

Allegato B alla delibera 410/14/CONS

<p>LINEE GUIDA SULLA QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE PECUNIARIE IRROGATE DALL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI</p> <p>DOCUMENTO PER LA CONSULTAZIONE PUBBLICA</p>

1. Premessa

Le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, a seguito dell'accertamento di una violazione delle norme alla cui vigilanza essa è preposta, sono fissate dalla legge entro i limiti dei cosiddetti "minimo" e "massimo" edittali, con la sola eccezione dei casi previsti da alcune specifiche norme che fissano la sanzione in misura proporzionale al fatturato della impresa che ha compiuto la violazione accertata¹.

Conseguentemente, per procedere di volta in volta, all'esito dei relativi procedimenti, alla quantificazione in concreto della sanzione da irrogare, l'Autorità applica i criteri previsti dall'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, secondo cui, come noto, "[n]ella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

L'obiettivo perseguito tramite l'irrogazione di una sanzione amministrativa è quello di reprimere adeguatamente la condotta illecita e di prevenirne la reiterazione, non soltanto da parte del trasgressore, ma anche di altri soggetti; pertanto, l'attività di quantificazione in concreto della sanzione tramite l'applicazione dei sopra ricordati criteri e le motivazioni ad essa sottese assumono particolare rilevanza nell'esercizio del potere sanzionatorio, poiché servono ad esplicitare, anche a fini di prevenzione generale, il disvalore che l'ordinamento attribuisce ad una determinata condotta illecita, tenuto conto dei suoi molteplici profili, soggettivi ed oggettivi.

Per questi motivi, con il presente documento – finalizzato alla successiva adozione di Linee Guida per la quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie – l'Autorità ritiene opportuno illustrare come intende applicare i criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/1981 ed acquisire al riguardo le osservazioni dei soggetti interessati, in un'ottica di massima trasparenza della propria azione.

¹ Il riferimento è, in particolare, alle norme di cui agli articoli 2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/95, 1, comma 31, della legge n. 249/1997 e 98, comma 11, secondo periodo, del decreto legislativo n. 259/2003.

In via preliminare, inoltre, stante la stretta correlazione con il tema della quantificazione in concreto della pena pecuniaria, sono qui di seguito svolte alcune brevi riflessioni sulla ipotesi di cosiddetto “cumulo giuridico” delle sanzioni, prevista dal primo comma dell’art. 8 della legge n. 689/1981, secondo cui “[s]alvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un’azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo”.

2. Il cosiddetto “cumulo” delle sanzioni

Nel caso in cui il trasgressore, con una sola azione od omissione, violi diverse norme che prevedono sanzioni amministrative oppure violi più volte la stessa norma, ai sensi dell’art. 8, comma 1, della legge n. 689/1981 “*si applica la sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata fino al triplo*”.

Nei casi in cui si rilevino in capo allo stesso soggetto **più violazioni della medesima disposizione o di disposizioni diverse**, pertanto, la prima questione da risolvere ai fini della determinazione in concreto del trattamento sanzionatorio da applicare è quella della **esatta valutazione della condotta illecita**, con particolare riferimento alla sua eventuale **unicità** (possibile pur in presenza di più episodi fattuali ovvero di molteplici segnalazioni di soggetti interessati) ovvero **pluralità e diversità**.

In altre parole, quindi, occorre procedere alla esatta interpretazione del **concetto di azione od omissione**.

A tal fine si ritiene che debba adottarsi un criterio di tipo normativo-sociale, sostanzialmente basato sul senso comune: per considerare un comportamento come unico, occorre dimostrare la sussistenza del duplice requisito della *contestualità degli atti e della unicità del fine o dell’effetto*. Conseguentemente, una pluralità di atti materialmente posti in essere dal trasgressore integrano un’unica condotta giuridicamente rilevante se *unico è lo scopo che li governa o l’effetto materiale che essi determinano e se tali atti si susseguono nel tempo senza apprezzabile interruzione*.

