

L'Italia recepisce la Direttiva ECN+

7 dicembre 2021

In data 30 novembre 2021 è stato adottato il decreto legislativo n. 185/2021 (il “**Decreto**”), che recepisce la Direttiva (UE) 2019/1 (la “**Direttiva ECN+**”)¹ che mira ad assicurare una più efficace applicazione del diritto della concorrenza dell’Unione europea da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza (le “**ANC**”). La Direttiva ECN+ prevede *standard* minimi al fine di assicurare alle ANC di disporre degli strumenti, delle risorse e dei poteri sanzionatori necessari per applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 del TFUE.

Il Decreto, che entrerà in vigore il 14 dicembre 2021, modifica la normativa *antitrust* domestica (legge n. 287/1990) codificando una serie di prerogative e poteri istruttori in gran parte già utilizzati nella prassi dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**AGCM**” o “**Autorità**”). Inoltre, il Decreto dota l’AGCM di nuovi strumenti volti a rafforzare i suoi poteri d’indagine e sanzionatori.

L’adozione del Decreto rappresenta un passo importante nel quadro di un più ampio processo di evoluzione del diritto della concorrenza italiano, che verrà ulteriormente rafforzato dalla prossima adozione della Legge annuale sulla concorrenza, che inciderà in modo significativo sui poteri di *enforcement* dell’AGCM con riferimento alle norme *antitrust* e al controllo delle concentrazioni.

Per domande relative ai temi discussi in questa nota, potete contattare qualsiasi avvocato del nostro studio con cui siete abitualmente in contatto o gli autori di seguito indicati.

MILANO

Matteo Beretta
mberetta@cgsh.com

Alice Setari
asetari@cgsh.com

Riccardo Tremolada
rtremolada@cgsh.com

MILANO

Via San Paolo 7
20121 Milano, Italia
T: +39 02 72 60 81

ROMA

Mario Siragusa
msiragusa@cgsh.com

Marco D’Ostuni
mdostuni@cgsh.com

ROMA

Piazza di Spagna 15
00187 Roma, Italia
T: +39 06 69 52 21

¹ 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*, PE/42/2018/REV/1. OJ L 11, 1.14.2019, pp. 3-33.



1. L'AGCM potrà fissare le proprie priorità di intervento

Il Decreto riconosce all'AGCM il potere di definire le proprie priorità di intervento, concentrandosi sulle questioni che considera di maggiore importanza, evitando di dare seguito alle segnalazioni che non considera prioritarie. Questa nuova prerogativa permetterà all'Autorità di allocare in modo più efficiente le proprie risorse, che potranno essere indirizzate verso l'accertamento dei casi più rilevanti.

2. Rafforzamento dell'indipendenza dell'AGCM

Il Decreto prevede una serie di misure volte a rafforzare l'indipendenza dei membri e del personale dell'AGCM, anche con riferimento alle risorse finanziarie necessarie per svolgere efficacemente i propri compiti istituzionali. Il vigente quadro normativo nazionale risulta già ampiamente allineato agli *standard* di indipendenza operativa richiesti dalla Direttiva ECN². Pertanto, il Decreto si limita a declinare in dettaglio le garanzie di indipendenza dell'AGCM sotto i seguenti profili:

- i membri dell'Autorità non possono essere rimossi o destituiti per motivi connessi al corretto svolgimento delle loro funzioni o al corretto esercizio dei loro poteri;
- i membri e il personale dell'Autorità svolgono i loro compiti ed esercitano i loro poteri – ai fini dell'applicazione della legge n. 287/1990 e degli artt. 101 e 102 TFUE – in modo indipendente da interferenze politiche e altre influenze esterne, senza

sollecitare né accettare istruzioni dal Governo o da altri soggetti pubblici o privati, e astenendosi dal compiere qualsiasi azione incompatibile con l'esercizio dei loro compiti e poteri;

- i membri e il personale dell'Autorità devono astenersi – per i tre anni successivi alla cessazione delle loro funzioni – dal trattare procedimenti istruttori che potrebbero dar luogo a conflitti d'interesse;
- l'Autorità è indipendente nell'utilizzare la propria dotazione finanziaria per lo svolgimento dei suoi compiti³.

