31 gennaio 2025

# OSSERVAZIONI DELL'ASSOCIAZIONE ANTITRUST ITALIANA ALLO SCHEMA DI 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

Lo scorso 12 novembre 2024, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (l'"Autorità") ha deliberato di avviare una consultazione pubblica sulla bozza (la "Bozza") di nuove "*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*" (le "Linee Guida").

L'Associazione Antitrust Italiana ("AAI") esprime il suo apprezzamento per l'opportunità data alle imprese, professionisti e altri soggetti interessati di contribuire allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'Autorità in un'ottica di trasparenza e prevedibilità del diritto.

A nome dei suoi associati, l'AAI desidera quindi fornire il proprio contributo alla presente consultazione, in continuità con lo spirito di collaborazione già dimostrato in occasione della precedente consultazione pubblica indetta nel 2014 in occasione dell'adozione delle Linee Guida e di altre più recenti consultazioni pubbliche avviate da codesta Spett.le Autorità.

L'AAI auspica che l'Autorità prenda in considerazione le presenti osservazioni in merito alla Bozza al fine di promuovere l'applicazione di un impianto sanzionatorio il più sostenibile, trasparente e proporzionato possibile, a beneficio di tutti operatori economici soggetti all'applicazione delle regole di concorrenza.

## OSSERVAZIONI ALLA BOZZA

Preliminarmente, l'AAI osserva come la Bozza abbia il pregio di aggiornare le attuali Linee Guida, consolidando gli sviluppi normativi e giurisprudenziali intervenuti negli ultimi anni. Sotto questo profilo, si tratta di una iniziativa certamente meritevole, che restituisce a questo documento la sua utilità di strumento utile per tutti gli operatori che si confrontano con l'applicazione del diritto della concorrenza da parte di codesta Autorità. Tanto premesso, le osservazioni alla Bozza non sono molte, ma su alcuni, limitati, profili si auspicano comunque le modifiche che seguono.

### 1. *Questioni attinenti alla determinazione dell'importo base della sanzione*

La Bozza modifica il valore delle vendite rilevante per determinare l'importo base della sanzione con riferimento a infrazioni realizzate: (i) da associazioni di imprese (sez. 2.1) o (ii) nel contesto della partecipazione a procedure di gare di appalti pubblici (sez. 2.2).

**Associazione Antitrust Italiana**
Via delle Quattro Fontane, 20 – 00184 Roma
segreteria@associazioneantitrustitaliana.it – www.associazioneantitrustitaliana.it
C.F. 97513640587 – Partita Iva 11395031005

### *1.1 Il valore delle vendite in caso di infrazioni commesse da associazioni di imprese (§10)*

In primo luogo, merita attenzione il forte inasprimento del regime sanzionatorio per le associazioni di imprese che abbiano commesso infrazioni che "*riguardi*[no] *le attività dei* [suoi] *membri*" (Bozza, §10), ossia nella quasi totalità dei casi.

La versione attuale delle Linee Guida fa riferimento al criterio del "*valore complessivo dei contributi associativi versati dai membri dell'associazione*" per determinare il valore delle vendite di una associazione di imprese. L'applicazione di tale criterio ha inevitabilmente determinato una prassi sanzionatoria mite nei confronti di tali soggetti.

Il §10 della Bozza prevede di modificare tale criterio, facendo coincidere "*in generale*" il "valore delle vendite" di una associazione di imprese con la "*somma dei valori delle vendite direttamente o indirettamente realizzate da*[i]" membri dell'associazione responsabile dell'infrazione.

Condividiamo il fatto che, come riportato nella Relazione illustrativa (p. 1) alla Bozza, questa modifica sia giustificata in virtù delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 185/2021 alla legge n. 287/1990. In particolare, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 15 della legge n. 287/1990 prevede, per i casi in cui l'infrazione sia commessa da un'associazione di imprese e riguardi le attività dei suoi membri, l'applicazione di una sanzione "*fino al 10 per cento della somma dei fatturati totali a livello mondiale* [...] *di ciascun membro* [dell'associazione di imprese] *operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione*". Si è così allineata la disciplina nazionale a quella degli "*Orientamenti per il calcolo delle ammende*" della Commissione europea del 2006[1] e alla giurisprudenza amministrativa nazionale che, nel frattempo, aveva avallato la scelta dell'Autorità di allineare la propria prassi a quella della Commissione[2].

D'altra parte, segnaliamo che la Bozza non tiene conto del "correttivo" caldeggiato dalla Direttiva (UE) 2019/1 c.d. ECN+ ("Direttiva ECN+") per mitigare le sanzioni irrogate alle associazioni di imprese, ai sensi del quale "*quando è irrogata un'ammenda non soltanto all'associazione ma anche ai suoi membri, il fatturato dei membri a cui è imposta l'ammenda non dovrebbe essere preso in considerazione nel calcolo dell'ammenda dell'associazione*" (enfasi aggiunta).

