

Relazione illustrativa

Modifiche alla Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152 - Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/1990

Si illustrano nel seguito le principali modifiche che si propone di apportare con lo schema allegato alle “*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*”, adottate dall’Autorità con delibera del 22 ottobre 2014, n. 25152.

I. Premessa

In applicazione delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 185/2021 recante “*Attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno*” (Direttiva ECN+), è stato eliminato il riferimento alla “gravità” delle infrazioni quale presupposto per l’irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell’Autorità. Nella premessa, è stato specificato che nella redazione delle Linee Guida si è tenuto conto delle novità introdotte dalle modifiche legislative dettate dal citato d.lgs. n. 185/2021, dalla l. n. 118/2022, recante “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*”, oltre che dalla giurisprudenza in materia e della prassi decisionale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel corso dell’ultimo decennio.

Inoltre, si è precisato che l’Autorità intende esercitare il proprio potere sanzionatorio con particolare rigore nei casi di cartelli segreti, come definiti dall’articolo 15-bis, comma 2, della legge n. 287/1990, o comunque di fattispecie che sono idonee ad arrecare un serio pregiudizio al funzionamento del mercato a danno dei consumatori.

II. La determinazione della sanzione: l’importo di base

Il paragrafo 10, in attuazione delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 185/2021 all’art. 15, comma 1-bis, della l. n. 287/1990, è stato modificato nel senso che, qualora l’infrazione di un’associazione di imprese riguardi le attività dei suoi membri, il valore delle vendite corrisponderà in generale alla somma dei valori delle vendite direttamente o indirettamente realizzate dagli stessi.

Con riferimento alla sezione II.5, Collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, al paragrafo 18 è stata aggiunta la previsione secondo cui, nel caso in cui una o più gare oggetto di concertazione non siano aggiudicate alle parti dell'intesa, si considera come valore delle vendite l'offerta presentata dal partecipante che si sarebbe dovuto aggiudicare la gara secondo il disegno spartitorio, salvo che tale valore non sia attendibile o sufficientemente rappresentativo.

Tale specificazione, conforme alla prassi dell'Autorità, mira a uniformare il criterio di valutazione del valore delle vendite e risulta più favorevole per le parti che non si sono aggiudicate tutti i lotti previsti, per le quali dovrebbe altrimenti essere considerata la base d'asta (I796 - *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla pa nei programmi cofinanziati dall'UE*, 18 ottobre 2017; I846 - *Gare per la fornitura di vestiario professionale e accessori tecnici*, 1° marzo 2022). Si è inoltre prevista la possibilità, laddove opportuno, di ricorrere a criteri alternativi, ad esempio nel caso di offerte di comodo in cui il valore dell'offerta non è rappresentativo.

Sono state inserite la nota n. 6 che riporta il riferimento al valore da prendere in considerazione nell'ipotesi del subappalto e le note nn. 7 e 9 con la giurisprudenza di interesse più recente sul tema.

III. Adeguamenti dell'importo di base: circostanze aggravanti e circostanze attenuanti

Al paragrafo 20 è stata modificata la soglia di incidenza di ciascuna circostanza aggravante o attenuante considerata riducendola dal 15% al 10% e la percentuale complessiva attribuibile – sia nel caso di aumento che di riduzione della sanzione – dal 50% al 30%.

Al riguardo, si ritiene opportuno tenere conto di più ampi obiettivi di *policy* dell'Autorità nella lotta alle violazioni *hard core* quali i cartelli segreti e delle esigenze di coordinamento con la riduzione per i *leniency applicant* successivi al primo ai sensi della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni.

La modifica proposta consente infatti di assicurare che la riduzione massima complessivamente ottenibile in base alle circostanze attenuanti di cui al paragrafo 23 (30%) sia inferiore alla riduzione massima accordata alla prima impresa che ottiene la riduzione della sanzione (45% in base alla comunicazione che l'Autorità ha deliberato di sottoporre a consultazione pubblica in data 22 ottobre 2024), anche considerata la modifica alle Linee Guida sulla *compliance* descritta nel prossimo paragrafo.

Sul punto, le Linee Guida sulla *Compliance* antitrust (cfr. provvedimento n. 27356 del 25 settembre 2018) saranno riviste prevedendo anche in tale sede una soglia di riduzione massima della sanzione pari al 10%, in luogo del 15% di cui al testo vigente. Si allega in calce al testo un estratto delle possibili modifiche.