3. Ampliamento dei poteri di indagine

Il Decreto attribuisce all'AGCM una serie di strumenti di indagine, alcuni dei quali codificano prassi applicative. In particolare, l'Autorità può:

- svolgere ispezioni a sorpresa in locali diversi da quelli nei quali si svolge l'attività di impresa, incluse le abitazioni dei dirigenti, amministratori e altri membri del personale delle imprese interessate, anche in considerazione della maggiore diffusione di modalità di lavoro flessibile⁴;
- convocare in audizione ogni soggetto che possa essere in possesso di informazioni rilevanti ai fini dell'istruttoria⁵;
- accettare tutti i tipi di prove nell'ambito di un'indagine, indipendentemente dal

² L'articolo 1 della legge sulla concorrenza prevede già una serie di cause di incompatibilità per garantire la piena indipendenza dei giudizi e delle valutazioni dell'Autorità.

³ A partire dal 1° gennaio 2013, l'AGCM non è più finanziata con il bilancio dello Stato, bensì con le risorse derivanti dal contributo imposto alle imprese con ricavi totali superiori a 50 milioni di euro (art. 10, comma 7-ter, legge n. 287/1990).

⁴ Cfr. Direttiva ECN+, considerando 34.

⁵ L'articolo 14 della legge n. 287/1990 prevedeva solo il diritto per le imprese e gli enti interessati dall'apertura dell'istruttoria di essere sentiti, e non anche il diritto dell'Autorità di convocarli in audizione. Anche il Regolamento di attuazione (DPR n. 217/1998) era ambiguo su questo punto, in quanto stabiliva solamente il diritto dell'Autorità di richiedere informazioni oralmente nel corso delle audizioni (articolo 9, comma 4) e il diritto dell'Autorità di sentire, per integrare l'istruttoria, qualsiasi altra persona, impresa o ente, oltre alle parti interessate dall'istruttoria (articolo 8, comma 2).

supporto su cui sono archiviate, ampliando così l'ambito delle prove ammissibili⁶; e

- ispezionare e prelevare documenti, “*su qualsiasi forma di supporto*”, il che comporta anche un più ampio accesso ai dati virtuali delle aziende durante le ispezioni⁷.

Infine, il Decreto include la possibilità per l'AGCM di prorogare, per un periodo di tempo determinato, le misure cautelari che la stessa può adottare in casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, ove constatati ad un sommario esame la sussistenza di un'infrazione⁸.

4. Garanzie per le imprese interessate

I nuovi poteri d'indagine dell'AGCM sono controbilanciati da limiti volti a garantire i diritti delle parti interessate dall'istruttoria. In particolare, il Decreto prevede che:

- le richieste di informazioni devono essere proporzionate e adeguate ai fini dell'istruttoria, devono indicare un termine ragionevole per fornire il riscontro e non possono obbligare i destinatari ad ammettere un'infrazione delle norme a tutela della concorrenza;
- le ispezioni presso le abitazioni possono essere eseguite dopo aver ottenuto una preventiva autorizzazione giudiziale, qualora sussistano motivi ragionevoli per sospettare che vi siano conservati documenti pertinenti ai fini della prova dell'infrazione.

5. Sanzioni

Poteri sanzionatori rafforzati. Il Decreto introduce, da un lato, una serie di modifiche

volte ad incoraggiare le imprese interessate dal procedimento istruttorio a collaborare con l'Autorità; dall'altro, attribuisce a quest'ultima ulteriori significativi poteri sanzionatori. L'AGCM può imporre:

- un'ammenda fino all'1% del fatturato totale realizzato a livello mondiale nel caso l'impresa ostacoli un'ispezione, non fornisca le informazioni richieste, o non si presenti in audizione;
- penalità di mora fino al 5% del fatturato medio giornaliero dell'impresa per ogni giorno di ritardo nell'ottemperare alle richieste dell'Autorità. Tale disposizione costituisce uno sviluppo significativo dal momento che il regime previgente non prevedeva il pagamento di penalità periodiche, ma solo sanzioni forfetarie di importo irrisorio.

