

75/2012/E/COM

**NUOVO REGOLAMENTO PER LA DISCIPLINA
DEI PROCEDIMENTI SANZIONATORI E DELLE
MODALITÀ PROCEDURALI PER LA
VALUTAZIONE DEGLI IMPEGNI**

Osservazioni e proposte ANIGAS

Milano, 6 aprile 2012

Premessa

Anigas con il presente documento esprime le proprie osservazioni relativamente al documento di consultazione 75/2012/E/com, con il quale l'Autorità presenta lo schema del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni, ai sensi dell'articolo 45, comma 6, del decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93.

S1 Si condivide la proposta di attuazione dell'articolo 45, comma 6, del decreto legislativo n. 93/11, sinteticamente delineata nella Introduzione e dettagliata nella successiva Parte 2? Motivare la risposta.

In termini preliminari Anigas esprime apprezzamento in merito alla proposta di attuazione dell'art. 45 del d.lgs. n. 93/11 di recepimento del Terzo Pacchetto il quale prevede che le imprese destinatarie dei procedimenti sanzionatori possano presentare all'Autorità impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o provvedimenti che dovessero essere eventualmente violati e che l'Autorità medesima disciplini con proprio regolamento i procedimenti sanzionatori, nonché le modalità procedurali per la valutazione degli impegni.

Si intende formulare qui di seguito osservazioni e commenti in merito ad alcuni articoli dello schema di provvedimento proposto.

Articolo 2 - Ambito di applicazione

Si rileva una contraddittorietà tra la asserita specialità della disciplina dei procedimenti sanzionatori rispetto alla disciplina generale dei procedimenti di cui il DPR n. 244/2001 e l'affermazione del terzo comma secondo cui non troverebbero più applicazione, dalla data di entrata in vigore del regolamento, le disposizioni del decreto presidenziale.

Si ritiene che l'applicazione del principio di specialità consentirebbe la opportuna vigenza delle disposizioni del decreto presidenziale che avrebbero altresì la funzione di colmare talune lacune del regolamento, specialmente in materia di richiesta di informazioni, perizie e consulenze (tematiche non trattate in modo compiuto dal regolamento).

Si ritiene quindi in generale che il DPR 244/2001 debba trovare applicazione in via integrativa per le parti non disciplinate dal regolamento in esame e ove risulti compatibile con le nuove disposizioni previste.

Articolo 4 – Avvio del procedimento

Si ritiene troppo generico il riferimento alla data del “**completo accertamento**” quale data di decorrenza del termine per la notifica della delibera di avvio del procedimento.

Si propone pertanto che il termine di 180 giorni per la notifica del provvedimento finale al destinatario decorra “*dal completamento dell'attività preistruttoria di cui all'articolo 3 comma 2*”.

Sarebbe, inoltre, opportuno prevedere un termine decadenziale con riferimento alla data in cui la condotta ovvero i fatti oggetto dell'istruttoria sono cessati: ad esempio, si potrebbe prevedere che l'avvio del procedimento debba essere comunicato al destinatario entro un termine di n anni (n da definire) dall'avveramento del fatto ovvero dalla cessazione della condotta oggetto di contestazione.

In merito alla **conclusione del procedimento**, si ritiene quindi opportuno che l'Autorità dia attuazione all'art. 2, comma 5 della legge n. 241/1990 e fissi all'interno del regolamento il termine massimo di conclusione dei procedimenti sanzionatori di sua competenza, eventualmente modulandolo a seconda della tipologia e del numero di soggetti coinvolti e delle violazioni contestate. Per esigenze di chiarezza, sarebbe opportuno che il provvedimento finale inoltre recasse sempre l'indicazione del termine originariamente fissato per la conclusione del procedimento.

La pendenza indeterminata dei termini, a prescindere dalla data indicata dall'Autorità stessa nella delibera di avvio, è infatti in contrasto con l'esigenza di certezza dell'agire amministrativo e lede l'interesse dell'operatore ad una

rapida definizione del procedimento che lo vede indagato, con inevitabili ripercussioni negative sia sul singolo operatore che sui mercati azionari.

Il termine di conclusione dovrebbe peraltro essere prorogabile una sola volta e la proroga dovrebbe essere adeguatamente motivata. In caso contrario la proroga o, in assenza, il superamento di fatto del termine originariamente fissato va considerato indicativo della scarsa lesività della condotta contestata o della ridotta rilevanza dell'interesse pubblico che si assume leso. Di ciò dovrebbe pertanto tenersi conto in sede di quantificazione dell'eventuale sanzione.

