioni per la concessione del beneficio sono state definite dall'Autorità in una comunicazione del 2007, successivamente modificata¹⁴, e aderiscono ampiamente a quelle di cui al *Model Leniency Program* predisposto in sede di *European Competition Network*.

Per completezza va ricordato che sulle controversie aventi ad oggetto sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito e può quindi direttamente rideterminare l'ammenda che ritenga incongrua¹⁵.

2. Valore giuridico e implicazioni delle Linee guida

Importanti chiarimenti sul valore giuridico delle Linee guida possono essere tratti dalle pronunce della Corte di giustizia relative agli Orientamenti della Commissione europea.

La Corte ha affermato che tali Orientamenti, pur non potendo essere qualificati come norme giuridiche alla cui osservanza l'amministrazione è comunque tenuta, enunciano tuttavia una norma di comportamento indicativa della prassi da seguire dalla quale l'amministrazione non può discostarsi, in un caso specifico, senza fornire ragioni compatibili con il principio di parità di trattamento¹⁶. Secondo la Corte, "adottando siffatte norme di comportamento ed annunciando, con la loro pubblicazione, che esse verranno da quel momento in avanti applicate ai casi a cui esse si riferiscono, l'istituzione in questione si autolimita nell'esercizio del suo potere discrezionale e non può discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento"¹⁷.

¹³ V. l'articolo 14 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha inserito un comma 2-bis nell'articolo 15 della legge n. 287/1990.

¹⁴ La Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, è stata adottata dall'AGCM il 15 febbraio 2007 ed è illustrata nella circolare Assonime n. 24/2007; l'ultima versione della Comunicazione è pubblicata sul Bollettino AGCM n. 35/2013 ed è disponibile sul sito internet dell'Autorità.

¹⁵ Articolo 134 del decreto legislativo n. 204/2010, *Codice del processo amministrativo*.

¹⁶ Corte di giustizia, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri*.

¹⁷ Ibidem, §211. In una successiva occasione la Corte di giustizia ha sottolineato come gli orientamenti vincolino solo la Commissione e non anche le corti comunitarie, le quali nell'esercizio della loro competenza estesa al merito in materia di sanzioni antitrust non propongono di applicare uno specifico

Questo approccio non esclude in assoluto la possibilità che in un caso concreto l'autorità deroghi ai criteri che essa stessa si è data, purché però la scelta sia sorretta da ragionevoli giustificazioni e queste risultino chiaramente dal provvedimento, anche in vista del successivo controllo giurisdizionale.

Tenendo conto della giurisprudenza citata, nella Comunicazione adottata nel 2006 la Commissione ha puntualizzato che, nonostante gli Orientamenti espongano la metodologia generale per la fissazione delle ammende, le specificità di un determinato caso o la necessità di raggiungere la deterrenza in un caso particolare possono giustificare un allontanamento da tale metodologia generale o dalla soglia percentuale massima, espressa in termini di valore delle vendite, utilizzabile per la determinazione dell'importo base dell'ammenda¹⁸.

Analogamente, nelle Linee guida dell'Autorità viene anzitutto affermato che la metodologia di calcolo illustrata fornisce indicazioni di carattere generale, sebbene non debba essere intesa come la base di un metodo di calcolo automatico e aritmetico (paragrafo 6) e poi che le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione dei criteri adottati, di cui l'Autorità si impegna a dare espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione (paragrafo 34).

All'effetto autovincolante che è la principale caratteristica dello strumento delle Linee guida si accompagna il sorgere in capo all'autorità emanante dell'obbligo di spiegare in modo chiaro nel provvedimento finale l'iter di determinazione dell'ammenda. Su questo aspetto si è soffermata una recente pronuncia del Tar Lombardia che riguarda l'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico. Riferendosi alle Linee guida in tema di sanzioni di cui l'AEEGSI dispone¹⁹, il giudice ha rilevato che "ragioni di coerenza impongono che ad una disciplina tanto dettagliata debba corrispondere una altrettanto dettagliata esplicitazione delle modalità di calcolo degli importi delle sanzioni in concreto applicate agli operatori" poiché in caso contrario verrebbero vanificati gli intenti di garanzia della trasparenza e coerenza nelle decisioni che la stessa Autorità ha dichiarato di voler perseguire con l'adozione delle Linee guida²⁰. Secondo il giudice è evidente che "la mera indicazione dell'importo finale, senza la specificazione dell'entità dell'importo base e delle

metodo di determinazione delle sanzioni ma valutano caso per caso ciascuna situazione tenendo conto di tutte le questioni rilevanti di fatto e diritto; cfr. Corte di giustizia, 30 maggio 2013, C-70/12P, *Quinn Barlo*.

¹⁸ Cfr. il paragrafo 37 della Comunicazione della Commissione.

¹⁹ Cfr. delibera ARG/com 144/2008, cit.

²⁰ Tar Lombardia, sez. III, 7 febbraio 2013, n. 348.

maggiorazioni o diminuzioni ad esso apportate nonché delle ragioni di determinazione dei singoli importi, rende del tutto impossibile il controllo circa il rispetto dei criteri di quantificazione che la medesima AEEG si è data e rende di conseguenza inutile la stessa fissazione di criteri predeterminati". Nel caso di specie il giudice ha accolto il ricorso contro il provvedimento sanzionatorio e ha rimesso all'Autorità la rideterminazione della sanzione con l'obbligo di osservare scrupolosamente le Linee guida "indicando dettagliatamente le singole poste in cui si scompone l'importo della sanzione finale".

