

Poteri investigativi, sanzioni e leniency: cosa cambia

Federico Ghezzi
Università Bocconi

ASSONIME - AAI

I poteri delle autorità antitrust nazionali
e le garanzie: verso la direttiva ECN+

Roma - lunedì 20 novembre 2017

Schema dell'intervento

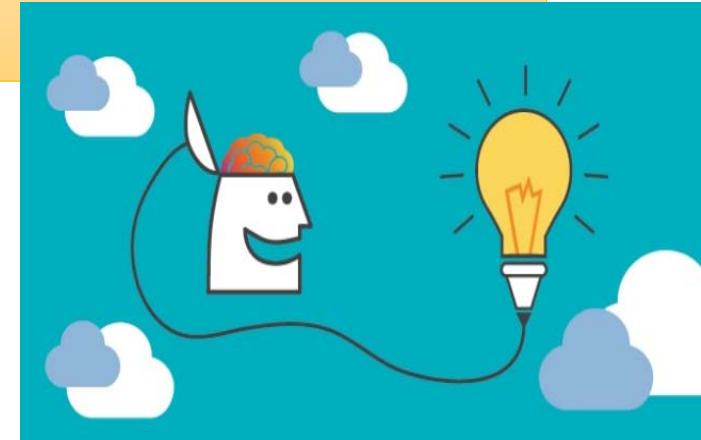


- ☐ Veloce panoramica della proposta di direttiva con riferimento ai poteri investigativi, sanzionatori e alla “leniency europea”.
- ☐ Approfondimento su come la proposta di direttiva disciplina i poteri sanzionatori e rimediali e sulle relevantissime conseguenze, in tema di enforcement e deterrenza, che il loro recepimento in sede nazionale potrebbe determinare.
- ☐ Secondo approfondimento relativo alle domande semplificate e al nuovo sistema di “esclusiva sequenziale” e ri-accentramento dei poteri in capo alla Commissione.
- ☐ Tanto rumore per nulla? I lavori del Parlamento europeo e del Consiglio e le proposte di “disintegrazione” del sistema sanzionatorio nelle bozze di rapporto delle competenti commissioni.

Alcune questioni preliminari

La proposta ha suscitato ampio interesse su:

- (i) il sistema delle garanzie e dunque l'equilibrio tra maggiori poteri e diritti delle parti oggetto di procedimento di fronte alle ANC; nonché
- (ii) i rischi di un recepimento duale delle nuove regole.



Gli **aspetti sostanziali** della proposta sono stati invece oggetto di scarso dibattito.

Eppure, la proposta incide fortemente sulle ANC non solo dei Paesi di recente adesione e meno attrezzati in punto di tutela della concorrenza e suo enforcement, ma anche – o bisognerebbe dire soprattutto – sulle **ANC degli SM maggiori**, le cui normative nazionali spesso risultano lacunose e i cui legislatori nazionali non hanno ritenuto necessari interventi correttivi.

Paradigmatico è il caso della **Germania** e delle carenze lamentate dal BKA, che peraltro, dopo anni di attesa ha visto infine il legislatore tedesco intervenire con decisione **dopo** la pubblicazione della proposta di direttiva, nel giugno 2017, per aggiornare il GBW in relazione ai poteri investigativi e sanzionatori (ad es. adeguando le nozioni di impresa e successione di impresa a quelle europee).

La logica dell'intervento: armonizzazione nella dissuasione

Obiettivo della direttiva non è tanto quello di una pur doverosa **armonizzazione**, atteso il funzionamento a rete delle autorità e la conseguente esigenza di assicurare un **level playing field** per tutte le parti in gioco, quanto piuttosto quello di dotare tutte le autorità della rete di poteri efficaci, allo scopo di **incrementare** il livello generale di **deterrenza**, agendo pertanto:

- ☐ sugli **strumenti** idonei a rendere più probabile l'**individuazione** e la **prova** delle infrazioni;
- ☐ sugli **strumenti sanzionatori** veri e propri;
- ☐ sugli **strumenti rimediali**, con particolare riferimento alla possibile imposizione di misure comportamentali e **strutturali**;
- ☐ infine sulle sanzioni volte a garantire l'**efficacia dei poteri** nel corso del **procedimento** e soprattutto il **pieno rispetto delle decisioni**.