In particolare, potrebbero essere previsti i seguenti benefici:

- a) fino al 10%, nel caso di programmi adeguati adottati prima dell'avvio dell'istruttoria che abbiano funzionato efficacemente, permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima dell'avvio (mantenendo ferma la previsione secondo cui, nel caso sia applicabile l'istituto della clemenza, tale attenuante è riconosciuta solo qualora sia presentata istanza di *leniency*);
- b) fino al 5%, nel caso di programmi non manifestamente inadeguati adottati prima dell'avvio dell'istruttoria, a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento (ed entro sei mesi dall'apertura dell'istruttoria);
- c) nessuna attenuante per i programmi manifestamente inadeguati o per i programmi adottati *ex novo* dopo l'avvio dell'istruttoria.

In proposito l'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità in materia (cfr. Tar Lazio, I, 31 maggio 2018, n. 6080, confermato da Consiglio di Stato, VI, 11 luglio 2023, n. 6806), ritiene opportuno mantenere un incentivo alla *compliance* in termini di riduzione della sanzione solo con riferimento ai programmi adottati a prescindere dall'avvio di un procedimento istruttorio. Tale scelta esprime, infatti, una chiara volontà dell'impresa di mettersi in regola sotto il profilo del rispetto delle norme antitrust al fine di evitare in radice la commissione di possibili illeciti e non trovarsi dunque coinvolta in condotte anticoncorrenziali. Pertanto, la previsione di uno sconto risulta in linea con l'obiettivo di incentivare l'adozione di programmi di conformità per favorire lo sviluppo di una "*cultura della concorrenza*" all'interno delle imprese e, quindi, nel tessuto economico nazionale, a prescindere dall'attivazione di un intervento investigativo dell'Autorità.

Diversamente, tenuto anche conto del tempo trascorso dall'introduzione della disciplina in esame e della possibilità che le imprese hanno avuto di adottare programmi adeguati alla luce delle citate Linee Guida *Compliance*, l'Autorità ritiene opportuno escludere dal beneficio sanzionatorio i programmi manifestamente inadeguati o adottati *ex novo* dopo l'avvio dell'istruttoria. In tali ipotesi, con specifico riferimento alle fattispecie in cui è applicabile l'istituto della clemenza, la previsione di una simile riduzione, seppure limitata al 5%, risulta inoltre incidere sulla deterrenza delle sanzioni nelle ipotesi più gravi del diritto della concorrenza,

in cui l’Autorità intende esercitare il proprio potere sanzionatorio con particolare rigore.

La previsione di una riduzione della sanzione a fronte dell’adozione di programmi di *compliance* era intesa a promuovere una cultura della concorrenza in Italia tra le imprese; tale esigenza, dopo 10 anni di applicazione, risulta tuttavia affievolita e, come rilevato anche da altre autorità di concorrenza in misura peraltro più ampia¹, l’Autorità considera che la sua portata premiale possa essere conseguentemente ridotta.

Infine, al paragrafo 20, 4° rigo, dello schema di Linee Guida sanzioni è stato eliminato il riferimento a un valore “*inferiore*” al 10%, lasciando tale percentuale come valore massimo rispetto all’importo base; si è citata in nota la pronuncia del Consiglio di Stato che ha fatto espresso riferimento a tale valore come limite massimo (cfr. nota 11) ed è stata tolta la locuzione “*più o meno*”, lasciando il riferimento al valore complessivo massimo del 30%. Al paragrafo 22 è stata aggiornata la giurisprudenza citata alla nota n. 12.

Al paragrafo 24 si è modificata dal 50% al 45% la riduzione prevista nel caso del c.d. *amnesty plus*, ovvero nel caso in cui l’impresa fornisca informazioni ritenute decisive per l’accertamento di una infrazione diversa da quella oggetto del procedimento. Ciò al fine di uniformare la soglia in questione a quella prevista per la prima impresa che ottiene la riduzione della sanzione in applicazione del programma di clemenza (45% in base alla comunicazione che l’Autorità ha deliberato di sottoporre a consultazione pubblica in data 22 ottobre 2024).

IV. Altri adeguamenti a garanzia della proporzionalità e dell’effettiva deterrenza

La sez. IV non subisce modifiche di rilievo, se non l’inserimento al paragrafo 25 della nota che richiama la sentenza del Consiglio di Stato sul caso *Leadiant Biosciences/Farmaco per la cura della xantomatosi cerebrotendinea* (cfr. nota 13). Tale pronuncia, nel richiamare i principi generali espressi nelle Linee Guida dell’Autorità, si è soffermata in particolare sul rispetto del principio di proporzionalità della sanzione, ritenendolo nel caso di specie soddisfatto in quanto “*stati tenuti in considerazione gli altri provvedimenti adottati dalle autorità*

¹ Cfr. Linee guida del 10 febbraio 2012, Comunicato del 19 ottobre 2017 e Linee guida del 24 maggio 2022 in cui si rileva che, dopo 5 anni di implementazione della scriminante, l’adozione dei programmi di *compliance* si considera rientrante nella gestione societaria corrente e, pertanto, non viene più contemplata alcuna riduzione della sanzione per i programmi di conformità.

nazionali della concorrenza intervenute sulla medesima vicenda” (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 29 marzo 2024, n. 2967).

