

Newsletter

Dipartimento Antitrust

La Direttiva *ECN+* e l'inasprimento delle sanzioni antitrust. Il caso delle associazioni di categoria.

Introduzione

Il 3 febbraio 2019 è entrata in vigore la Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, c.d. direttiva *European Competition Network+* ("**Direttiva ECN+**"). L'attuazione nazionale è prevista entro il 4 febbraio 2021.

La Direttiva ECN+ ha come obiettivo la creazione di un sistema in cui le Autorità Nazionali della Concorrenza abbiano uguali garanzie di indipendenza, risorse, poteri di indagine e sanzionatori quando applicano gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ("TFUE").

Nuovi poteri di indagine e inasprimento delle sanzioni antitrust

Con il recepimento della Direttiva ECN+, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**AGCM**" o "**Autorità**") sarà dotata di **poteri di indagine più efficaci**.

In particolare, sarà introdotta la possibilità per l'AGCM di effettuare **accertamenti ispettivi a sorpresa presso le abitazioni private** dei dirigenti, degli amministratori e di altri membri del personale delle imprese e delle associazioni di imprese, se vi sia il ragionevole sospetto che in tali locali siano conservati documenti rilevanti per provare un'infrazione degli articoli 101 o 102 TFUE. L'esercizio di questo potere sarà in ogni caso soggetto all'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria (art. 7 della Direttiva ECN+).

Inoltre, la Direttiva ECN+ intende **aumentare il grado di deterrenza delle sanzioni antitrust**.

A quest'ultimo proposito si consideri che attualmente l'Autorità può irrogare **un'ammenda il cui importo massimo è il 10% del fatturato** totale realizzato a livello mondiale dall'impresa o dall'associazione di imprese durante l'esercizio precedente la decisione che impone la sanzione.

A seguito del recepimento della Direttiva ECN+, **il 10% del fatturato rappresenterà invece l'importo minimo** della sanzione massima applicabile dall'AGCM (art. 15 della Direttiva ECN+). In breve, **quello che ora è il "tetto" della sanzione antitrust si tramuterà nella sua "base"**.

A ciò si aggiunge un **forte inasprimento del quadro sanzionatorio per le associazioni di categoria**, su cui ci si soffermerà in dettaglio.

Le sanzioni antitrust per le associazioni di categoria

Attualmente le sanzioni antitrust irrogate dall'Autorità alle associazioni di categoria si basano sul **valore complessivo dei contributi associativi versati dai membri** (punto 10 della delibera AGCM n. 25152 del 2014 recante le Linee Guida sulle sanzioni), con la conseguenza che, di norma, **l'ammontare delle sanzioni risulta assai contenuto**.

Il quadro è destinato a mutare radicalmente con il recepimento della Direttiva ECN+, la quale introduce a livello nazionale quanto già avviene nei procedimenti avanti la Commissione europea.

È previsto infatti che, qualora l'infrazione commessa da un'associazione d'impresie riguardi le attività dei suoi membri – *i.e.*, nella grande maggioranza dei casi – l'importo massimo dell'ammenda non debba essere inferiore al 10% **"della somma dei fatturati totali a livello mondiale di ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione"** (art. 15 comma 2).

Inoltre, **nel caso in cui l'associazione non sia solvibile**, i membri saranno tenuti a provvedere alla corresponsione dell'ammenda in sua vece (art. 14 comma 3).

Infatti, nel caso in cui l'associazione di imprese non versi integralmente la sanzione entro il termine stabilito, l'AGCM:

- potrà esigere il pagamento dell'ammenda direttamente **da qualsivoglia impresa i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali dell'associazione**, e
- se necessario per garantire la corresponsione integrale della sanzione, dopo aver richiesto il pagamento a dette imprese, potrà anche **esigere il pagamento dell'importo dell'ammenda ancora dovuto da qualsivoglia membro dell'associazione che operava sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione**, salvo il caso in cui l'impresa dimostri di non aver attuato la decisione dell'associazione che ha costituito l'infrazione, di cui o non era a conoscenza o da cui si era attivamente dissociata prima dell'inizio dell'indagine (art. 14 comma 4).