3. Il calcolo della sanzione

In linea con l'approccio seguito dalla Commissione europea, il metodo di calcolo delle sanzioni adottato dall'Autorità si articola in due fasi: anzitutto viene determinato un importo di base, commisurato al valore delle vendite e alla durata dell'infrazione; successivamente l'importo di base viene incrementato o ridotto in ragione della presenza di eventuali circostanze aggravanti o attenuanti e di altri specifici elementi che l'Autorità ritiene meritevoli di considerazione in funzione dell'obiettivo di assicurare l'effettiva deterrenza e la proporzionalità dell'ammenda.

3.1 La determinazione dell'importo di base

Per determinare l'importo di base della sanzione l'AGCM considera una percentuale del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione e la moltiplica per la durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione, aggiungendo se del caso un importo supplementare (*entry fee*).

Il riferimento al valore delle vendite viene giustificato dall'Autorità mediante il richiamo all'obiettivo della deterrenza: per avere un'effettiva efficacia deterrente, la sanzione non deve essere inferiore ai vantaggi che l'impresa si attende di ricavare dalla violazione e questi vantaggi dipendono, appunto, dal valore delle vendite interessate dalla condotta illecita.

Le vendite prese in considerazione sono quelle realizzate dall'impresa nel mercato rilevante nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione; il loro valore è determinato al netto dell'IVA e delle altre imposte. Va ricordato che la soglia massima della sanzione irrogabile è rapportata al fatturato realizzato dall'impresa nell'ultimo

esercizio chiuso prima della diffida, quindi è riferita a un dato temporale che può non coincidere con quello utilizzato per la commisurazione dell'importo di base della sanzione. L'Autorità dichiara che qualora il dato relativo al fatturato dell'ultimo anno di partecipazione all'infrazione non venga comunicato dall'impresa o sia non attendibile, non sufficientemente rappresentativo o comunque altrimenti non determinabile, verrà presa in considerazione qualsiasi altra informazione ritenuta pertinente o appropriata. Quali possibili alternative le Linee guida indicano a titolo esemplificativo: la media del valore delle vendite nell'intero periodo di durata dell'infrazione, il valore delle vendite in un altro anno di tale periodo di riferimento e una percentuale del fatturato totale realizzato in Italia.

Per le infrazioni commesse da associazioni di imprese, il valore delle vendite è inteso dall'Autorità quale valore complessivo dei contributi associativi versati dai membri dell'associazione nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione. Su questo profilo si osserva una differenza tra le Linee guida, che rispecchiano la prassi consolidata dell'Autorità, e il regime europeo. Infatti, nel caso di infrazioni antitrust commesse da associazioni di imprese e relative alle attività dei loro membri, la normativa europea consente di riferire la soglia massima della sanzione (ossia il 10% del fatturato) all'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione²¹. Di conseguenza, gli Orientamenti della Commissione stabiliscono che qualora l'infrazione di un'associazione riguardi le attività dei suoi membri, il valore delle vendite corrisponde in generale alla somma dei valori delle vendite realizzate dagli stessi²². L'approccio seguito in Italia appare più proporzionato, anche tenuto conto del fatto che vi sono ipotesi in relazione alle quali le autorità di concorrenza infliggono ammende sia nei confronti di un'associazione di imprese sia nei confronti di singole imprese ad essa aderenti²³.

La percentuale da applicare al valore delle vendite è determinata in funzione del grado di gravità della violazione, e può raggiungere la soglia massima del 30 per cento.

I fattori di cui l'Autorità può tener conto per stabilire il grado di gravità della violazione sono vari e risultano più articolati di quelli menzionati negli Orientamenti della Commissione europea.

²¹ Articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003.

²² COM 2006/C 210/02, paragrafo 14.

²³ Cfr. ad esempio, tra i casi più recenti, il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 21924 del 15 dicembre 2010, caso I701, in Bollettino AGCM n. 49/2010.

Anzitutto viene considerata la natura dell'infrazione. Per le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione, che costituiscono le più gravi restrizioni della concorrenza, l'Autorità intende considerare una percentuale del valore delle vendite di regola non inferiore al 15 per cento.

Un secondo elemento ritenuto rilevante dall'Autorità è la circostanza che l'infrazione sia plurisoggettiva: in tale ipotesi ai fini della valutazione di gravità – e quindi per scegliere la percentuale del valore delle vendite a cui rapportare la sanzione – potrà essere considerata la quota di mercato aggregata detenuta dall'insieme delle imprese che hanno partecipato all'infrazione.

Altri elementi richiamati dall'Autorità sono: le condizioni di concorrenza nel mercato interessato (ad esempio il livello di concentrazione o l'esistenza di barriere all'entrata); la natura dei prodotti o servizi, con particolare riferimento al pregiudizio all'innovazione; l'attuazione o meno della pratica illecita; la rilevanza dell'effettivo impatto economico dell'infrazione o, più in generale, dei suoi effetti pregiudizievoli sul mercato e/o sui consumatori, qualora l'Autorità disponga di elementi che consentano una stima attendibile degli stessi. Rispetto alla bozza delle Linee guida sottoposta a consultazione pubblica è stato introdotto il riferimento alla natura dei prodotti o servizi interessati quale elemento che rileva, in particolare, per identificare l'eventuale pregiudizio all'innovazione provocato dall'infrazione.