V. Concorso di più illeciti

La sez. V non subisce modifiche di rilievo.

VI. Massimo edittale

Nella sezione VI, paragrafo 29, è stato aggiornato il riferimento alla nuova numerazione dell'articolo 15, legge n. 287/1990, che disciplina ora la soglia del 10 per cento del fatturato al comma 1-*bis*.

Quanto alla base di calcolo su cui computare la soglia del 10% nel caso di gruppi di imprese, la giurisprudenza ha confermato la possibilità di considerare il fatturato consolidato della società controllante, solidalmente responsabile per la controllata, ai fini del calcolo massimo edittale (Consiglio di Stato, VI, n. 2929/2023).

Infine, nel paragrafo 29, seconda frase, è stata inserita la disciplina relativa alle associazioni di imprese, riprendendo la formulazione degli Orientamenti della Commissione europea per il calcolo delle ammende del 2006.

VII. Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni e procedura di transazione

Al par. 30 è stato aggiunto il riferimento alla possibilità di ridurre la sanzione, nei casi di procedura di transazione, in conformità alla “*Comunicazione relativa all'applicazione dell'articolo 14-quater della legge 10 ottobre 1990, n. 287*”.

VIII. Capacità contributiva

La sez. VIII è stata integrata aggiungendo, in tema di regime applicabile nel caso in cui un'associazione di imprese non risulti solvibile, il riferimento alla disciplina prevista dall'art. 15, comma 1-*ter* della legge n. 287/1990.

IX. Irrogazione della sanzione in solido

La sez. IX non subisce modifiche di rilievo.

X. Sanzione di importo simbolico

La sez. X non subisce modifiche di rilievo.

XI. Disposizioni finali e transitorie

Al par. 36 si è prevista l'applicazione delle linee guida ai procedimenti in corso, nei quali non sia stata notificata alle parti la comunicazione delle risultanze istruttorie.

LINEE GUIDA SULLA COMPLIANCE ANTITRUST

[ESTRATTO]

[...]

III. La richiesta di valutazione del programma ai fini dell'eventuale riconoscimento dell'attenuante

17. Come chiarito nelle Linee Guida sulle sanzioni, il trattamento premiale correlato all'adozione di un programma di *compliance* richiede di provare l'adozione e l'effettivo e concreto impegno al rispetto di un programma *adeguato*.

18. In particolare, l'Autorità ritiene meritevoli di considerazione sotto un profilo premiale esclusivamente i programmi di *compliance* non manifestamente inadeguati adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio (cfr. *infra* parr. 37 e ss.).

[...]

22. Sono valutabili, ai fini dell'eventuale attribuzione dell'attenuante, esclusivamente i programmi di *compliance* introdotti prima dell'avvio le cui modifiche siano adottate, attuate e trasmesse dalle Parti del procedimento entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria, atteso che la trasmissione in un momento successivo non consentirebbe all'Autorità di constatare la sussistenza di un serio e consolidato impegno della Parte ad adottare una politica aziendale di internalizzazione, diffusione e rispetto delle norme a tutela della concorrenza. ~~Analogamente, le eventuali modifiche ai programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio devono essere attuate e trasmesse dalle Parti entro tale termine.~~

L'adeguatezza del programma alla prevenzione degli illeciti antitrust

[...]

25. ~~Per i programmi adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, l~~a relazione illustrativa, insieme con la documentazione ad essa allegata, dovrà spiegare in dettaglio tutte le attività svolte per la sua effettiva implementazione, indicando per quali ragioni le iniziative applicative concretamente poste in essere siano da ritenere efficaci modalità di attuazione di un programma adeguato e, eventualmente, i mutamenti della condotta oggetto di indagine in applicazione del programma di *compliance*.

26. ~~Anche nel caso di programmi adottati dopo l'avvio del procedimento, la relazione illustrativa, insieme alla documentazione ad essa correlata, oltre alla descrizione del programma, dovrà fornire indicazioni circa le iniziative applicative già poste in essere per darvi esecuzione e gli esiti conseguiti.~~In particolare:

~~27. Infine,~~ se dopo l'avvio del procedimento l'impresa ha modificato il proprio programma di *compliance* per renderlo più efficace, la relazione illustrativa e la documentazione allegata dovrà chiarire: *i*) le caratteristiche del programma precedente; *ii*) le iniziative adottate per darvi esecuzione; *iii*) i miglioramenti apportati al programma e le ragioni della loro introduzione; *iv*) le iniziative adottate dall'impresa per dare esecuzione al nuovo programma dopo la sua introduzione e gli esiti - anche parziali - conseguiti. In questo caso, infatti, oggetto di apprezzamento da parte dell'Autorità potranno essere soprattutto i miglioramenti che l'impresa ha apportato a un programma che essa stessa ha ritenuto di modificare e l'impegno dimostrato nel dare esecuzione alle nuove misure di prevenzione di comportamenti anticompetitivi.

