

SANZIONI ANTITRUST E *LENIENCY PROGRAMME* IN ITALIA

Prime riflessioni a margine della
Comunicazione dell'AGCM sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi
dell'art. 15 della Legge n. 287/1990.

INTRODUZIONE

Dal febbraio 2007, anche l'Italia si è dotata di un proprio "Programma di clemenza" (di seguito il "Programma di clemenza" o "*leniency programme*").

In analogia con il *leniency programme* vigente nel sistema *antitrust* comunitario sin dal 1996, il Programma di clemenza italiano prevede la concessione dell'immunità dalle sanzioni, o forti riduzioni delle stesse, per le imprese che collaborino con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") nella scoperta e nell'accertamento delle infrazioni alle regole di concorrenza.

Il *leniency programme* costituisce una novità di indubbio rilievo per tutti gli operatori economici attivi in Italia. Per quanto si dirà, esso introduce la possibilità, per le imprese che siano parti di intese restrittive della concorrenza (aventi per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato e la fissazione dei prezzi), di collaborare all'attività di indagine e alla repressione dei comportamenti anticoncorrenziali in un quadro regolamentare espressamente creato a tale scopo.

CONTESTO NORMATIVO DEL PROGRAMMA DI CLEMENZA ITALIANO

Il modello ispiratore del programma di clemenza italiano è rappresentato dalla "*Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra*

imprese", da ultimo aggiornato nel 2006 (di seguito, la "Comunicazione comunitaria"), nonché dal *Model Leniency Programme* adottato dall'*European Competition Network* (ECN) nel settembre dello stesso anno.

L'allineamento dell'Italia agli *standard* europei in materia di programmi di clemenza è intervenuto in occasione dell'adozione del cd. "*pacchetto Bersani*" (d.l. 4 luglio n. 223), che ha introdotto l'art. 15-bis della L. 287/1990.

Tale norma ha rimesso ad un provvedimento generale dell'AGCM la definizione dei casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria possa essere non applicata ovvero ridotta "*nelle fattispecie previste dal diritto comunitario*" ed "*in conformità all'ordinamento comunitario*".

In attuazione di tale disposizione, l'AGCM ha adottato la "*Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'art. 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*" con provvedimento n. 16472 del 15 febbraio 2007 (di seguito, la "Comunicazione italiana" o "Comunicazione del 2007").

DISCIPLINA SANZIONATORIA DELLE INTESE AI SENSI DELLA L. 287/1990 E NOVITA' INTERVENUTE CON LA COMUNICAZIONE DEL 2007

Ai sensi dell'art. 15 della L. 287/1990, l'AGCM può generalmente disporre, nei confronti dell'impresa partecipante alle intese più gravi, una sanzione

amministrativa pecuniaria che può giungere sino al 10% del suo fatturato.

Anche anteriormente all'introduzione del Programma di clemenza, riduzioni delle sanzioni così disposte erano già ben possibili nell'ordinamento *antitrust* italiano, ai sensi della L. 689/81, la quale consente all'AGCM di applicare alcune attenuanti all'impresa autrice della violazione accertata (si veda l'art. 11 della L. 689/1981).

Inoltre, occorre ricordare che l'art. 15 della L. 287/1990 è stato modificato dalla L. 57/2001, la quale ha eliminato la previsione di un limite minimo per la sanzione pecuniaria: proprio tale modifica si ritiene abbia aperto la strada alla non irrogazione della sanzione in favore delle imprese che collaborino con l'AGCM nel corso delle indagini *antitrust*.

Peraltro, già nel 1997, (provvedimento n. 5161, 26 giugno 1997) l'AGCM aveva stabilito di non irrogare alcuna sanzione pecuniaria ad un'impresa che aveva fornito ampia collaborazione nell'ambito del procedimento.

In tale quadro generale, si inserisce il nuovo Programma di clemenza italiano, il quale, tuttavia, si applica esclusivamente alle violazioni *hardcore*, ossia alle intese orizzontali (tra concorrenti) segrete, aventi per oggetto o per effetto la ripartizione del mercato e la fissazione dei prezzi. Il campo di applicazione del Programma di clemenza è, quindi, più ristretto rispetto a quello oggetto del "regime generale" in materia di sanzioni, definito dal citato art. 15 della L. 287/1990.