Per quanto un simile temperamento alla disciplina sanzionatoria delle associazioni di imprese non sia stata accolto in occasione della riforma della legge n. 287/1990, **l'AAI auspica che le Linee Guida recepiscano questo correttivo, prevedendo che, nel caso in cui sia irrogata un'ammenda sia all'associazione che ai suoi membri, sia escluso il fatturato dei membri a cui è imposta l'ammenda nel calcolo dell'ammenda dell'associazione**. Peraltro, in assenza di tale previsione, vi sarebbe il rischio che il cumulo di sanzioni (quella imposta

---

[1] Commissione europea, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) 1/2003, pubblicati in GU C 210 del 1 settembre 2006, pp. 2 ss., §14.

[2] Cfr. sentenze del Consiglio di Stato nn. 2005/2019 (§4), 1794/2019 (§9.2.3) e 1797/2019 (§5.1).

all'associazione e quelle imposte ai singoli membri) ecceda per le imprese associate il limite del massimo edittale del 10% del fatturato.

### *1.2 Il valore delle vendite in caso di collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici (§18)*

Il §18 della Bozza prevede che, "*nel caso in cui una o più gare oggetto di concertazione siano aggiudicate a soggetti diversi dalle parti dell'intesa*", il valore delle vendite debba coincidere con "*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*" (enfasi aggiunta).

Pur convenendo con l'Autorità che tale nuovo criterio "*risulta più favorevole per le parti che non si sono aggiudicate tutti i lotti previsti*"[3], l'AAI osserva che il §18 delle Bozza aggiunge una componente di incertezza (non giustificata alla luce della sentenza del Consiglio di Stato citata nella Bozza[4]), prevedendo che l'Autorità *possa* utilizzare un (non meglio precisato) criterio alternativo nel caso in cui il valore dell'offerta presentata "*non sia attendibile o sufficientemente rappresentativo*". A tenore della Relazione illustrativa, tale eccezione offre all'Autorità "*la possibilità, laddove opportuno, di ricorrere a criteri alternativi*" (p. 2).

Per superare l'evidente indeterminatezza e imprevedibilità di esito che il ricorso a tale eccezione comporterebbe, **l'AAI auspica che l'indicazione contenuta nelle nuove linee guida sia coerente con quando indicato dal Consiglio di Stato nella predetta sentenza o, quantomeno, l'introduzione di indicazioni puntuali tanto in merito ai presupposti (*i.e.*, inattendibilità o scarsa rappresentatività dell'offerta presentata), quanto ai criteri alternativi che troverebbero applicazione nella specie**.

### *1.3 La percentuale del valore delle vendite in funzione della gravità dell'infrazione*

L'adozione di nuove Linee Guida dovrebbe essere un'occasione per valorizzare la peculiare condizione delle imprese c.d. monoprodotto, per le quali il "*valore delle vendite*" e il "*fatturato realizzato*" di fatto coincidono.

---

[3] Cfr. Relazione illustrativa, p. 2; cfr. anche provvedimento 12 dicembre 2018, n. 27464, I796 – *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA*.

[4] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze del 6 ottobre 2020, nn. 5900, 5898, 5897, 5899, *Servizi di supporto e assistenza tecnica alla PA*. In particolare, al par. 9 di detta sentenza il Consiglio di Stato si è limitato ad affermare che "[i]*l punto 18 delle Linee Guida prevede che, con riferimento alla collusione nell'ambito di procedure di gare di appalti pubblici, "in linea di principio (il valore delle vendite) corrisponde, per ciascuna impresa partecipante alla pratica concertativa, agli importi oggetto di aggiudicazione o posti a base d'asta in caso di assenza di aggiudicazione". Nel caso in esame, l'Autorità, considerando unitariamente il* network *e ponendo la sanzione a carico solidale delle società consorelle, ha fatto coerentemente riferimento al "valore dell'offerta effettuata dalla parte che, sulla base del disegno spartitorio, si sarebbe dovuta aggiudicare il lotto", specificando altresì che "tale soluzione, che uniforma il criterio di valutazione del valore delle vendite, appare ... più favorevole per le parti che non si sono aggiudicate tutti i lotti previsti, rispetto al considerare per loro, quale valore di riferimento, la base d'asta*".

Come già osservato dall'AAI in occasione della consultazione pubblica del 2014[5], l'applicazione "*di regola*" di un coefficiente di gravità "*non inferiore al 15%*" per accordi orizzontali segreti di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione[6] comporta di norma per le imprese monoprodotto una sanzione pari al limite edittale del 10% del "*fatturato realizzato*" previsto dall'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90, a prescindere dalla effettiva gravità dell'infrazione (ed eventuali attenuanti).