Per affermare l’unicità dell’azione o dell’omissione pur in presenza di molteplici violazioni, quindi, occorre che tali **violazioni siano tutte geneticamente collegabili ad un unico e ben individuato comportamento commissivo od omissivo tenuto dal soggetto in un preciso arco temporale entro il quale ha svolto ed esaurito i propri effetti**.

In questo stesso senso, d’altro canto, la legge n. 689/1981, all’art. 8-bis, comma 4, pur non introducendo – come noto – l’istituto della continuazione nelle sanzioni amministrative, ha comunque escluso la reiterazione (e, quindi, la molteplicità delle condotte) quando “[1]e violazioni amministrative successive alla prima [...] sono **commesse in tempi ravvicinati e riconducibili ad una programmazione unitaria**”.

Da ciò consegue che, per la qualificazione dell'azione come "unica", è **ininfluente che essa possa essersi tradotta in una pluralità di atti, in quanto che rileva è che questi siano preordinati ad un unico obiettivo o effetto, da raggiungere con riferimento ad una ben specifica situazione e nell'ambito di un'unica sequenza temporale.**

Alla luce di detti principi, si ritiene che si debba svolgere, di volta in volta, in relazione alle varie fattispecie, un'indagine concreta (sui fatti materiali) che può riguardare, per esempio, la strategia aziendale nel suo complesso, tenendo conto, tra l'altro, di fattori teleologici (*se esista un'unica "strategia" aziendale che abbia determinato la violazione delle norme*) e temporali (*se la condotta sia tenuta in un unico contesto temporale o in periodi diversi*).

Si deve infatti considerare che – stanti le specifiche materie di competenza dell'Autorità – può accadere che più episodi fattuali, ovvero plurioffensivi, siano concretamente riconducibili ad un'unica condotta giuridicamente rilevante.

Si pensi, ad esempio, alle violazioni in materia di tutela degli utenti, oggetto di molteplici segnalazioni, ma sovente riconducibili alla contrattualistica di massa adottata dalla singola impresa; oppure si pensi ai processi interoperatori, unici nella loro interezza, ma scanditi da adempimenti previsti da norme diverse, oppure ancora si pensi alle violazioni dei limiti di affollamento pubblicitario, o in materia di comunicazioni commerciali e di obblighi di programmazione, suscettibili di essere ripetute in un ridotto arco temporale.

In casi simili, si ritiene che sia necessaria un'indagine specifica sul "fatto" o sui "fatti storici" che hanno determinato le violazioni riscontrate, al fine di comprendere se i comportamenti tenuti in un determinato contesto non integrino tanti diversi illeciti, bensì, in ipotesi, soltanto l'effetto plurioffensivo della singola condotta tenuta, da valutarsi ai soli fini della quantificazione della sanzione *ex art. 11 della legge n. 689/1981* (sotto il profilo della gravità).

Alla luce di valutazioni di tal genere potrà dunque pervenirsi alla esatta individuazione del trattamento sanzionatorio applicabile. In particolare:

- ove la condotta illecita sia unitaria (seppur frazionata nel tempo) e le norme violate siano plurime oppure sia violata più volte la medesima norma, potrà trovare applicazione il cosiddetto "cumulo giuridico" delle sanzioni previsto dalla norma già citata, da cui deriva l'irrogazione di un'unica sanzione il cui importo è modulato tenendo conto di tutte le circostanze del caso (ivi compresa, soprattutto, la plurioffensività della condotta ed il suo protrarsi nel tempo);
- ove, invece, le condotte illecite siano plurime, così come le norme violate, dovrà necessariamente trovare applicazione il cosiddetto "cumulo materiale", con la conseguenza che per ogni condotta sarà irrogata una sanzione amministrativa, eventualmente anche tramite un unico provvedimento. L'importo finale irrogato, pertanto, sarà corrispondente alla somma dei

singoli importi relativi a ciascuna violazione (ciascuno dei quali, peraltro, sarà stato quantificato in concreto in applicazione dei criteri di cui all'art. 11 della legge n. 689/1981).