Inoltre, sarebbe necessario prevedere, a fronte di ritardi consistenti rispetto ai termini originariamente fissati per la conclusione del procedimento, una corrispondente riduzione dell'importo dell'eventuale sanzione da irrogare, sul presupposto che la scarsa sollecitudine nel definire il procedimento, non può che essere indice della ridotta rilevanza dell'interesse che si assume violato e dunque della tenuità della relativa infrazione.

Per quanto concerne la pubblicazione, nella delibera di avvio del procedimento, degli "*elementi essenziali già acquisiti*" dall'AEEG, si ritiene opportuno che la pubblicazione si limiti agli aspetti generali evitando così di diffondere elementi di dettaglio che possano rappresentare informazioni sensibili o riservate o che possano danneggiare l'immagine dell'azienda prima ancora che il procedimento verifichi ed accerti le presunte violazioni e prima ancora che l'azienda possa esercitare i propri diritti di contraddittorio e difesa.

Articolo 5 - Procedura semplificata

Si ritiene opportuno che anche nello svolgimento della procedura semplificata si realizzi pienamente un contraddittorio *ex-ante*, vale a dire prima della pubblicazione della delibera di avvio del procedimento.

Inoltre, stante quanto previsto dal comma 1 dell'Articolo 5, si segnala il rischio che il soggetto destinatario del provvedimento possa subire ingiustificatamente un grave danno d'immagine a causa della pubblicazione già all'interno del provvedimento di avvio, dell'importo totale della potenziale sanzione, definita dall'AEEG sulla base di elementi in relazione ai quali non è stato possibile l'accertamento in contraddittorio con il destinatario.

Per tali motivi si ritiene opportuno e si propone a codesta rispettabile Autorità che la delibera di avvio del procedimento, in caso di procedura semplificata, non contenga la quantificazione della sanzione, ma che questa venga notificata a parte solo al soggetto interessato.

Inoltre nel momento in cui si addivenga al compimento della procedura con pagamento della sanzione in misura ridotta, si richiede come effetto la estinzione del procedimento sanzionatorio senza che ci sia un formale accertamento dell'infrazione, che altrimenti disincentiverebbe il ricorso alla procedura semplificata non comportando inoltre, in caso di eventuali successivi altri procedimenti, l'applicazione delle maggiorazioni di cui all'art. 27, comma 3.

Si ritiene importante chiarire che l'effetto dell'estinzione del procedimento sanzionatorio conseguente al pagamento in misura ridotta non configura la medesima fattispecie che ricorre quando il procedimento si conclude con l'irrogazione di una sanzione dell'Autorità.

Articolo 6 – Segreto d'ufficio

In coerenza con quanto osservato in relazione all'articolo 2, si richiede l'estensione del segreto d'ufficio e la predisposizione di modalità specifiche per garantire la segregazione e l'utilizzo delle informazioni anche in caso di accesso da parte di terzi.

Si ritiene a tal fine opportuno quantomeno che, se i documenti contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone e imprese, il diritto di accesso sia esercitabile nei limiti di quanto necessario ad assicurare il contraddittorio. Inoltre, i documenti che contengono segreti di impresa aziendali, commerciali, industriali dovrebbero essere sottratti all'accesso.

Articolo 8 - Partecipanti al procedimento

Anigas esprime forte preoccupazione circa la possibilità che soggetti non pienamente legittimati possano prendere parte al procedimento snaturando la ratio dello stesso.

Si ritiene infatti già molto ampia e più che esaustiva la partecipazione al procedimento di tutti i soggetti individuati dall'Autorità ai sensi dell'art. 4.3 dello schema di Delibera, come precisato dal comma 8.1.a).

Non pare opportuno estendere ulteriormente il perimetro dei partecipanti, come previsto dal comma 8.1.b), includendovi anche altri soggetti che possono chiedere liberamente ed autonomamente di partecipare, rischiando fortemente di appesantire e snaturare l'intero procedimento.

In ogni caso, si ritiene necessario il compimento da parte dell'Autorità di una attenta analisi dei requisiti che deve possedere il soggetto che chiede di entrare nel procedimento; al riguardo si potrebbe prevedere che l'Autorità comunichi al soggetto nei cui confronti è aperto il procedimento sanzionatorio le richieste di partecipazione, consentendo a quest'ultimo di presentare opposizione entro un termine prefissato.

L'Autorità, nel caso in cui non tenesse conto dell'opposizione espressi dall'impresa destinataria dell'avvio di procedimento, dovrebbe comunque motivare adeguatamente la propria decisione.

Articolo 9 - Misure Cautelari

Relativamente al potere dell'Autorità, in caso di conversione in legge del D.L. 9 febbraio 2012 n. 5, di deliberare misure cautelari si ritengono opportune le seguenti precisazioni:

- necessità di circoscrivere le ipotesi di ricorso alle misure cautelari, opportunamente motivate;
- previsione di un termine di efficacia del provvedimento cautelare (che non superi il termine per la conclusione del procedimento);
- previsione di un divieto di proroga o di rinnovo della misura cautelare;
- prevedere un termine entro cui l'Autorità, a seguito dell'adozione della misura cautelare, debba comunicare l'avvio del procedimento.