Il Decreto introduce anche un nuovo sistema di sanzioni pecuniarie per le persone fisiche. L'Autorità può ora irrogare sanzioni pecuniarie e penalità di mora direttamente alle persone fisiche che, dolosamente o per colpa: (i) ostacolano l'accertamento ispettivo; (ii) forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti in risposta a una richiesta di informazioni; ovvero (iii) non si presentano all'audizione.

Infine, allineando i poteri dell'AGCM a quelli della Commissione europea, il Decreto prevede espressamente il potere dell'Autorità di imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale (ad esempio, la cessione di una controllata o la dismissione di un'attività) necessario a far cessare effettivamente l'infrazione, nei casi in cui si ravvisi una violazione degli articoli 101 e 102

⁶ Sebbene questo potere non fosse espressamente previsto nel quadro normativo previgente, in concreto l'AGCM ha fatto affidamento su un'ampia gamma di prove, tra cui le conversazioni WhatsApp (cfr. Provvedimento n. 27849, 17 luglio 2019, caso I805 – *Prezzi del cartone ondulato*) e le intercettazioni utilizzate nei procedimenti penali (cfr. Provvedimento n. 27646, 14 aprile 2019, caso I808 – *Gara Consip FM4*).

⁷ Questa disposizione codifica un potere in gran parte già esercitato dall'AGCM.

⁸ L'articolo 14-bis, comma 2, della legge *antitrust* vietava espressamente la proroga delle misure cautelari.

TFUE⁹. Al momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità.

Termini di prescrizione per l'imposizione delle sanzioni. Il regime previgente non stabiliva espressamente termini di prescrizione per l'irrogazione delle sanzioni *antitrust*¹⁰. Colmando questa lacuna, il Decreto prevede un termine di prescrizione di 10 anni¹¹.

Il termine di prescrizione si interrompe per la durata dei procedimenti istruttori dinanzi alle ANC di altri Stati membri o alla Commissione europea. Per effetto di tale interruzione, decorre un nuovo periodo di prescrizione.

Il termine di prescrizione è sospeso per tutto il tempo in cui la decisione dell'Autorità è oggetto di un procedimento pendente davanti al giudice amministrativo. Questa disposizione potrebbe impattare negativamente sulle imprese che si trovino coinvolte in giudizi che si protraggono nel tempo, con pregiudizio della ragionevole durata del processo.

Sanzioni più elevate per le associazioni di imprese e responsabilità dei membri. Nel sistema previgente, le sanzioni irrogate dall'AGCM alle associazioni di imprese (per esempio, le associazioni di categoria e gli ordini professionali) si basavano sul valore complessivo dei contributi associativi versati dai rispettivi membri¹², con la conseguenza che, di norma, l'importo delle sanzioni risultava molto contenuto.

Il Decreto prevede un aumento significativo nel calcolo delle sanzioni per le associazioni di imprese. In particolare, se l'infrazione commessa da un'associazione di imprese riguarda le attività dei suoi membri (come spesso accade), l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento della somma dei fatturati totali a livello mondiale realizzati da ciascun membro operante sul mercato interessato dall'infrazione commessa dall'associazione (a prescindere dal fatto che il membro abbia partecipato all'infrazione)¹³.