Le imprese che saranno parte di un cartello orizzontale segreto – oggetto del Programma di clemenza – potranno dunque beneficiare, oltre che dell'applicazione delle attenuanti di cui alla L. 689/1981, anche di ulteriori sconti di pena ovvero dell'immunità dalla sanzione pecuniaria conseguente all'eventuale accoglimento della domanda di clemenza.

TRATTAMENTI DI FAVORE INTRODOTTI DAL PROGRAMMA DI CLEMENZA: NON IMPOSIZIONE E RIDUZIONI DELLA SANZIONE

Il Programma di clemenza prevede una graduazione degli sconti, ordinata sulla base della tempestività e dell'incisività della collaborazione offerta all'AGCM dalle imprese "pentite".

L'immunità dalla sanzione è riservata esclusivamente all'impresa che per prima fornisce spontaneamente

all'AGCM "*informazioni*" o "*prove documentali*" decisive per l'accertamento dell'infrazione, di cui l'Autorità già non disponga.

Alle imprese che forniranno all'Autorità evidenze che rafforzino in misura significativa l'impianto probatorio a disposizione dell'AGCM, potrà essere applicata una riduzione della sanzione pecuniaria in misura "*di regola non superiore al 50%*".

Perché l'impresa possa essere ammessa ai benefici del Programma di clemenza, dovrà rispettare, per tutto il corso del procedimento, le seguenti condizioni:

- a dovrà porre fine alla propria partecipazione all'intesa immediatamente dopo aver presentato domanda di trattamento favorevole, salvo che l'AGCM non autorizzi diversamente al fine di non pregiudicare l'indagine;
- b dovrà cooperare con l'Autorità in modo completo e continuativo per l'intera durata del procedimento istruttorio;
- c non dovrà informare alcuno di questa sua intenzione, ad eccezione di altre autorità di concorrenza.

REGOLE DI PROCEDURA

Prima fase: presentazione della domanda

L'impresa che intende beneficiare del trattamento di favore deve presentare all'Autorità una domanda corredata dalle informazioni e dai documenti rilevanti. A fronte della richiesta, l'Autorità rilascia un'attestazione comprovante la data e l'ora della ricezione.

In punto di competenza, nell'ipotesi in cui uno o più accordi o pratiche concordate qualificabili come intese incidano sulla concorrenza in più di tre Stati membri, la Commissione europea è considerata "*nella posizione più idonea per la trattazione del caso e la conduzione del procedimento*". In tal caso, l'impresa che richiede o è in procinto di richiedere in sede comunitaria l'immunità dalla sanzione, può limitarsi a presentare all'AGCM una domanda in forma semplificata, qualora ritenga che anche l'Autorità sia in una posizione idonea per intervenire nella fattispecie.

Seconda fase: valutazione della domanda

Qualora l'impresa abbia richiesto l'immunità dalla sanzione, l'AGCM provvede con le seguenti modalità:

- se ritiene sussistenti i presupposti, accoglie la domanda dell'impresa con decisione condizionata al rispetto delle obbligazioni costituenti presupposti comuni ai trattamenti di favore;
- qualora l'Autorità non ritenga di poter concedere il beneficio della non applicazione delle sanzioni, l'impresa può richiedere che la propria posizione sia valutata dall'AGCM ai fini di una riduzione della sanzione.

Nel caso in cui l'impresa presenti domanda diretta ad ottenere la riduzione dell'ammenda, l'Autorità provvede nel modo seguente:

- se ne sussistono i presupposti, comunica all'impresa l'esito delle proprie valutazioni e accoglie la domanda subordinandola al rispetto delle condizioni indicate in precedenza;
- nell'ipotesi in cui l'Autorità giudichi insussistenti i presupposti di legge, l'impresa può ritirare gli elementi di prova trasmessi all'AGCM in sede di presentazione della domanda di clemenza.

Sia nel caso di immunità dalle sanzioni che nel caso di riduzioni delle medesime, vale la regola per la quale l'inottemperanza alle obbligazioni costituenti presupposti comuni ai trattamenti di favore, anche se successiva all'accoglimento della domanda con decisione condizionata, determina la decadenza per l'impresa da ogni beneficio previsto dal Programma di clemenza.