Si tratta, peraltro, di **standard minimi**, che gli SM possono incrementare in termini di “rigore” applicativo, a dimostrazione di quale sia l'obiettivo preminente della proposta di direttiva.



Poteri investigativi

- Estensione esplicitata dei poteri di accertamento ai **supporti informatici**, nonché alle informazioni **accessibili** all'entità oggetto dell'accertamento;
- Possibilità che le ANC effettuino **accertamenti** anche in **altri locali**, compreso il **domicilio** di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese. Questi accertamenti sono sottoposti ad una triplice condizione: (a) presenza di ragionevoli motivi di sospettare che libri o documenti siano conservati in questi locali; (b) elementi di prova relativi a violazioni gravi; (c) autorizzazione del giudice;
- Nuovo sistema sanzionatorio per le violazioni in sede ispettiva in quanto, nel caso di violazioni relative ai poteri di accertamento, si prevede l'imposizione di ammende efficaci, proporzionate e dissuasive **in proporzione al loro fatturato totale**.



Sanzioni (riferimento alla singola unità economica)

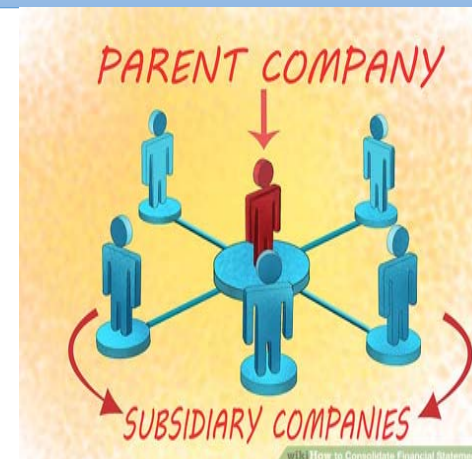
Norme europee e nazionali sovrapponibili; metodologie di calcolo della sanzione piuttosto omogenee ma ... sussiste una differenza sostanziale, legata alla nozione di impresa.

AGCM ha fatto raramente ricorso al concetto di **singola unità economica** (SEE), soprattutto ai fini della individuazione della soglia legale massima della sanzione, da rapportarsi al fatturato consolidato di gruppo a livello mondiale.

La proposta, specificato che per impresa deve intendersi qualsiasi entità che esercita un'attività economica ... in conformità della giurisprudenza della Corte di giustizia UE, aggiunge (art 12(3)) che gli **SM assicurano che si applichi la nozione di impresa ai fini dell'imposizione delle ammende alle società madri**" (cons. n. 31: la nozione di impresa si applica per stabilire la responsabilità di una società madre e infliggerle un'ammenda per sanzionare il comportamento di una delle sue controllate, qualora società madre e sua controllata rappresentino una SEE).

La SEE è inoltre applicabile anche nei casi di **successione di impresa**.

Il quadro è completato dalle disposizioni in tema di **cooperazione**, che dispongono modalità di reciproca collaborazione tra autorità in sede di esecuzione delle decisioni sanzionatorie quando l'impresa interessata non abbia sede nello SM.



Sanzioni (2) associazioni di imprese

Il secondo profilo di rilievo riguarda il modo di calcolo della **sanzione** nei confronti delle **associazioni di imprese**.

Il problema a livello nazionale consiste nella prassi «necessitata» di considerare quale fatturato rilevante dell'associazione la sommatoria delle quote contributive, rendendo l'applicazione delle sanzioni alle associazioni di imprese un atto quasi simbolico.

L'art. 14(2) della proposta stabilisce che qualora l'infrazione commessa riguardi l'attività dei suoi membri, **l'importo massimo dell'ammenda è fissato** ad un livello non inferiore al **10%** della somma dei **fatturati mondiali totali di ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa**, per poi stabilire l'ordine di «chiamata» concernente l'obbligazione debitoria in base al ruolo delle imprese nell'associazione e nell'infrazione.