IV. Il trattamento premiale dei programmi di *compliance* antitrust adottati dopo l'avvio del procedimento istruttorio

~~28. Con specifico riferimento ai programmi adottati *ex novo* dopo l'avvio del procedimento istruttorio, salvo casi eccezionali, non sarà possibile attribuire una riduzione, a titolo di circostanza attenuante, in misura superiore al 5%.~~

~~29. Al fine di ottenere il beneficio dell'attenuante, non è sufficiente la mera approvazione del programma da parte dell'organo di gestione dell'impresa, ma è necessaria la fattiva e concreta attuazione dello stesso, in tempo utile perché la stessa sia valutata dall'Autorità nel corso del procedimento.~~

~~30. La quantificazione dell'attenuante è commisurata alla completezza e alla qualità del programma presentato (adeguatezza), ma anche alla maggiore o minore possibilità da parte dell'Autorità di verificare la fattiva, concreta e continuativa implementazione e attuazione del programma.~~

~~V~~.IV. Il trattamento premiale dei programmi di *compliance* adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio

Programmi efficaci

31. L'adozione di un programma di *compliance* adeguato ed efficace prima dell'avvio di un procedimento istruttorio da parte dell'Autorità rappresenta, in linea di principio, l'ipotesi maggiormente meritevole di considerazione sotto un profilo premiale.

32. I programmi di *compliance* adeguati che abbiano funzionato efficacemente permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio sono i candidati ideali al trattamento premiale più consistente, **fino al 150%** della sanzione da irrogare.

33. Nelle fattispecie in cui è applicabile l'istituto della clemenza, un'attenuante fino al **105%** per il programma pre-avvio può essere riconosciuta solo qualora, a seguito della scoperta dell'illecito, l'impresa o l'associazione di imprese presenti la domanda di clemenza prima che l'Autorità abbia condotto ispezioni in relazione alla medesima ipotesi collusiva (o comunque prima della notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria).

Programmi manifestamente inadeguati

34. Nessuna riduzione della sanzione può essere accordata per programmi preesistenti all'avvio dell'istruttoria che siano manifestamente inadeguati. ~~In tali circostanze, l'impresa può beneficiare di un potenziale trattamento premiale fino al 5% solo nel caso in cui presenti modifiche sostanziali al programma di *compliance* dopo l'avvio del procedimento istruttorio (ed entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria), in analogia con il trattamento premiale riconoscibile per la presentazione di un programma *ex novo*.~~

35. Si ritiene, a titolo esemplificativo, che siano indici di manifesta inadeguatezza del programma: *i*) gravi carenze del contenuto del programma di *compliance*; *ii*) l'assenza di elementi probatori dell'effettiva attuazione del programma; *iii*) il coinvolgimento nell'illecito dei vertici del *management* aziendale (*top management*).

36. Un programma di *compliance* è altresì da ritenersi manifestamente inadeguato se, in una fattispecie in cui è applicabile l'istituto della clemenza, un'impresa o un'associazione di imprese non provvede a porre termine all'infrazione e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di clemenza ai sensi dell'art. 15 comma 2-*bis* della legge n. 287/90 e della comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni.

Programmi non manifestamente inadeguati

37. I programmi di *compliance*, adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, che non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo tempestivamente la scoperta e la interruzione dell'illecito prima delle ispezioni da parte dell'Autorità – ma che non risultano manifestamente inadeguati possono beneficiare di un'attenuante **fino al 510%**, a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma di *compliance* e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento istruttorio (ed entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria).

[...]

VI.V. Impresa recidiva

41. ~~Nessuna~~ Un'attenuante ~~non superiore al 5%~~ potrà essere concessa a un'impresa recidiva, come definita dal punto 22 delle Linee Guida in materia di sanzioni, già dotata di un programma di *compliance* che sia coinvolta in un successivo procedimento, né qualora essa solo a fronte della presentazione di modifiche dello stesso dopo l'avvio del procedimento istruttorio.

~~42. Nessuna attenuante potrà essere concessa a un'impresa recidiva che~~ abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione *antitrust* ad esito di una precedente istruttoria per aver adottato un programma di *compliance*. Ciò anche nel caso di modifiche del programma apportate dopo l'avvio del procedimento.