Va evidenziato che l'analisi degli effetti pregiudizievoli dell'infrazione è destinata ad assumere un peso crescente nella valutazione dell'AGCM: anche per le intese aventi oggetto anticoncorrenziale, la cui qualificazione in termini di illiceità discende dall'oggettiva idoneità ad alterare la concorrenza e prescinde dalla verifica dell'impatto concreto sul mercato, l'analisi degli effetti è rilevante ai fini della qualificazione della gravità dell'infrazione e, quindi, della determinazione della sanzione da irrogare²⁴.

Il dato ottenuto (percentuale del valore delle vendite) viene moltiplicato per il numero di anni di partecipazione della singola impresa all'infrazione; per le frazioni di anno si considerano i mesi e i giorni effettivi di partecipazione all'infrazione.

In linea con quanto previsto a livello europeo, l'Autorità si riserva la possibilità di inserire nell'importo di base della sanzione un ammontare supplementare (*entry fee*) per aumentare l'incisività dell'ammenda e quindi l'effetto dissuasivo “con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza”, a prescindere dalla durata e

²⁴ In questo senso cfr. Tar Lazio, sez. I, 13 marzo 2008, n. 2312.

dalla effettiva attuazione dell'infrazione. La maggiorazione è di importo compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite²⁵. Come si può dedurre dalla premessa delle Linee guida, l'applicazione dell'*entry fee* riguarda prevalentemente le intese segrete volte alla fissazione dei prezzi e/o alla ripartizione dei mercati e/o alla limitazione della produzione e le fattispecie che arrecano un serio pregiudizio al funzionamento del mercato a danno dei consumatori.

Per una particolare categoria di illeciti, ossia le ipotesi di collusione nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, le Linee guida indicano criteri specifici di determinazione dell'importo della sanzione, che non trovano corrispondenza nel testo degli Orientamenti comunitari. Anche per queste fattispecie in generale verrà preso in considerazione il valore delle vendite direttamente o indirettamente interessate dall'illecito. Tale valore è dato, in linea di principio, per ciascuna impresa partecipante all'infrazione dagli importi oggetto di aggiudicazione oppure posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione o comunque affidati ad esito di trattativa privata nelle procedure interessate dall'infrazione (ad esempio quando la gara sia andata deserta a seguito di boicottaggio), senza necessità di introdurre aggiustamenti per la durata dell'infrazione. L'Autorità spiega che vi possono essere, tuttavia, ipotesi in cui il mercato rilevante risulti più ampio della gara o delle gare considerate. Gli esempi citati nelle Linee guida sono quello di un'intesa avente ad oggetto la partecipazione a una pluralità di gare suscettibili di incidere sul prezzo dei beni interessati sull'intero mercato e di un'intesa volta a non partecipare alle gare per influenzare il prezzo di mercato. L'Autorità ritiene che in queste ipotesi può essere più appropriato prendere in considerazione per ciascuna impresa, in luogo dell'importo dell'appalto, il valore complessivo delle vendite relative all'intero mercato del prodotto o del servizio interessato dall'infrazione nell'ultimo anno intero di partecipazione all'infrazione, eventualmente modulato in funzione della durata di quest'ultima.

3.2 Le circostanze aggravanti e attenuanti

Una volta determinato l'importo base della sanzione l'Autorità può operare adeguamenti, nel senso di incrementare o ridurre l'ammontare della sanzione per tener conto di specifiche circostanze che aggravano o attenuano la responsabilità dell'autore della violazione. Le circostanze rilevanti attengono al ruolo svolto dall'impresa nell'infrazione, alla condotta tenuta dall'impresa nel corso dell'istruttoria, all'opera

²⁵ Nella bozza sottoposta a consultazione l'Autorità aveva indicato come soglia massima dell'*entry fee* il 30% del valore delle vendite ma nel testo definitivo la percentuale è stata opportunamente allineata a quella prevista dagli orientamenti della Commissione europea.

svolta dall'agente per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione e alla personalità dell'agente, anche alla luce di quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981.

Nelle Linee guida l'Autorità fornisce una elencazione esemplificativa delle circostanze aggravanti e attenuanti e indicazioni di massima circa l'incidenza che tali circostanze possono avere, singolarmente e cumulativamente, sull'entità della sanzione²⁶. Di regola, a ciascuna circostanza corrisponde un incremento o una riduzione dell'importo di base in misura non superiore al 15 per cento; quando riscontra più circostanze concorrenti, l'Autorità effettua una valutazione e quantificazione complessiva, mantenendosi entro una percentuale complessiva pari più o meno al 50 per cento dell'importo di base.

Tra gli esempi di circostanze aggravanti indicati nelle Linee guida figura anzitutto l'aver svolto un ruolo decisivo nella promozione, organizzazione o monitoraggio di una infrazione plurisoggettiva (c.d. ruolo di capofila), o l'aver indotto o costretto anche con misure di ritorsione altre imprese a parteciparvi e/o a proseguire nella stessa.

E' considerato inoltre come aggravante il tenere condotte volte a impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'AGCM²⁷. Va ricordato che in base alla legge n. 287/1990 sono passibili di sanzioni pecuniarie i soggetti che rifiutano od omettono senza giustificato motivo di fornire le informazioni o esibire i documenti richiesti dall'Autorità nel corso dell'istruttoria oppure forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri²⁸. Occorre individuare chiaramente il confine tra i comportamenti che possono integrare ex se gli estremi di un illecito sanzionabile e quelli che possono assumere rilievo quali aggravanti nella determinazione della sanzione, per evitare che nell'*enforcement* sia violato il principio del *ne bis in idem*. In questa prospettiva, si può ritenere che l'aggravante riguardi quelle ipotesi che non attengono in modo diretto alla presentazione di documenti e informazioni all'Autorità, ma che comunque determinano un ostacolo o un rallentamento dell'attività istruttoria.