Il Decreto prevede altresì una responsabilità solidale dei membri dell'associazione di imprese:

- quando a un'associazione di imprese è irrogata una sanzione tenendo conto del fatturato dei suoi membri, e l'associazione non è solvibile, l'AGCM può domandare all'associazione di richiedere ai propri membri contributi a concorrenza dell'importo della sanzione;
- se tali contributi non vengono versati integralmente all'associazione entro il termine fissato dall'Autorità, l'Autorità può esigere il pagamento della sanzione direttamente da qualsivoglia impresa i cui rappresentanti erano membri degli organi decisionali dell'associazione quando quest'ultima ha assunto la decisione che ha costituito l'infrazione; e
- infine, se necessario per garantire il pagamento integrale della sanzione,

⁹ La previgente normativa nazionale non contemplava il potere dell'AGCM di imporre rimedi comportamentali e strutturali, anche se, in diverse occasioni, l'Autorità ha già imposto tali rimedi alle imprese interessate.

¹⁰ La giurisprudenza precedente riteneva che il potere sanzionatorio dell'AGCM si prescriveva dopo cinque anni dal giorno in cui era stata commessa la violazione ai sensi dell'articolo 28 della legge n. 689/81.

¹¹ Tuttavia, non è stato previsto alcun termine di prescrizione per il potere dell'AGCM di accertare le infrazioni *antitrust*, ai sensi dell'articolo 15 della legge *antitrust*.

¹² Cfr. punto 10 della Delibera AGCM n. 25152 del 22 ottobre 2014, *Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90*.

¹³ Tuttavia, la responsabilità finanziaria di ciascuna impresa riguardo al pagamento della sanzione non può superare il 10 per cento del fatturato da essa realizzato nell'ultimo esercizio.

l'AGCM può anche esigere il pagamento dell'importo della sanzione ancora dovuto da qualsiasi membro dell'associazione che operava sul mercato nel quale si è verificata l'infrazione, a meno che quest'ultimo dimostri di non aver attuato la decisione anticoncorrenziale dell'associazione, di non essere a conoscenza della stessa ovvero di essersi attivamente dissociato da essa prima dell'inizio dell'indagine

Queste disposizioni consentono all'AGCM di esigere il pagamento delle sanzioni anche dalle imprese il cui coinvolgimento nell'infrazione non è stato accertato dall'Autorità. Pertanto, il Decreto determina nuovi rischi per i membri delle associazioni di imprese.

6. Rafforzamento della cooperazione tra le ANC

Il Decreto introduce una serie di modifiche volte a rafforzare la cooperazione tra le autorità nazionali garanti della concorrenza e l'AGCM nel quadro dello *European Competition Network* – ECN.

In particolare, il Decreto conferisce all'AGCM il potere di effettuare, in determinate circostanze, ispezioni a sorpresa e indagini su richiesta delle ANC di altri Stati membri dell'UE. Inoltre, i funzionari delle ANC di altri Stati membri possono essere autorizzati a partecipare e ad assistere attivamente il personale dell'AGCM nelle ispezioni e nelle audizioni condotte dall'Autorità stessa.

Il Decreto prevede anche la possibilità di assistenza reciproca per garantire la notifica transfrontaliera degli atti essenziali del procedimento e, in seguito all'adozione della decisione, la possibilità di assistenza per l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni.

7. Semplificazione dei programmi di clemenza per i cartelli segreti

Il Decreto contiene dettagliate disposizioni sulle domande di clemenza finalizzate a ottenere un'immunità dalle sanzioni o una riduzione delle stesse (quando l'impresa istante non è la prima a presentare la domanda). Le nuove misure rispecchiano in gran parte quelle contenute nella Comunicazione dell'AGCM sul programma di clemenza¹⁴ e armonizzano questa procedura rispetto a quanto previsto a livello europeo.

Queste disposizioni sono particolarmente rilevanti perché programmi di clemenza efficaci aumentano considerevolmente gli incentivi per le imprese a rivelare eventuali cartelli, contribuendo così a porre fine agli stessi.