CASI DI APPLICAZIONE DEL PROGRAMMA DI CLEMENZA

Fino ad oggi, l'Autorità ha fatto applicazione del Programma di clemenza unicamente in un'intesa intercorsa tra nove imprese attive nel mercato dei pannelli truciolati (ci si riferisce al provvedimento n. 1649, 17 maggio 2007). In tale occasione, l'Autorità ha esentato dalla sanzione un membro del cartello ed ha concesso uno sconto paritario del 30% della sanzione ad altre imprese che hanno collaborato con l'AGCM nel corso dell'istruttoria.

L'immunità è stata riservata esclusivamente a quella impresa che ha giocato un ruolo determinante sia ai fini dell'apertura dell'istruttoria che nel corso del procedimento.

Gli sconti di pena nei confronti delle altre imprese sono stati giustificati, invece, in ragione della collaborazione dalle stesse prestate solo in un momento successivo, ovvero ad istruttoria già aperta.

VALUTAZIONE DEL PROGRAMMA DI CLEMENZA ALLA LUCE DEL CONTESTO COMUNITARIO – ASPETTI CRITICI

Il naturale punto di riferimento per valutare l'efficacia e la validità del Programma di non imposizione e riduzione delle sanzioni approvato dall'AGCM è costituito dalla disciplina comunitaria sulla *leniency*.

Sebbene ricalchi la Comunicazione comunitaria, la Comunicazione italiana si discosta da tale modello in alcuni punti fondamentali, indicati nel seguito.

Graduazione delle sanzioni applicabili

Con riferimento alle ipotesi di riduzione della sanzione, la Comunicazione della Commissione prevede un sistema graduale per la concessione del beneficio della riduzione, a seconda che l'impresa che abbia fornito il "*valore aggiunto*", significativo rispetto agli elementi probatori già in possesso della Commissione, sia, nell'ordine, la prima impresa, la seconda impresa o, in terza istanza, le successive imprese. Alla prima impresa che presenta domanda di riduzione della sanzione si applicherà una riduzione compresa tra il 30% e il 50%, alla seconda una riduzione compresa tra il 20% e il 30%, alle altre, riduzioni non superiori al 20%.

Sul punto, si registra un'evidente differenza tra la Comunicazione comunitaria e la Comunicazione italiana. Solo la prima, infatti, introduce delle forcelle di sconto condizionate esclusivamente dalla tempestività della domanda.

La Comunicazione italiana, invece, rimettendo alla esclusiva discrezionalità dell'AGCM lo sconto della sanzione "*di regola non superiore al 50%*", solleva un triplice ordine di problematiche che attengono: (i) al rischio di contrattazioni esasperate con l'Autorità; (ii) all'effetto disincentivante rispetto alla presentazione di domande di immunità; (iii) all'apertura verso forme di *leniency* cooperativa.

(i) *Rischio di una contrattazione esasperata con l'Autorità.*

La previsione che rimette alla esclusiva discrezionalità dell'AGCM la determinazione dello sconto della sanzione "*di regola non superiore al*

50%”, innanzitutto, insinua nella prassi *antitrust* un meccanismo di contrattazione tra l’impresa potenzialmente beneficiaria del trattamento di favore e l’Autorità.

Infatti, l’impresa *de qua*, al fine di ottenere la riduzione di sanzione maggiore – magari anche superiore al 50% – dovrà selezionare e contrattare con estrema attenzione, in sede di dialogo con l’Autorità, le argomentazioni da far valere, le informazioni da riferire e le condotte da tenere nel corso dell’istruttoria, nonché le evidenze probatorie più consone a determinarne il convincimento necessario a conseguire il miglior risultato possibile.

(ii) *Effetto disincentivante alla presentazione della domanda di immunità.*

Si ritiene, inoltre, che la mancata imposizione all’AGCM di forcelle di sconto applicabili alle imprese potrebbe, altresì, disincentivare la presentazione di domande volte ad ottenere l’immunità.

Invero, nel momento in cui l’impresa coinvolta in un cartello consideri come concretamente possibile l’eventualità di ottenere una riduzione di sanzione pari – se non addirittura superiore – al 50%, prevedibilmente assumerà un atteggiamento di assoluta cautela prima di esporsi con un’autodenuncia tempestiva diretta ottenere l’immunità, anticipando gli altri membri del cartello.

(iii) *Forme di leniency cooperativa.*

La prescrizione del solo tetto massimo, tra l’altro derogabile, della riduzione di sanzione ammissibile, non accompagnata da alcun criterio di progressività nel godimento del beneficio, potrebbe, secondo alcuni, aprire la strada a forme di *leniency cooperativa*.