²⁶ Per questo profilo le Linee guida si differenziano dagli orientamenti della Commissione, in cui manca un riferimento al peso che può essere attribuito alle circostanze aggravanti o attenuanti in termini di variazione della sanzione.

²⁷ Nella prassi dell'Autorità è stata, ad esempio, applicata una maggiorazione dell'ammenda con riferimento al tentativo dell'impresa di occultare la propria partecipazione allo scambio di informazioni mediante accorgimenti volti ad eludere le indagini; questo approccio è stato avallato dal giudice amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199) anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. in particolare la sentenza 14 maggio 1998, C-334/94, *Sarriò*).

²⁸ Articolo 14, comma 5, della legge n. 287/1990.

Un ulteriore aumento della sanzione è poi previsto dalle Linee guida per il caso di recidiva. Come risulta dalla giurisprudenza comunitaria, l'applicazione di una maggiorazione in caso di recidiva è giustificata dall'esigenza di rafforzare il carattere dissuasivo della sanzione tenendo conto che la precedente constatazione di infrazione non è stata sufficiente a impedire la reiterazione del comportamento illecito²⁹.

Più specificamente, la maggiorazione è prevista dalle Linee guida dell'AGCM per il caso in cui la stessa impresa abbia precedentemente commesso una o più infrazioni simili o della stessa tipologia, in relazione all'oggetto o agli effetti, accertata o accertate dall'Autorità o dalla Commissione europea, nei cinque anni precedenti l'inizio dell'infrazione oggetto di istruttoria. L'identificazione di un preciso arco temporale di riferimento per l'applicazione della recidiva, che manca negli Orientamenti della Commissione europea, è in linea con la previsione della legge n. 689/1981 secondo la quale si ha reiterazione se nei cinque anni successivi alla commissione di una violazione amministrativa, accertata con provvedimento esecutivo, lo stesso soggetto commette un'altra violazione della stessa indole³⁰. La precedente infrazione deve essere stata accertata dalla stessa Autorità o dalla Commissione europea: occorre quindi l'esistenza di una decisione di constatazione dell'infrazione, mentre non rilevano altri provvedimenti di chiusura dell'istruttoria quali, in particolare, le decisioni di accettazione di impegni.

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo della recidiva, il giudice amministrativo ha già chiarito che non è necessaria l'assoluta identità di specie degli illeciti commessi, ma piuttosto la relativa riconducibilità alla stessa tipologia di illecito antitrust³¹. A tal fine, come risulta dalla giurisprudenza comunitaria, la recidiva può essere riscontrata quando i comportamenti presentano carattere simile anche se il mercato rilevante interessato non è esattamente lo stesso³². Le Linee guida dell'AGCM specificano che l'infrazione precedente e quella successiva sono considerate simili o della stessa tipologia "in relazione all'oggetto o agli effetti".

Nel caso di recidiva, i limiti previsti dal paragrafo 20 delle Linee guida (incidenza massima del 15 per cento per ciascuna aggravante; incidenza totale del 50 per cento per l'insieme delle aggravanti) possono essere derogati: l'Autorità dichiara infatti che

²⁹ Cfr. Tribunale, 25 ottobre 2005, T-38/02, *Groupe Danone*.

³⁰ Articolo 8-bis della legge n. 689/1981.

³¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438.

³² Cfr. Tribunale, 9 dicembre 2014, T-90/10, *Ferriere Nord*, §355 e giurisprudenza ivi citata. Tra i casi in cui la Commissione europea ha applicato la recidiva in presenza di infrazioni relative a mercati rilevanti diversi cfr., ad esempio, la decisione C (2007) 5910 relativa al caso COMP/38629 – Gomma cloroprene.

l'importo di base dell'ammenda può essere aumentato fino al 100 per cento. Secondo le Linee guida, l'incremento della sanzione connesso alla recidiva sarà determinato tenendo conto della natura e della relativa affinità sostanziale tra le violazioni accertate.

L'elenco delle circostanze attenuanti offerto a titolo esemplificativo dalle Linee guida presenta alcune differenze di rilievo rispetto a quello contenuto negli Orientamenti della Commissione. Dal punto di vista delle imprese, rileva specialmente la scelta dell'AGCM di introdurre espressamente tra le attenuanti il riferimento ai programmi di *compliance* in materia antitrust.

La prima circostanza attenuante indicata dalle Linee guida consiste nell'aver l'impresa adottato tempestivamente iniziative adeguate per mitigare gli effetti della violazione, in particolare ripristinando le condizioni di concorrenza precedenti all'infrazione e/o prevedendo e attuando, 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.

Viene così attribuito rilievo al ravvedimento operoso dell'impresa, legato alla riparazione degli effetti pregiudizievoli prodotti dall'infrazione. Nel far riferimento alle misure risarcitorie concordate dall'impresa nell'ambito di una transazione consensuale la previsione in esame appare in linea con l'articolo 18, paragrafo 3, della direttiva 2014/104/UE, sulle azioni per il risarcimento del danno derivante da violazioni antitrust. Quest'ultimo prevede infatti che "un'autorità garante della concorrenza può considerare un fattore attenuante il risarcimento versato a seguito di una transazione consensuale e prima della sua decisione di infliggere un'ammenda".