Sulla base delle considerazioni svolte e dei conseguenti orientamenti forniti con le linee guida relativamente al regime di cumulo, giuridico e materiale, si richiede ai soggetti intervenuti nella consultazione pubblica di voler fornire le proprie osservazioni, illustrando anche eventuali esperienze pratiche o esigenze operative connesse alla organizzazione della specifica attività imprenditoriale svolta.

In particolare, si rende utile acquisire elementi di valutazione in merito ai seguenti punti, qualificanti il regime di cumulo giuridico, avuto anche specifico riguardo alle varie attività oggetto di vigilanza da parte dell'AGCOM:

- **in quali termini si ritenga configurabile la “contestualità dell'azione e dell'omissione”, e conseguentemente come dovrebbe intendersi nella pratica l'espressione “tempi ravvicinati”;**
- **in quali termini si ritenga configurabile la “unicità del fine o dell'effetto” e, di conseguenza, come dovrebbe intendersi nella pratica l'espressione “unitarietà della programmazione”.**

3. L'applicazione dei criteri per la quantificazione delle sanzioni: considerazioni generali

Come illustrato, quando la sanzione amministrativa pecuniaria è fissata dalla legge tra un importo minimo (cd. minimo edittale) e un importo massimo (massimo edittale), l'Autorità quantifica l'importo da applicare al caso concreto nel rispetto dei quattro criteri previsti dall'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689:

1. gravità della violazione;
2. opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
3. personalità dell'agente;
4. condizioni economiche dell'agente.

La specificità intrinseca di ciascuno di tali criteri permette di ritenere che la quantificazione in concreto della sanzione possa suddividersi in due distinte fasi: in particolare, la **prima fase** è finalizzata a calcolare l'importo “base” della sanzione, tenendo conto dei due criteri “essenziali”, vale a dire ricorrenti in ogni fattispecie (criteri della *gravità della violazione* e delle *condizioni economiche dell'agente*). La **seconda fase** è invece finalizzata a calcolare l'importo finale della sanzione, tenendo conto dei due criteri “accidentali” previsti dalla legge (*opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione* e *personalità dell'agente*, da intendersi come inclinazione alla violazione di norme).

Chiarito quanto sopra, occorre ricordare però che l'art. 11 della legge n. 689 del 1981 riguarda esclusivamente la graduazione della sanzione tra il limite minimo e quello massimo previsto e non consente, invece, di scendere al di sotto del minimo edittale.

Pertanto, il corretto uso dei criteri indicati è essenziale per regolare l'intensità della sanzione nelle violazioni più complesse e plurioffensive, per le quali già ad un primo esame risulti evidente la necessità di discostarsi dal minimo edittale (si pensi, per esempio, ai casi in cui la condotta abbia interessato più utenti e si sia protratta per un lungo periodo oppure abbia determinato gravi conseguenze sulla concorrenza).

Per contro, ove si sia già ritenuto, dall'esame complessivo della fattispecie, di applicare il minimo edittale, i criteri possono risultare superflui, non potendo comunque incidere sul minimo applicato.

Conseguentemente, ferma naturalmente la discrezionalità dell'Amministrazione (che consente di adeguare il concreto trattamento sanzionatorio alla singola fattispecie esaminata), in linea generale, al fine di scongiurare il rischio di disparità di trattamento, **deve ritenersi che il minimo edittale possa essere irrogato soltanto quando la valutazione dei criteri previsti dall'art. 11 citato abbia dato "esito positivo" per l'operatore.**

Si pensi, ad esempio al caso in cui, dopo aver compiuto la stessa, lieve, violazione, due operatori si comportino diversamente rispetto alla eliminazione delle conseguenze dell'illecito.