Insieme per superare la crisi: Documento Unitario
delle Associazioni di categoria delle imprese

Il ripristino dello *status quo ante*: misure rimediali

Pur essendo riconducibile ai poteri decisionali, piuttosto che sanzionatori, merita un accenno l'art. 9, a mente del quale al fine di ottenere la cessazione della infrazione contestata, le autorità potranno **“imporre l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali proporzionati all'infrazione commessa e necessari a fare cessare effettivamente l'infrazione stessa”**.

Tali rimedi non sono contemplati nella normativa nazionale. L'AGCM ha sperimentato in taluni provvedimenti la possibilità di arricchire la diffida di un contenuto prescrittivo attraverso l'imposizione di siffatte misure; la giurisprudenza amministrativa, pur non escludendo la titolarità del potere di imporre rimedi comportamentali o strutturali, aveva sinora ritenuto illegittime le misure in concreto imposte.

L'esplicita previsione dei poteri di imporre misure rappresenta un passaggio importante, anche al fine di intervenire con maggiore decisione **laddove è l'ambiente** – ad es. il contesto collusivo dovuto a vincoli di tipo strutturale – **ad avere determinato o facilitato le infrazioni**. La mera sanzione non sarebbe infatti idonea ad affrontare e risolvere le cause o le concause della violazione.



Leniency

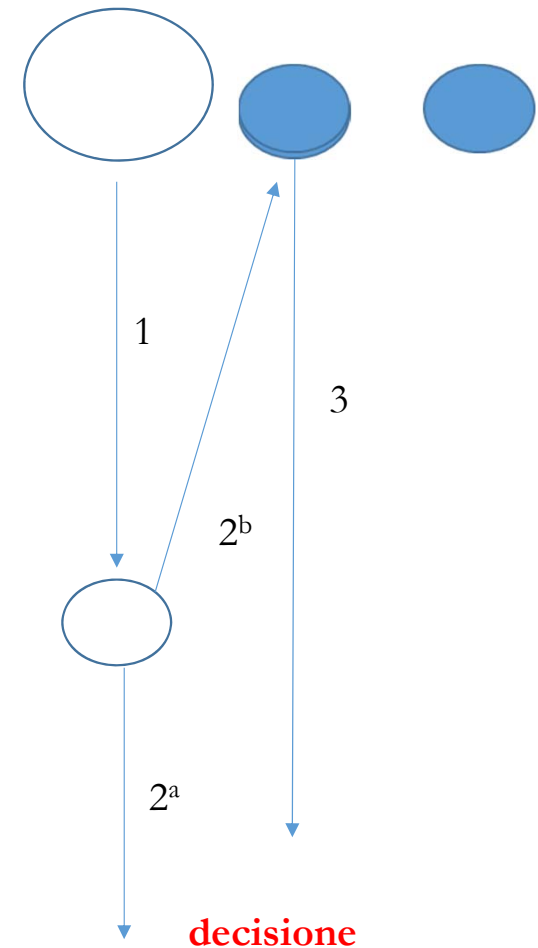
a) Volontà di avere un modello unitario, tanto che non si prevede un modello di armonizzazione minima, bensì norme di dettaglio non derogabili per gli SM.

b) Domande semplificate

Modifica alla impostazione attuale, dove vi è sì la possibilità di presentare una domanda principale alla Commissione e un fascio di domande semplificate negli SM ($V > 3$ SM), ma ciascuna domanda deve considerarsi indipendente, e di conseguenza le ANC possono chiedere ulteriori informazioni e forme di cooperazione alle imprese nonché richiedere all'impresa il completamento della domanda.

Sistema eccessivamente costoso che rischia di rendere impossibile un'efficace collaborazione. La proposta introduce una forma di notifica multipla a completamento sequenziale:


- (i) Presentazione domanda principale in Commissione e semplificate nei vari SM interessati;
- (ii) *Stand still clause* nei confronti delle ANC, che mentre la Commissione sta indagando su un caso a seguito di leniency, non possono effettuare richieste onerose alle imprese;
- (iii) Se e solo se la Commissione rinuncia ad intervenire, in generale o rispetto ad 1 territorio, chi ha presentato una domanda in forma semplificata è tenuto a trasformarla in domanda completa di fronte alla o alle ANC competenti.