Nelle Linee guida l'Autorità dichiara che la mera interruzione del comportamento illecito successivamente all'avvio dell'istruttoria non costituisce una circostanza attenuante. Per questo profilo le Linee guida si discostano dagli Orientamenti della Commissione, che ammettono la riduzione della sanzione quando l'impresa interessata fornisce la prova di aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione, con la sola eccezione delle intese segrete. Va però sottolineato che le condizioni per l'applicazione dell'attenuante sono state puntualizzate dalla giurisprudenza comunitaria secondo un approccio restrittivo, in particolare richiedendo che la cessazione dell'infrazione non sia stata di fatto determinata dall'intervento della Commissione³³.

³³ Tribunale, 11 marzo 1999, T-156/94, *Aristrain* e 27 settembre 2006, T-329/01, *Archer Daniels Midland*.

Costituisce, in secondo luogo, un'attenuante l'aver collaborato efficacemente con l'Autorità nel corso del procedimento istruttorio al di là di quanto richiesto dagli obblighi di legge. Questa circostanza attenuante premia il comportamento dell'impresa che si attiva per consentire all'Autorità di acquisire gli elementi utili alla valutazione della fattispecie in modo efficiente e in tempi ragionevoli, ad esempio fornendo spiegazioni esaustive o anche semplici chiarimenti sui fatti e documenti contestati, nonché riconoscendo di aver tenuto certi comportamenti oppure ammettendo di aver posto in essere l'infrazione³⁴.

Nelle Linee guida è però specificato che per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione del programma di clemenza dell'Autorità (ossia per le intese orizzontali segrete), la cooperazione delle imprese sarà valutata esclusivamente secondo le disposizioni di tale programma.

Un'ulteriore attenuante è riconosciuta all'impresa che dimostra di aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione all'infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita.

La mancata attuazione della pratica, che come si è visto rileva nell'ambito della valutazione della gravità oggettiva della fattispecie, è anche un elemento meritevole di considerazione con specifico riguardo al singolo soggetto coinvolto, purché questi fornisca prove adeguate in merito.

Tra le attenuanti figura anche l'esistenza di misure normative e/o di provvedimenti dell'autorità pubblica che favoriscano, facilitino o autorizzino l'infrazione. Al riguardo è utile ricordare i principi che derivano dalla consolidata giurisprudenza comunitaria circa l'imputabilità dell'illecito antitrust e le sanzioni irrogabili qualora l'impresa abbia agito conformandosi a leggi o provvedimenti regolatori.

Se una normativa nazionale impone alle imprese l'adozione di un comportamento anticoncorrenziale o crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di

³⁴ Nella prassi dell'Autorità cfr. ad esempio il provvedimento n. 16404, caso I646-Produttori vernici marine, in Bollettino AGCM n. 4/2007. La Corte di giustizia ha chiarito che il comportamento di un'impresa che si limita a non pronunciarsi sui fatti allegati e si astiene quindi dal riconoscerne la veridicità non può essere assimilato, ai fini della riduzione della sanzione, a quello di un'impresa che non contesta tali fatti, in quanto a differenza di quest'ultimo non contribuisce ad agevolare effettivamente per l'autorità di concorrenza il compito di accertare l'infrazione: "in mancanza di un espresso riconoscimento da parte dell'impresa di cui trattasi, la Commissione deve ancora dimostrare i fatti, mentre l'impresa resterebbe libera, al momento opportuno e in particolare nell'ambito del procedimento contenzioso, di produrre tutti i mezzi di difesa che le apparissero utili" (Corte di giustizia, 16 novembre 2000, C-297/98P, SCA Holding, § 37).

comportamento concorrenziale da parte delle imprese, non può essere addebitata a queste ultime una violazione delle disposizioni antitrust, poiché tali disposizioni riguardano soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di propria iniziativa³⁵.

Se invece la normativa non esclude la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese vi è spazio per addebitare a queste ultime un'eventuale violazione delle disposizioni antitrust. Il fatto che la normativa abbia sollecitato o facilitato l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali autonomi da parte delle imprese può comunque essere valutato come circostanza attenuante nel momento di determinazione del livello della sanzione³⁶.

L'elenco delle attenuanti include il riferimento all'adozione e al rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali. Con questa previsione l'Autorità si pone in linea con alcune giurisdizioni che già riconoscono, sia pure in modi diversi, una valenza di attenuante alla scelta dell'impresa di predisporre un programma per la prevenzione delle infrazioni antitrust, laddove invece la Commissione europea non ha ancora condiviso tale impostazione³⁷.

Nelle Linee guida viene specificato che la mera esistenza di un programma di *compliance* non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma. Vengono forniti alcuni esempi delle misure organizzative che possono attestare l'impegno da parte dell'impresa ad attuare effettivamente il programma di *compliance*: un pieno coinvolgimento del *management*, l'identificazione del personale responsabile del programma, l'identificazione e valutazione dei rischi sulla base del settore di attività e del contesto operativo, l'organizzazione di attività di *training* adeguate alle dimensioni economiche dell'impresa, la previsione di incentivi per il rispetto del programma nonché di disincentivi per il mancato rispetto dello stesso, l'implementazione di sistemi di monitoraggio e *auditing*.

³⁵ Corte di giustizia, 16 dicembre 1975, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114/73 *Suiker Unie*, e 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95P e C-379/95P, *Ladbroke Racing*.

³⁶ Corte di giustizia, *Suiker Unie*, cit., e 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*.