A livello europeo, la Commissione europea ha pertanto omesso di indicare un'esatta percentuale del valore delle vendite da considerare per gli accordi orizzontali segreti, limitandosi, piuttosto, a far riferimento a una proporzione del valore delle vendite che "*si situerà sui valori più alti previsti*"[7].

Per giunta, la giurisprudenza ha ribadito che la *ratio* del limite edittale del 10% è quella di proteggere l'integrità e la vitalità delle imprese sanzionate[8], e i nostri giudici amministrativi hanno precisato che tale esigenza vale in particolar modo per le imprese monoprodotto[9]. Da ultimo, il Consiglio di Stato ha recentemente censurato l'operato dell'Autorità, dato che "*lo scarto esistente fra il minimo valore percentuale del 15% del coefficiente* [di gravità] *e il massimo valore percentuale del tetto imposto dalla norma nel 10%,* [aveva determinato] *nel concreto un appiattimento della sanzione su quest'ultimo valore frustrando la ratio della*

---

5 Cfr. Osservazioni dell'AAI in risposta alla consultazione indetta dall'Autorità in data 15 maggio 2014, "*Comunicazione pubblica sulle Linee Guida relative alle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in materia di concorrenza*", §7.

6 Cfr. Linee Guida, §12.

7 Cfr. Commissione europea, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, §23.

8 Cfr. Corte di Giustizia, da C-189/02 P a C-213/02 P, *Dansk Rørindustri*: "[il] *limite massimo ha quindi uno scopo distinto ed autonomo rispetto a quello dei criteri della gravità e della durata dell'infrazione. Il suo unico effetto consiste nella possibilità che l'importo dell'ammenda calcolato sulla base di tali criteri sia ridotto fino al livello massimo autorizzato. La sua applicazione implica che l'impresa interessata non paghi l'ammenda che, in linea di principio, sarebbe dovuta in forza di una valutazione fondata sui detti criteri*" e pertanto "[s]*e al termine del calcolo si verifica che l'importo finale dell'ammenda deve essere ridotto nella misura in cui esso supera* [il] *limite massimo, il fatto che alcuni fattori quali la gravità e la durata dell'infrazione non si ripercuotano realmente sull'importo dell'ammenda inflitta è solo una mera conseguenza dell'adeguamento del detto importo finale a tale limite massimo*" (§§ 279-283, enfasi aggiunta). Cfr. anche TAR Lazio, 8677/2013, *Fallimento San Marco*, § 2.3, secondo cui la finalità del massimo edittale del 10% è quella di evitare che l'importo di una sanzione "*possa essere economicamente insostenibile per l'impresa colpevole*", così da tutelare "*undertakings against excessive fines which could destroy them commercially*" (Tribunale UE, da T-71/03 a T-91/03, *Tokai Carbon*, cit., § 389, enfasi aggiunta).

9 Cfr. TAR Lazio, sentenza dell'8 giugno 2016, n. 8930, *Superbeton*: "*la predetta garanzia opererà in modo più incisivo, stante la tendenziale coincidenza fra fatturato specifico e generale e - quindi - la tendenziale automatica riduzione della sanzione massima applicabile al 10% del fatturato specifico, oltreché del fatturato generale, configurandosi in tal modo, a giudizio del Collegio, una fattispecie di favore per la c.d. impresa monoprodotto*" (§20, enfasi aggiunta).

*disciplina di settore* […] *astrattamente improntata ad una differenziazione della sanzione in funzione delle specificità delle condotte e dei ruoli imputabili a ciascun singolo operatore*"[10].

**L'AAI auspica quindi che l'Autorità precisi che la percentuale del valore delle vendite da considerare nell'ipotesi di accordi orizzontali segreti non sarà di regola inferiore al 15%, "*fatta eccezione per le imprese monoprodotto*".**

## *2. Adeguamenti dell'importo base: circostanze aggravanti e circostanze attenuanti*

### *2.1 Limiti all'incidenza individuale e/o complessiva delle circostanze (§20)*

Il §20 della Bozza restringe la discrezionalità dell'Autorità nel valutare l'incidenza individuale e complessiva di eventuali circostanze aggravanti e/o attenuanti. "*Di regola*", a fronte di ciascuna delle circostanze rilevanti, l'Autorità potrà aumentare o ridurre l'importo di base al massimo del 10% (e non più del 15% come previsto dalle attuali Linee Guida), mentre l'incidenza *complessiva* attribuita a circostanze concorrenti comporterà un aumento o una riduzione totale dell'importo di base fino a un massimo di 30% (e non più al 50%).