Il Decreto:

- richiede all'AGCM di prevedere, in conformità al diritto dell'UE, un programma di clemenza che definisca i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta per le imprese che rivelino la loro partecipazione a cartelli segreti;
- specifica le condizioni per la concessione della riduzione delle sanzioni;
- prevede che le dichiarazioni legate a un programma di clemenza possano essere presentate per iscritto o in forma orale;
- consente all'impresa che intenda chiedere la non applicazione delle sanzioni di ricevere un numero d'ordine (cd. "*marker*"), in modo da poter raccogliere le informazioni e gli elementi probatori necessari;
- prevede la possibilità, per l'impresa che ha avanzato una domanda di clemenza alla Commissione europea, di presentare all'Autorità una domanda in forma

¹⁴ Cfr. AGCM, *Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, art. 16.

semplificata in relazione al medesimo cartello, a condizione che la domanda riguardi più di tre Paesi membri come territori interessati.

Accesso alle dichiarazioni di clemenza. Il Decreto, nell'ottica di garantire la riservatezza delle dichiarazioni legate al programma di clemenza (e assicurarne quindi l'efficacia), prevede espressamente che tali dichiarazioni sono accessibili solo alle parti del procedimento interessate dalla domanda di clemenza¹⁵.

Il Decreto introduce una limitazione in relazione all'uso delle informazioni contenute nelle domande di clemenza. La parte che ha ottenuto l'accesso al fascicolo del procedimento istruttorio avviato dall'Autorità può utilizzare informazioni desunte dalle dichiarazioni legate al programma di clemenza solo nell'ambito della procedura di indagine per rispondere alle accuse formulate dall'AGCM o nei ricorsi innanzi all'autorità giudiziaria.

Le dichiarazioni di clemenza possono essere scambiate tra le ANC degli Stati membri solo (i) con il consenso del richiedente; ovvero (ii) se l'ANC che riceve la dichiarazione di clemenza ha già ricevuto una domanda di clemenza riguardante la stessa infrazione, presentata dallo stesso richiedente, a condizione che il richiedente non abbia la possibilità di ritirare le informazioni che ha precedentemente fornito all'ANC ricevente.

Immunità per le persone fisiche nell'ambito del programma di clemenza. Il Decreto introduce nuove disposizioni volte a colmare il divario tra la concessione del beneficio clemenziario e le conseguenze connesse all'applicabilità delle sanzioni penali nei confronti delle persone fisiche coinvolte, nelle ipotesi in cui le condotte costitutive della violazione concorrenziale integrino anche una fattispecie di reato (ad es., la turbativa d'asta o l'aggiotaggio). Finora, l'assenza di

coordinamento tra questi due aspetti ha diluito in misura apprezzabile gli incentivi delle imprese ad aderire ai programmi di clemenza, nei casi in cui la rivelazione della propria partecipazione ad un cartello segreto esponga comunque il personale dell'impresa richiedente al procedimento penale. Le nuove regole estendono gli effetti della domanda di clemenza alle persone fisiche, stabilendo le condizioni al ricorrere delle quali l'accesso al programma di clemenza determina l'immunità delle persone fisiche dalle sanzioni penali che potrebbero essere loro imposte in relazione alla loro partecipazione al cartello segreto, ad esempio, se collaborano attivamente con l'AGCM o con il pubblico ministero (fornendo indicazioni utili ecc.).

8. Ulteriori novità all'orizzonte: il disegno di Legge annuale sulla concorrenza

I poteri dell'AGCM saranno ulteriormente rafforzati dalla Legge annuale sulla concorrenza di prossima approvazione, la cui prima bozza è stata adottata dal Governo il 4 novembre 2021 ed è ora al vaglio del Parlamento.

Il disegno di Legge annuale sulla concorrenza segue le proposte di riforma concorrenziale presentate dall'AGCM nel mese di marzo 2021 e interviene su una pluralità di settori economici, quali i servizi pubblici locali e i trasporti, l'energia, i sistemi di gestione dei rifiuti, la tutela della salute e le reti di comunicazione elettronica.