Articolo 11 - Ispezioni, perizie e consulenze

Si richiamano le osservazioni formulate riguardo l'art. 2 in merito alla necessità che in materia di ispezioni, perizie e consulenze trovino applicazione le disposizioni del DPR n. 244/2001, in virtù del carattere speciale della disciplina dei procedimenti sanzionatori (punto 1.8 DCO).

Articolo 12 - Audizioni davanti al responsabile del procedimento

Anigas auspica che il preavviso di 5 giorni per potere disporre audizioni da parte del responsabile del procedimento venga portato a 15 giorni per permettere al soggetto udito di argomentare con completezza le proprie ragioni.

Articolo 14 - Memorie scritte

Si propone:

- di incrementare il termine da 45 a 60 giorni;
- di prevedere che tale termine decorra dalla “notifica” e non dalla “comunicazione” della delibera di avvio del procedimento;
- di prevedere che tale termine sia sospeso nelle more di una richiesta di accesso agli atti (sospensione a partire dalla richiesta di accesso e ripresa della decorrenza a partire dalla possibilità di accesso agli atti)

Articolo 16 - Modalità e termini della proposta di impegni

Si ritiene non sufficiente a formulare una proposta esaustiva il termine di 30 giorni dalla notifica della delibera, soprattutto nei casi che presentano una particolare complessità; per tali circostanze si auspica la possibilità della concessione di una proroga a richiesta dell'impresa.

D'altra parte si segnala per analogia che, nell'ambito della normativa antitrust, la disciplina degli impegni sancita dall'art. 14-ter (inserito nella l. n. 287 del 1990 dal D.L. n. 223 del 4 luglio 2006) garantisce alle imprese almeno tre mesi per la prospettazione di impegni volti a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto di istruttoria avviata dall'AGCM.

In merito alla presentazione della proposta di impegni si ritiene opportuno che al comma 5 sia esplicitato, in coerenza con quanto previsto all'art. 17 comma 1 e al punto 6 dell'allegato A, la possibilità di chiedere per il soggetto che presenta gli impegni la necessità di garantire la riservatezza di talune informazioni che possono non avere attinenza diretta con gli impegni presentati.

Articolo 17 - Ammissibilità e pubblicazione

Nel comma 1 si propone di inserire un termine entro il quale l'Autorità comunichi la propria decisione in merito all'ammissibilità della proposta di impegni.

All'articolo 17.2 lett. a) si suggerisce la cancellazione delle parole *“carente di serietà e”*.

Per ragioni di riservatezza non si condivide (comma 11) la pubblicazione sul sito dell'Autorità della proposta di impegni in sé, salvo che ciò avvenga in una area ad accesso ristretto nella quale la possibilità di accesso viene riservata solo ai partecipanti al procedimento.

Si concorda con la pubblicazione sul sito della Autorità del provvedimento finale.

Relativamente al comma 2 che specifica le ipotesi di inammissibilità degli impegni non si condividono le ipotesi previste dalle lettere c), e), f) in quanto attinenti a valutazioni che entrano nel merito della ammissibilità degli impegni proposti e come tali dovrebbero essere trattati in fase istruttoria.

Si ritiene inoltre auspicabile la previsione di un termine entro il quale il proponente possa chiedere di essere udito prima che venga disposta la dichiarazione di inammissibilità per gli impegni presentati.

Al fine di evitare la dichiarazione di inammissibilità per motivi meramente formali o comunque sanabili si ritiene opportuno introdurre alla fine dell'articolo 17.2 il seguente periodo:

“Laddove la proposta d'impegni fosse inammissibile per la dichiarazione di c.d. “mero adempimento dell'obbligo violato”, l'Autorità potrà richiedere al proponente di integrare la proposta fornendo a tal fine ogni elemento che riterrà utile. La proposta di impegni riformulata dovrà essere inviata all'Autorità

entro il termine da questa indicato che comunque non potrà essere superiore a 10 giorni. La proposta sarà comunque inammissibile in caso di inutile decorrenza del termine predetto ovvero laddove l'Autorità ritenesse che la riformulazione eventualmente proposta non risponda adeguatamente alle riserve in precedenza evidenziate dall'Autorità".

Articolo 18 - Istruttoria

Relativamente alla possibilità per i terzi interessati di presentare osservazioni scritte in merito agli impegni proposti - comma 1 -, per le medesime argomentazioni espresse nell'articolo precedente si ritiene opportuno che le stesse vengano pubblicate in un'area ad accesso ristretto, ovvero siano comunicate ai soggetti interessati.