Leniency (2): critiche

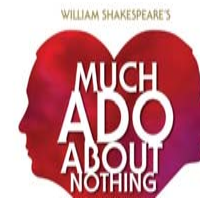
- (a) il sistema disegnato si avvicina, ma non costituisce uno “sportello unico”,
 - (b) rischia di disarmare le ANC rispetto a vicende che potrebbero essere loro più opportunamente affidate;
 - (c) amplia in modo eccessivo il ruolo della Commissione, incrinando il principio dell'autonomia nell'ambito delle competenze parallele postulato dal reg. 1/2003 e ribadito dalla Corte in *DHL Express*.
- Infatti, le imprese devono predisporre un fascio di domande e prepararsi a cooperare con una serie di ANC (ancorché si tratti solamente di eventualità che, in aggiunta, non si verificherebbe contemporaneamente);
- Si crea una sorta di competenza esclusiva «temporanea» in favore della Commissione, laddove i tempi non sono noti e dipendono solo dalla sua buona volontà/risorse a disposizione;
- la competenza della Commissione sorge ogni qualvolta sia presentata una domanda completa e non solo (come oggi) quando essa sia nella “posizione più idonea” ad intervenire (> 3 SM).

Rischio: Le indagini delle ANC sono bloccate dalla domanda presentata alla Commissione anche laddove esse fossero nella migliore posizione per intervenire (ad es. il cartello coinvolge soprattutto imprese di 1 SM) e avessero le risorse disponibili per esaminare immediatamente il caso.

Se la Commissione nicchia  pregiudizio alla lotta nei confronti dei cartelli, dato che un eccessivo allungamento dei tempi potrebbe rendere più difficoltoso il reperimento delle prove e l'applicazione di sanzioni (v. emendamenti).

Vista l'esperienza passata non è un rischio infondato. Tuttavia, è anche vero che la prassi era legata ad un sistema di competenze parallele non sequenziali. Nell'ambito del nuovo sistema potrebbe aversi un cambio di atteggiamento da parte della Commissione, così come determinarsi la previsione nuove e più strutturate forme di coordinamento nell'allocazione dei casi all'interno della Rete (vi sono anche emendamenti in questo senso).

Non siamo ancora giunti alla direttiva ma...



?

Vari *draft Reports* raccolgono emendamenti presentati da relatori e parlamentari membri dei Comitati sugli affari economici e monetari e sul mercato interno e la protezione dei consumatori (A. Schwab e E. Maydel). Anche i lavori del Consiglio proseguono.

I rapporti prevedono maggiori e più esplicite garanzie per le parti, ed introducono correttivi ragionevoli (SME, compensazione a seguito di settlement) ma molti emendamenti, soprattutto della maggioranza, sembrano **orientati a disintegrare la proposta di direttiva**, che avrebbe dunque il solo effetto di introdurre una **armonizzazione al ribasso** sul piano dei poteri di enforcement.

Questo vale sia per i poteri investigativi, sia per le sanzioni. Tra gli emendamenti del Relatore e del suo gruppo:

Non bisognerebbe più fare riferimento alla soglia legale massima dal 10% del fatturato mondiale (della SEE) (soglia che nella proposta di Direttiva sarebbe modificabile in aumento) ma al **10% del fatturato rilevante (non ulteriormente incrementabile per ragioni di uniformità) dell'impresa**. Altri emendamenti della maggioranza propongono di eliminare le **disposizioni in materia di sanzioni alle associazioni**, nonché il riferimento alla nozione di **singola unità economica** al fine del calcolo del limite superiore della sanzione (e successione).

Se così fosse, non resterebbe che dire....



Peraltro, come si giustificano norme europee più severe ?

Vi ringrazio per l'attenzione

FEDERICO GHEZZI – BARBARA MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di Rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, che può leggersi, in versione *preprint*, su <https://unibocconi.academia.edu/FedericoGhezzi>

ed è in corso di stampa, nella sua versione definitiva, nell'ultimo fascicolo della *Rivista italiana di diritto comunitario*, 2017.