Infatti, la possibilità (che la norma non esclude) che più soggetti richiedenti il trattamento di clemenza possano ottenere la stessa massima riduzione, può indurre a forme di concertazione di natura cooperativa tra le imprese per massimizzare i benefici della collaborazione.

A questo riguardo, occorre comunque considerare che le forme di *leniency cooperativa* potrebbero essere scoraggiate dalla circostanza che, nel corso del procedimento innanzi all’AGCM, le parti non vengono a conoscenza della documentazione probatoria effettivamente depositata dagli altri partecipanti al cartello, dal momento che l’accesso a

tale documentazione può essere differito. Inoltre, l’accoglimento della domanda, volta ad ottenere la riduzione delle sanzioni, è definitivamente disposto con il provvedimento finale di chiusura dell’istruttoria.

Dunque, l’incertezza sulle evidenze probatorie a disposizione dell’AGCM e sull’effettivo comportamento collaborativo dei partecipanti al cartello può essere tale da disincentivare le imprese dal concertare il rispettivo comportamento in sede di Programma di clemenza.

Fase precedente la “domanda ufficiale”

La Comunicazione comunitaria prevede che, prima di presentare la domanda ufficiale, le imprese possano sottoporre alla Commissione una semplice descrizione degli elementi probatori che esse intenderebbero divulgare successivamente. In tale ipotesi, la Commissione verifica se la natura ed il contenuto di tali elementi soddisfino le condizioni per accedere all’immunità dalla sanzione e, se tale valutazione ha esito positivo, procede a comunicarlo all’impresa. Tale soluzione, salvando l’anonimato dell’impresa, consente a quest’ultima di ottenere una valutazione preliminare del materiale probatorio prodotto, prima di esporsi con una domanda ufficiale.

La Comunicazione italiana, in proposito, si limita a prevedere che l’impresa possa contattare in via informale l’Autorità, anche in forma anonima, prima della presentazione della domanda, al fine di ottenere “*delucidazioni sulla presente comunicazione*”.

Considerata l’estrema genericità del dettato della Comunicazione italiana, sussiste il rischio che l’impresa che si avvalga di tale contatto informale con l’AGCM non riesca, in realtà, qualora non imposti correttamente le richieste tese ad ottenere un chiarimento, a trarre alcun tipo di informazione utile ai fini di una corretta e per se profittevole impostazione della domanda di clemenza.

CONCLUSIONI

L’introduzione del Programma di clemenza rappresenta un indubbio elemento di modernizzazione del sistema *antitrust* italiano, che si dota di uno strumento al passo con l’Europa.

La disciplina varata, tuttavia, presenta alcuni aspetti di dubbia interpretazione che solo la prassi potrà contribuire a chiarire nel prossimo futuro.

Nell'attesa dei primi esiti applicativi del *leniency programme* italiano, le imprese che vorranno beneficiare del Programma di clemenza dovranno, dunque, necessariamente svolgere delicate valutazioni, quanto alla strategia da adottare per il conseguimento dei benefici in parola, valutazioni che, in temporaneo difetto di una prassi nazionale, non potranno che fondarsi sull'esperienza maturata in materia, sino ad oggi, in sede comunitaria.

Per maggiori informazioni si prega di contattare:

Avv. Francesco Sciaudone
francesco.sciaudone@grimaldieassociati.com

GRIMALDI E ASSOCIATI

Roma – Via Pinciana, 25 - Tel. +39 06 844651 – Fax +39 06 84465200

Milano – Via del Lauro, 9 -Tel. +39 02 303551 – Fax +39 02 30355200

Bruxelles – Boulevard de Waterloo, 30 - Tel. +32 2 5511201 – Fax +32 2 5511200

La presente nota è indirizzata esclusivamente ai clienti dello studio legale Grimaldi e Associati e non è, dunque, da considerare in nessun modo forma di pubblicità ai sensi dell'articolo 17 del Codice Deontologico. Le informazioni contenute e le considerazioni svolte non sono esaustive dei temi trattati e non costituiscono pareri legali. Esse non possono, pertanto, essere utilizzate in luogo di una consulenza specifica, resa in esito alla puntuale valutazione delle circostanze del singolo caso.