Riguardo la possibilità per il responsabile del procedimento di chiedere ulteriori informazioni ai soggetti interessati - comma 6 - occorre prevedere esplicitamente anche la menzione del soggetto proponente; anche tali informazioni dovrebbero essere pubblicate in un'area ad accesso ristretto, ovvero in alternativa dovrebbero essere comunicate ai soli soggetti interessati.

Articolo 19 - Provvedimento finale dell'Autorità relativo alla proposta di impegni

Si propone di inserire un termine entro il quale l'Autorità emani il proprio provvedimento finale relativo alla proposta di impegni. Tale termine, tenuto conto che la proposta di impegni potrebbe anche essere rigettata con prosecuzione del procedimento sanzionatorio dovrà essere individuato in adeguato anticipo rispetto al termine di conclusione del procedimento e stabilito nella delibera di avvio del procedimento stesso.

Articolo 20 - Riavvio del procedimento sanzionatorio

Si ritiene opportuno specificare, in caso di conseguente irrogazione della sanzione, che è *"fatto salvo il limite di cui al successivo articolo 31, comma 2"* in modo da richiamare esplicitamente anche in questo caso il limite generale per le sanzioni irrogate dall'Autorità.

Articolo 21 - Audizione finale davanti al Collegio

Ai fini della più completa esposizione delle proprie argomentazioni si ritiene opportuno che le aziende possano presentare memorie e documentazione sia in audizione sia successivamente alla stessa (al fine di fare emergere il contenuto della stessa) entro un termine fissato dalla Autorità.

Inoltre, al comma 3, dopo la parola “*congiuntamente*”, si suggerisce di aggiungere le seguenti parole “*adottando le opportune misure per garantire il contraddittorio*”.

Articolo 24 - Criteri di calcolo della sanzione

Si propone di sostituire nella rubrica dell'articolo la parola “*calcolo*” con la parola “*quantificazione*” e nel comma 1, la parola “*calcolate*” con “*quantificate*”.

Anigas auspica la abrogazione del comma 2 in quanto non in linea con il principio della predeterminazione della sanzione. Si ritiene comunque opportuno che venga esplicitata nel provvedimento la generale non derogabilità dei criteri che fissano il limite massimo delle sanzioni di cui al successivo art. 31, criteri peraltro sanciti dalla normativa primaria.

Articolo 26 - Gravità della violazione

Al comma 1 sostituire le parole “*la gravità della violazione si desume*” con “*Ai fini della valutazione della gravità della violazione si terrà conto*”.

Articolo 27 - Personalità dell'agente

Sul piano della riduzione della sanzione nella ipotesi di autodenuncia della impresa (comma 2 lettera a)) si ritiene che la diminuzione della sanzione debba essere della metà (e non semplicemente “*non superiore alla metà*”); altrimenti, nell'indeterminatezza del vantaggio in termini di riduzione della sanzione, lo scopo di incentivare la autodenuncia risulterebbe completamente frustrato e l'operatore sarebbe indotto ad affrontare la fase istruttoria.

Articolo 28 - Reiterazione della violazione

In considerazione dell'estrema gravità delle conseguenze per l'operatore, si ritiene opportuno circoscrivere l'ambito di applicazione della disposizione ai casi di reiterazione di violazioni connotate da particolare gravità.

Si reputa pertanto opportuno che la violazione reiterata debba essere della stessa fattispecie e non indole di quella già sanzionata, ed inoltre dovrebbe essere prevista quale criterio per la comminazione della sanzione la gravità dell'illecito compiuto.

Infine dovrebbe essere fatta salva la disciplina degli impegni, per incentivare le pratiche riparatorie.

Per quanto riguarda il servizio di distribuzione gas, si fa presente inoltre che i soggetti titolari degli affidamenti sono i Comuni e non il Ministero competente.

Articolo 29 - Ravvedimento operoso

Per una proporzione rispetto alle sanzioni previste dal regolamento, anche in termini di aumenti o diminuzioni, si ritiene corretto prevedere per la ipotesi del ravvedimento operoso iniziato prima dell'avvio del procedimento la diminuzione della sanzione alla metà.

Articolo 31 - Condizioni economiche dell'agente e calcolo della sanzione finale

Si propone al primo comma di sostituire il termine "esercente" con il termine "soggetto stesso", per dare conto del fatto che il soggetto esercente debba identificarsi con il soggetto giuridico che ha commesso la infrazione.

Si ritiene inoltre opportuno individuare meglio il fatturato derivante da un'attività afferente la violazione; a tal proposito si propone di inserire nelle definizioni le attività di cui all'art. 4 del TIU allegato alla Delibera 11/07.