³⁷ Tra gli Stati membri si segnalano le esperienze del Regno Unito e della Francia. Cfr., rispettivamente, Office of Fair Trading (oggi Competition and Market Authority), *Guidance as to the appropriate amount of a penalty*, OFT423, settembre 2012, e Autorité de la Concurrence, *Notice of 16 May 2011 on the Method Relating to the Setting of Financial Penalties*.

Dal documento l'Autorità sembra disponibile ad attribuire rilievo non solo ai programmi di *compliance* adottati prima della commissione dell'illecito (c.d. *ante factum*), ma anche a quelli adottati in un momento posteriore, eventualmente dopo l'avvio dell'istruttoria (c.d. *post factum*). Resta da chiarire quando un programma di *compliance* possa essere ritenuto adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali, così da consentire all'impresa che vi abbia dato attuazione di ottenere una riduzione dell'ammenda. Va escluso che l'Autorità assuma il compito di verificare *ex ante* l'adeguatezza dei singoli programmi di *compliance*; una possibilità sarebbe quella di approvare criteri generali che possano guidare le imprese nella predisposizione dei propri programmi, sul modello di quanto realizzato dalle autorità di concorrenza nel Regno Unito e in Francia³⁸.

Infine, tra le attenuanti viene introdotto il c.d. *amnesty plus*. Si tratta di un'ulteriore riduzione dell'importo di base della sanzione, fino al 50 per cento dell'importo di base, che può essere concessa qualora nel corso dell'istruttoria l'impresa fornisca informazioni e documentazione che, anche attraverso un'ispezione mirata, siano ritenute decisive per l'accertamento di un'infrazione diversa da quella oggetto dell'accertamento e rientrante nell'ambito di applicazione del programma di clemenza, ossia consistente in un cartello segreto.

Le Linee guida indicano che, per quanto riguarda il cartello segreto scoperto grazie all'apporto decisivo dell'impresa, quest'ultima beneficia dell'immunità condizionata dalle sanzioni, ai sensi dei paragrafi 2 e 12 del programma di clemenza: in sostanza, l'impresa si impegna a cessare immediatamente la propria partecipazione al cartello, a cooperare con l'Autorità in modo completo e continuativo per l'intera durata del procedimento e a non rivelare a terzi l'avvenuta presentazione della domanda di *leniency* e l'Autorità accorda la non imposizione delle sanzioni subordinatamente al mantenimento degli impegni suddetti; la decisione definitiva sulla concessione dell'immunità è assunta con il provvedimento finale adottato dal Collegio.

Nell'ipotesi considerata si ha pertanto un duplice beneficio sul piano sanzionatorio, sempre che siano rispettate tutte le condizioni previste dalle Linee guida e dalla Comunicazione sulla *leniency*: per la prima infrazione una riduzione dell'importo

³⁸ Cfr. Office of Fair Trading, *How your business can achieve compliance with competition law*, OFT1341, giugno 2011, e Autorité de la Concurrence, *Framework-Documents of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*.

dell'ammenda che si aggiunge alle altre eventuali attenuanti fino al 50% dell'importo di base³⁹; per il cartello segreto, l'immunità dall'ammenda.

3.3 Altri adeguamenti, limitata capacità contributiva e sanzione simbolica

Oltre a valutare la sussistenza di circostanze aggravanti e attenuanti l'Autorità si riserva di operare altri adeguamenti dell'importo della sanzione in modo da conseguire l'obiettivo di effettiva deterrenza, rispettare il principio di proporzionalità e tener conto delle condizioni economiche dell'impresa responsabile dell'infrazione. Tutto il processo tende verso la definizione di una sanzione che non solo esprima l'oggettivo disvalore della condotta illecita, ma rifletta le caratteristiche soggettive dell'autore, anche sul piano delle effettive dimensioni economiche e delle risorse complessive disponibili. Dall'impostazione delle Linee guida si evince che queste variazioni aggiuntive sono apportate all'importo della sanzione come precedentemente determinato anche in applicazione delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti.

Le Linee guida indicano tre ipotesi di possibile incremento della sanzione.

La prima è quella in cui il fatturato totale mondiale realizzato nell'ultimo esercizio dall'impresa responsabile dell'infrazione sia particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione. Come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria a proposito dell'analoga previsione contenuta negli Orientamenti della Commissione europea, mediante tale incremento la Commissione mira a "garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle proprie ammende per taluni tipi d'impresa dotate di importante capacità contributiva - multinazionali attive in numerosissimi settori - evitando al tempo stesso di sanzionare nel medesimo modo un'impresa «monoprodotto» di dimensione relativamente limitata e dotata di una capacità contributiva più ridotta"⁴⁰; vi è infatti l'idea che l'impresa con fatturato globale nettamente superiore al fatturato relativo all'infrazione sia in grado di mobilitare più facilmente i fondi necessari per il pagamento della sua ammenda⁴¹. Tuttavia, la stessa Corte di giustizia ha avuto modo di precisare che al fatturato non può essere attribuita un'importanza eccessiva: se a un'impresa avente un fatturato particolarmente elevato rispetto a quello degli altri membri di un'intesa venisse inflitta un'ammenda maggiorata

³⁹ Nel caso di *amnesty plus* l'Autorità prevede espressamente una deroga al paragrafo 20 delle Linee guida, per il quale ciascuna attenuante non dovrebbe comportare una riduzione della sanzione oltre il 15% dell'importo di base.

⁴⁰ Tribunale, 13 dicembre 2012, T-103/08, *Mercato della gomma cloroprene*, §316.