Se ad entrambi fosse irrogata una sanzione pari al minimo edittale (per esempio tenendo conto della lieve gravità della violazione), si verificherebbe una disparità di trattamento, in quanto non sarebbe possibile tenere conto dell'opera svolta da uno dei due operatori per eliminare le conseguenze della violazione.

Conseguentemente, al fine di garantire l'eguaglianza sostanziale nell'applicazione delle sanzioni, assicurando trattamenti sanzionatori differenti in presenza di situazioni disomogenee, si ritiene che il minimo edittale possa essere irrogato – salvo casi particolari, da esaminare singolarmente, e ferma naturalmente la proporzionalità della sanzione rispetto alle qualità soggettive dell'agente – soltanto in presenza di una violazione di scarsa rilevanza sotto il profilo della gravità, della sollecita e diligente attivazione dell'autore della violazione per rimuovere le conseguenze della stessa, oltre che della piena collaborazione nella fase istruttoria, salvo il caso di condizioni economiche dell'agente che non consentano l'irrogazione di una somma superiore al minimo, su cui si veda il punto successivo.

3.1. Il calcolo dell'importo base della sanzione

Per determinare l'importo della sanzione da irrogare occorre considerare innanzitutto la gravità della violazione e le condizioni economiche dell'agente.

La gravità della violazione può dipendere:

- dalla oggettiva rilevanza negativa della condotta tenuta dal soggetto agente, considerata nelle sue concrete modalità di attuazione e non con riferimento astratto alla natura

dell'interesse tutelato dalla norma violata (questo secondo profilo, infatti, è considerato dal legislatore che, individuando la forbice edittale della sanzione, esprime già un giudizio in ordine al disvalore sociale della violazione);

- dalla durata della violazione nel tempo (breve, media o lunga), dalla sua estensione territoriale (locale, regionale o nazionale), anche avuto riguardo al numero di soggetti lesi coinvolti (utenti o concorrenti) ovvero, più in generale, alla potenzialità lesiva della violazione rispetto al bene tutelato;
- dall'entità (lieve, media, consistente) del danno cagionato al bene giuridico che la norma violata mira a proteggere (mercato, utenti, azione amministrativa dell'Autorità);
- dagli indebiti vantaggi, economici o di immagine, conseguiti dal soggetto agente in conseguenza della violazione.

La violazione può essere considerata più grave anche nei casi in cui la norma violata sia di univoca interpretazione, vi sia giurisprudenza consolidata in materia o vi sia stata un'interpretazione chiarificatrice dell'Autorità (per esempio con un comunicato o con Linee Guida).

Gli "indicatori di gravità" della violazione sopra esemplificati possono essere considerati anche singolarmente, fermo restando che al ricorrere di un numero maggiore degli stessi l'importo base della sanzione deve essere proporzionalmente aumentato.

Le condizioni economiche dell'agente possono dipendere:

- dall'ammontare del fatturato realizzato dal soggetto agente nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio;
- dalla sussistenza o meno di situazioni di dissesto finanziario (si pensi, ad esempio, ad una impresa sottoposta a procedure concorsuali).

Anche a fronte di una violazione di media o elevata gravità, il minimo edittale della sanzione deve comunque considerarsi sufficientemente afflittivo per le imprese che si trovino in situazioni di dissesto finanziario o che abbiano una dimensione economica di modesta entità in relazione al minimo edittale (in questo senso, pertanto, può ipotizzarsi una deroga sulla applicazione del minimo edittale).

A tale ultimo proposito occorre precisare che la dimensione economica del soggetto agente si ricava prioritariamente dal suo fatturato, ma è anche corretto considerare che quest'ultimo non costituisce sempre, però, elemento sufficiente, rientrando nel complesso delle "condizioni economiche" del soggetto agente anche la ponderazione del risultato di utile o di perdita di esercizio nel cui quadro la sanzione viene irrogata.