L'AAI ritiene tuttavia importante che l'Autorità continui ad esercitare in maniera flessibile il proprio potere sanzionatorio per tenere conto delle peculiarità di un determinato caso. Peraltro, l'ulteriore limitazione dell'incidenza individuale e complessiva delle circostanze attenuanti porterebbe a un inasprimento, non sempre giustificato, del regime sanzionatorio globale. **L'AAI ritiene opportuno quindi eliminare la locuzione avverbiale "*di regola*" e integrare il §20 con il seguente testo: "*Resta inteso che l'Autorità potrà tener conto delle peculiarità della fattispecie specifica e della condotta delle imprese riconoscendo riduzioni anche superiori ai limiti massimi indicati* supra".**

### *2.2 La circostanza attenuante relativa all'adozione di un programma di compliance*

L'Autorità intende modificare le *Linee Guida sulla Compliance antitrust* in relazione alle soglie di sconto per la circostanza attenuante relativa ai *programmi di compliance* "*adottati prima dell'avvio dell'istruttoria*" (Relazione illustrativa, p. 3, enfasi aggiunta):

(a) quando il programma di *compliance* sia "*adeguato*" e abbia "*funzionato efficacemente*" l'Autorità potrà ridurre la sanzione "*fino al 10%*" (in luogo del 15% previsto attualmente);

(b) quando invece il *programma di* compliance non sia "*manifestamente inadeguat*[o]" e l'impresa lo "*integri adeguatamente* […] *e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento (ed entro 6 mesi dall'apertura dell'istruttoria)*", l'Autorità potrà concedere una riduzione della sanzione "*fino al 5%*" (in luogo del 10% previsto attualmente).

---

[10] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenze del 13 gennaio 2023, nn. 461 e 462 (§7.6); del 19 gennaio 2023, n. 671 (§5.3.4); del 20 gennaio 2023, nn, 688 (§5.3.5), 689 (§8.7), 690 e 691 (§5.4.6); del 27 gennaio 2023, nn. 938, 941, 951 (§7.6) e 949; del 2 febbraio 2023, n. 1159 (§7.6); del 1 marzo 2023, nn. 2117 e 2118 (§26); del 20 marzo 2023, n. 2823 (§5.5); del 22 marzo 2023, nn. 2906 (§6.5) e 2929 (§7.5), I805 – *Prezzi del cartone ondulato*.

D'altra parte, l'Autorità intende eliminare la possibilità di prevedere uno sconto per i programmi di *compliance* adottati *ex novo* dopo l'avvio dell'istruttoria o per i programmi già esistenti ma "*manifestamente inadeguati*" che siano stati migliorati dopo l'avvio dell'istruttoria.

L'AAI osserva che la scelta dell'Autorità di non prevedere alcuna circostanza attenuante per i *programmi di compliance post factum* eliminerebbe l'incentivo adottare, seppur in una fase successiva all'apertura dell'istruttoria, un comportamento comunque desiderabile in ottica di *public enforcement.* Si è consci del fatto che sono ormai trascorsi dieci anni dall'introduzione della *compliance*, ma non si concorda sul fatto che lo scopo di promuovere una cultura della concorrenza in Italia tra le imprese di rispetto della normativa a tutela della concorrenza e generale diffusione della cultura antitrust all'interno dell'azienda (per cui era stata a suo tempo prevista l'attenuante) possa essere oggi considerato venuto meno. Ciò potrebbe essere particolarmente valido nel caso di piccole-medie dimensioni (che, per la limitatezza delle risorse e strutture organizzative, hanno inevitabilmente una minor propensione e capacità di dotarsi preventivamente di un *programma di compliance*). **Pertanto, l'AAI auspica che l'Autorità mantenga la previsione contenuta nelle attuali *Linee Guida sulla Compliance* circa la possibilità di concedere una circostanza attenuante anche per i programmi di *compliance* adottati *ex novo* o migliorati successivamente all'avvio dell'istruttoria.**

### *3. Capacità contributiva (§31)*

Da ultimo, sempre con riferimento alle infrazioni realizzate da associazioni di imprese, nel caso in cui sia comminata una sanzione che tiene conto dei fatturati dei suoi membri e l'associazione non sia solvibile, il §31 della Bozza fa rinvio all'art. 15, comma 1-*ter*, della legge n. 287/1990, che prevede la responsabilità solidale dei membri.

Anche in questo caso, l'AAI **auspica che la Bozza recepisca l'importante correttivo indicato nel considerando 48 della Direttiva ECN+, che suggerisce di "*tener conto della dimensione relativa delle imprese appartenenti all'associazione e, in particolare, della situazione delle piccole e medie imprese*"**.