⁴¹ Tribunale, 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon*.

strettamente in funzione del rapporto tra il suo fatturato e quello delle altre imprese coinvolte nell'infrazione, tale ammenda rischierebbe di risultare sproporzionata rispetto alla gravità dell'infrazione concretamente commessa⁴².

La seconda ipotesi di incremento è quella in cui l'impresa appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche. Un richiamo al rilievo che può assumere, ai fini della determinazione della sanzione, l'appartenenza dell'impresa a un gruppo è stato effettuato dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento al diverso contesto delle violazioni in materia di pratiche commerciali scorrette, che come noto rientrano nella sfera di competenza della stessa AGCM⁴³.

In base alle Linee guida, in entrambe le ipotesi sopra indicate (fatturato mondiale particolarmente elevato, appartenenza dell'impresa a un gruppo di significative dimensioni) l'importo della sanzione potrebbe essere incrementato fino al 50%.

La terza ipotesi di ulteriore incremento della sanzione a garanzia della proporzionalità e dell'effettiva deterrenza è quella in cui l'Autorità ritenga opportuno considerare l'importo degli utili illeciti realizzati dall'impresa responsabile dell'infrazione e abbia a disposizione elementi che ne consentano una stima attendibile. Come osservato dalla giurisprudenza comunitaria, l'effetto dissuasivo delle ammende sarebbe ridotto se le imprese che hanno commesso un'infrazione al diritto della concorrenza potessero sperare che il loro comportamento sia punito con un'ammenda di importo inferiore al vantaggio che possono trarre dal loro comportamento illecito⁴⁴. Per questa ipotesi, a differenza delle precedenti, le Linee guida non indicano una percentuale massima dell'incremento di sanzione che l'Autorità può operare.

⁴² Corte di giustizia, 18 luglio 2013, C-499/11P, *Dow Chemical*.

⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2011, n. 4202, in cui viene sottolineato come "l'importanza e la dimensione economica di una società parte di un gruppo, pur se responsabile verso questo di un proprio autonomo bilancio, è di certo maggiore di quella di una società avente un identico bilancio ma non appartenente ad alcun gruppo. La prima, infatti, si avvantaggia dell'appartenenza a un gruppo più ampio sia ai fini della definizione della sua importanza nel settore, in quanto soggetto operante come proiezione del gruppo, sia riguardo alla sua dimensione economica, data la possibilità di sostegno finanziario da parte del gruppo, ciò che non è possibile per la società di pari dimensione non appartenente ad alcun gruppo; con la conseguenza che tali elementi devono essere considerati nella quantificazione della sanzione affinché assolvano alla sua funzione deterrente in quanto proporzionata, potendosi altrimenti giungere alla irragionevole conclusione che, a parità di ogni altro elemento, l'ammontare della sanzione debba essere identica per entrambi i soggetti societari di cui si è discusso, sulla base del solo parametro estrinseco della comune dimensione dei rispettivi bilanci indipendentemente dal più ampio contesto societario in cui ciascuno opera".

⁴⁴ Tribunale, 13 settembre 2013, T-566/08, *Total Raffinage Marketing*, §469 e giurisprudenza ivi citata.

Le Linee guida specificano poi opportunamente le condizioni alle quali l'Autorità è disponibile a considerare la limitata capacità contributiva dell'impresa per accordare una riduzione della sanzione. L'impresa è tenuta a presentare una motivata e circostanziata istanza e a produrre evidenze complete, attendibili e oggettive da cui risulti che l'imposizione di una sanzione, determinata in base alle Linee guida, ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato. L'Autorità non reputa sufficienti dati relativi alle perdite di bilancio registrate dall'impresa negli ultimi esercizi, né elementi che attestino la crisi generalizzata del settore interessato.

L'istanza deve essere presentata "entro il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori, di cui all'articolo 14, comma 2, del D.P.R. n. 217/98". La formulazione si discosta sul piano letterale da quella utilizzata nel regolamento sulle procedure istruttorie, che all'articolo 14, comma 2, fa piuttosto riferimento al "termine di chiusura dell'istruttoria". Peraltro, in base allo stesso regolamento, una volta ricevuta la comunicazione delle risultanze istruttorie le parti possono presentare memorie scritte e documenti fino a cinque giorni prima della scadenza del termine di chiusura dell'istruttoria indicato dall'Autorità. Non è chiaro come si inserisca in questo scenario la possibilità di presentare un'istanza di riduzione della sanzione per difetto della capacità contributiva. La soluzione più ragionevole è quella di assimilare l'istanza suddetta alle memorie e documenti che possono essere depositati fino a cinque giorni prima del termine di chiusura dell'istruttoria: solo avendo chiaro il quadro delle risultanze istruttorie, infatti, l'impresa è in grado di prevedere in maniera attendibile l'ordine di grandezza delle ammende in cui incorre e può considerare se il relativo onere sia o meno economicamente sostenibile.

Infine, le Linee guida menzionano la possibilità che in alcune specifiche circostanze, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione, l'Autorità irroghi una sanzione di importo simbolico. E' da ritenere che una tale scelta possa essere giustificata, in particolare, nelle ipotesi in cui è dimostrato che a causa della novità della fattispecie e dell'assenza di precedenti l'impresa aveva un ragionevole dubbio sulla qualificazione di uno specifico comportamento come violazione delle regole di concorrenza. Peraltro, l'approccio secondo cui per rispettare il principio di proporzionalità occorre che i poteri sanzionatori siano utilizzati diversamente a seconda che una condotta sia chiaramente abusiva o che esistano ragionevoli dubbi circa il fatto che essa costituisca un'infrazione delle norme antitrust è riconosciuto sia

nella prassi decisionale della Commissione europea⁴⁵, sia in alcune pronunce del giudice amministrativo⁴⁶. Nelle Linee guida l'Autorità si impegna a esplicitare nel provvedimento finale le ragioni alla base della sanzione simbolica.