3.2. Il calcolo dell'importo finale della sanzione

Successivamente, l'importo base della sanzione può, e non necessariamente deve, essere aumentato o diminuito in considerazione della personalità dell'agente e dell'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione da parte dell'agente stesso, da considerarsi in sostanza, rispettivamente, come circostanze "aggravanti" o come circostanze "attenuanti".

Per quanto concerne l'**opera svolta dall'agente**, l'importo base può essere diminuito se l'impresa documenti nell'ambito del procedimento sanzionatorio di aver prontamente eliminato o attenuato le conseguenze della violazione.

Per l'applicazione di questo criterio **si può tenere conto anche soltanto della iniziativa intrapresa e non dei risultati ottenuti**: non è infatti necessario che l'impresa abbia eliminato o attenuato le conseguenze della violazione, essendo invece sufficiente che la stessa dimostri di essersi attivata a questo preciso scopo attraverso strumenti obiettivamente idonei, ove la mancata riuscita del tentativo non sia dovuta a fattori alla medesima imputabili.

Nella applicazione del criterio, può inoltre assumere rilievo il momento storico (prima o dopo l'avvio del procedimento sanzionatorio) in cui l'agente abbia concretamente intrapreso le iniziative finalizzate alla rimozione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito.

Conseguentemente, l'importo base può essere via via ridotto, fino complessivamente ad un massimo del 50%, per ciascuna circostanza "attenuante" meritevole di considerazione.

Si pensi, ad esempio ai casi in cui:

- l'agente abbia denunciato all'Autorità la propria violazione, sempre che l'Autorità non disponga già di informazioni al riguardo e sempre che l'agente stesso cessi senza indugio la condotta illecita e ripristini la situazione anteriore alla violazione;
- l'agente collabori efficacemente all'attività istruttoria (a prescindere dal mero invio di scritti difensivi);
- l'agente abbia attenuato o eliminato, di propria iniziativa, le conseguenze dell'illecito prima dell'avvio del procedimento;
- l'agente abbia dimostrato di aver intrapreso una iniziativa meritevole di apprezzamento volta al miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati o comunque utile al più efficace perseguimento degli interessi affidati all'Autorità.

Il criterio della **personalità** dell'agente indica, invece, il grado di inclinazione del soggetto agente a commettere violazioni, anche sotto il profilo della sua partecipazione attiva (nel caso in cui la condotta sia posta in essere da più soggetti). Restano naturalmente ferme le specifiche norme in tema di reiterazione dell'illecito.

Al ricorrere di particolari circostanze aggravanti, quindi, l'importo base della sanzione può essere aumentato fino al doppio. Si pensi per esempio ai casi in cui:

- l'agente nei due anni precedenti sia già stato sanzionato (in ipotesi anche più di una volta) per diverse violazioni (e sia dunque un soggetto obiettivamente incline a condotte illecite);
- la violazione sia dipesa da una apposita strategia aziendale decisa a livello apicale;
- l'agente abbia tentato di tentato di occultare la violazione;
- l'agente, anche in considerazione delle sue dimensioni, sia dotato di un'organizzazione interna, anche di controllo, idonea a garantire il pieno rispetto del quadro normativo vigente.

In relazione al tema della quantificazione delle sanzioni pecuniarie, si chiede ai soggetti intervenuti alla consultazione pubblica di voler fornire le proprie considerazioni e ogni informazione ritenuta utile e opportuna, in particolare con specifico riguardo:

- all'articolazione in due fasi della determinazione del *quantum* della sanzione (quantificazione dell'importo di base e valutazione degli elementi accidentali);
- alla valutazione della proposta declinazione dei criteri di cui all'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, fornendo altresì una esemplificazione di fattispecie esplicative rappresentative degli elementi di determinazione della gravità della violazione, dell'opera intesa a eliminare o attenuare le conseguenze della violazione e della personalità dell'agente.