Inoltre, il disegno di Legge introduce modifiche sostanziali alla legge *antitrust* al fine di garantire maggiore coerenza con il quadro normativo europeo, prevedendo, in particolare:

- la possibilità per l'AGCM di richiedere in ogni momento (ossia anche al di fuori dei procedimenti di indagine formale) a imprese, enti o persone che ne siano in possesso, informazioni e documenti utili

¹⁵ Nella stessa direzione, il Decreto prevede che le proposte di transazione tra le imprese e l'AGCM sono accessibili solo alla parte che ha sottoscritto l'accordo.

all'esercizio delle sue competenze e di irrogare sanzioni nei casi di inottemperanza;

- l'ampliamento della competenza dell'AGCM in materia di controllo delle concentrazioni, mediante riconoscimento del potere di richiedere alle imprese interessate di notificare entro 30 giorni un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie cumulative di fatturato, ovvero qualora il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, a condizione che sussistano concreti rischi per la concorrenza, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione;
- l'accertamento della presenza di una posizione dominante non sarà più necessaria per vietare la concentrazione, anche se la posizione dominante continuerà a essere considerata la principale forma di comportamento anticoncorrenziale. L'attuale *test* sostanziale per l'esame delle concentrazioni, che consiste nella "*costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale*", sarà sostituito da un *test* basato sull'impatto dell'operazione sulla concorrenza effettiva nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante (che rispecchia il test SIEC – *significant impediment of effective competition*, previsto a livello europeo);
- l'allineamento del sistema italiano di controllo delle concentrazioni agli *standard* dell'UE, con l'assoggettamento al controllo delle concentrazioni di tutte le imprese comuni *full-function*, a prescindere dalla loro natura cooperativa o concentrativa;
- l'adozione anche in Italia dei criteri previsti a livello europeo per il calcolo del fatturato rilevante ai fini dell'obbligo di notifica per le concentrazioni che coinvolgono banche o altri istituti finanziari;

- una presunzione relativa di dipendenza economica per le imprese che utilizzano i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale, qualora quest'ultima abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori; e
- l'introduzione di una procedura di transazione (c.d. *settlement*), nei procedimenti condotti dall'AGCM.

Il disegno di Legge annuale sulla concorrenza è in fase di approvazione e potrebbe essere modificato nel corso dell'*iter* parlamentare. Pur non essendoci certezza su quali disposizioni verranno effettivamente incluse nel testo dell'articolato finale, si prevede che la legge venga approvata in tempi brevi, in considerazione del fatto che la riforma della legge *antitrust* è una delle principali priorità dell'agenda del Presidente del Consiglio Mario Draghi e riveste fondamentale importanza nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che fissa i parametri in base ai quali saranno impiegati nei prossimi anni i fondi messi a disposizione dall'UE per la ripresa dalla pandemia di Covid-19.

9. Conclusioni

Il Decreto incide su diverse aree del diritto *antitrust* italiano e introduce modifiche sostanziali, necessarie per recepire nel nostro ordinamento la direttiva ECN+ e codificare l'evoluzione della prassi decisionale e della giurisprudenza degli ultimi anni, a livello italiano ed europeo.

Nel complesso, il Decreto, unitamente al disegno di Legge annuale sulla concorrenza e al nuovo approccio della Commissione europea sul meccanismo di rinvio ai sensi dell'art. 22 del

Regolamento UE sulle concentrazioni¹⁶, introduce nuovi importanti strumenti a disposizione dell'AGCM per affrontare le prossime sfide concorrenziali. Inoltre, favorisce una maggiore convergenza nell'applicazione del diritto della concorrenza a livello nazionale, il che determinerà un forte impatto sulla prassi applicativa dell'AGCM.

CLEARY GOTTLIB

¹⁶ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione Orientamenti sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni a determinate categorie di casi*, 2021/C 113/01 C/2021/1959, GU C 113 del 31.3.2021, pp. 1-6.