4. Irrogazione della sanzione in solido

Nelle Linee guida l'Autorità considera incidentalmente un profilo che non attiene in senso stretto alla determinazione della sanzione. Viene stabilito che nel caso in cui all'infrazione abbiano preso parte più società appartenenti al medesimo gruppo, l'Autorità può irrogare la sanzione in solido a tali società. Questa previsione richiede un breve inquadramento.

Come noto, il diritto della concorrenza si applica alle imprese intese come soggetti che svolgono un'attività economica, a prescindere dalla forma giuridica rivestita. L'elemento rilevante è il comportamento sul mercato. In questa prospettiva, costituisce un'impresa anche un gruppo di società, in quanto entità economica che opera sul mercato in modo unitario. In sede di accertamento delle infrazioni, però, il rilievo del gruppo come entità economica unitaria si intreccia con l'esigenza di individuare precisamente la persona giuridica o le persone giuridiche a cui deve essere imputata la responsabilità dell'illecito e richiesto il pagamento della sanzione pecuniaria. Per gli illeciti antitrust, come per tutti gli illeciti amministrativi, vige infatti il principio della natura personale della responsabilità.

Al di là delle ipotesi in cui più società controllate dalla medesima capogruppo hanno posto in essere distintamente la condotta illecita (e quindi sono ciascuna individualmente responsabile), la principale questione che si pone è stabilire se e a quali condizioni la capogruppo possa essere ritenuta responsabile per le infrazioni antitrust commesse dalle controllate. Secondo una costante giurisprudenza comunitaria la possibilità di infliggere un'ammenda alla società controllante di una controllata che, dal canto suo, ha partecipato direttamente a un'infrazione al diritto della concorrenza presuppone che tale controllata non determini in modo autonomo la

⁴⁵ Cfr. ad esempio la decisione del 27 agosto 2003, caso COMP/37.685 GVG/FS e la decisione del 20 ottobre 2005, caso COMP/C.38.281/B.2 *Tabacco greggio*.

⁴⁶ Cfr. ad esempio Tar Lazio, 30 marzo 2007, n. 2798.

sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga in sostanza alle istruzioni che le vengono impartite dalla controllante⁴⁷.

Una volta chiarito quali soggetti possono essere ritenuti individualmente responsabili della partecipazione dell'impresa all'infrazione, proprio la loro appartenenza a una medesima entità economica che attua un comportamento unitario sul mercato giustifica che essi vengano considerati responsabili in solido per il pagamento della sanzione⁴⁸. La giurisprudenza comunitaria ha sottolineato che la solidarietà nel pagamento delle ammende antitrust, in quanto concorre a garantirne la riscossione effettiva, partecipa all'obiettivo di dissuasione che è generalmente perseguito dal diritto della concorrenza⁴⁹. L'irrogazione della sanzione in solido a più persone giuridiche facenti parte di un'unica impresa responsabile dell'infrazione costituisce comunque una facoltà e non un obbligo per la Commissione. Quando decide di avvalersene, per assicurare la certezza del diritto la Commissione non può determinare liberamente il rapporto esterno di solidarietà, e in particolare l'importo dell'ammenda di cui può esigere il pagamento integrale da ciascuno dei condebitori in solido, ma deve tener conto delle caratteristiche dell'impresa di cui trattasi quale era costituita durante il periodo in cui è stata commessa l'infrazione⁵⁰. Non spetta invece alla Commissione, ma ai giudici nazionali, determinare la quota dell'importo dovuta dai condebitori in solido nell'ambito del rapporto interno di solidarietà⁵¹.

⁴⁷ Corte di giustizia, 14 luglio 1972, 48/69, *Imperial Chemical Industries*.

⁴⁸ Corte di giustizia, 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano*.

⁴⁹ Corte di giustizia, 15 luglio 1970, 41/69, *ACF Chemiefarma*.

⁵⁰ Corte di giustizia, 10 aprile 2014, cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, *Siemens*. In particolare la Commissione, quando intende condannare in solido una controllata che ha commesso un'infrazione con ciascuna delle società controllanti con le quali essa ha formato in momenti successivi un'impresa distinta nel corso del periodo d'infrazione, deve fissare separatamente per ciascuna delle imprese in causa l'importo dell'ammenda che deve essere pagato in solido dalle società che ne fanno parte, in funzione della gravità dell'infrazione individualmente contestata a ciascuna impresa interessata e della sua durata; cfr. Corte di giustizia, 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva*.

⁵¹ Corte di giustizia, *Areva*, cit..

Nella prassi l'AGCM si è già avvalsa del potere di irrogare la sanzione in solido a più soggetti appartenenti al medesimo gruppo⁵². A fini di trasparenza, le Linee guida ricordano agli operatori l'esistenza di questo potere, richiamando implicitamente i presupposti del suo esercizio quali risultanti dalla giurisprudenza comunitaria sopra sintetizzata.

Il Direttore Generale

Micossi

⁵² Cfr. ad esempio il provvedimento n. 24680 del 10 dicembre 2013, caso I559B, in Bollettino AGCM n. 2/2014.