La Direttiva ECN+ prevede, tuttavia, alcuni “correttivi” a queste disposizioni; ad esempio, secondo il considerando 48:

- 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*; e
- nel caso in cui venga attivata la responsabilità solidale degli associati, *dovrebbe essere tenuto conto della dimensione relativa delle imprese appartenenti all’associazione e, in particolare, della situazione delle piccole e medie imprese.*

In ogni caso, il **quadro appare fortemente penalizzante per le associazioni di categoria**, e non solo a causa del naturale aumento degli importi delle sanzioni, ma della responsabilità solidale degli associati, che di fatto rende assai **più delicata la partecipazione ai consessi associativi e in particolare ai loro organi decisionali**.

L’importanza dell’adozione di efficaci programmi di *compliance* antitrust

È dunque fondamentale che le associazioni di categoria si facciano trovare pronte alla data di trasposizione della Direttiva ECN+ nell’ordinamento italiano (entro il 4 febbraio 2021), con un’attività associativa già pienamente conforme alle norme a tutela della concorrenza. E ciò al duplice fine di evitare le ingenti sanzioni di prossima introduzione e l’erosione della base associativa.

Per prevenire gli illeciti anticoncorrenziali è necessario che le associazioni di categoria si dotino di un **efficace programma di *compliance* antitrust**, ovvero di un programma che - sebbene possa essere collegato a sistemi di controllo e gestione di altri rischi cui l’associazione è esposta - sia **espressamente destinato alla prevenzione dei rischi antitrust**.

Un programma di *compliance* antitrust è efficace quando, tra l’altro:

- è esplicitamente sostenuto dai **vertici associativi**;
- sono dedicate **risorse sufficienti** al suo disegno, attuazione e monitoraggio;
- è individuato un **responsabile**, autonomo, indipendente, dotato di risorse e strumenti adeguati, che risponde direttamente ai vertici associativi;
- include **attività di formazione**, su base periodica, adeguate alla dimensione e al contesto in cui l’associazione opera, e ai rischi antitrust a cui è esposta;
- prevede sistemi di **riporto** interni per la tempestiva individuazione dei rischi;
- include **misure disciplinari e incentivi** funzionali al rispetto del programma stesso, e
- la sua implementazione è costantemente **monitorata** e il suo contenuto **aggiornato** ogni qual volta si renda necessario.

Un programma così strutturato, inoltre, può essere funzionale alla tempestiva scoperta di un illecito antitrust e alla sua eventuale comunicazione all’AGCM al fine di usufruire del **beneficio della non imposizione della sanzione** (c.d. *clemenza*).

Conclusioni

L'applicazione del diritto della concorrenza a livello nazionale si appresta a mutare notevolmente nel corso dei prossimi due anni con il recepimento della Direttiva ECN+. L'inasprimento delle sanzioni che accompagna questo mutamento richiede che le imprese, e le associazioni di imprese in particolare, dispongano di strumenti idonei ed efficaci per rendere la loro attività conforme alle norme a tutela della concorrenza.

Contatti

Stefania Bariatti

Of Counsel - Chiomenti
Dipartimento diritto dell'Unione europea,
internazionale e antitrust
T. +39 02 721 5 7410
stefania.bariatti@chiomenti.net

Cristoforo Osti

Partner - Chiomenti
Dipartimento diritto dell'Unione europea,
internazionale e antitrust
T. +39 02 7215 71
cristoforo.osti@chiomenti.net

Emilio Cucchiara

Counsel - Chiomenti
Dipartimento diritto dell'Unione europea,
internazionale e antitrust
T. +39 02 7215 7457
emilio.cucchiara@chiomenti.net
