

DELIBERAZIONE 14 GIUGNO 2012
243/2012/E/COM

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

L'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Nella riunione del 14 giugno 2012

VISTI:

- la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità" e, in particolare, l'art. 2, comma 27 (di seguito: legge 481/95);
- il regolamento (CE) n. 714/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica ed, in particolare, il suo art. 22;
- il regolamento (CE) n. 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale ed, in particolare, il suo art. 27;
- la direttiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE (di seguito: direttiva elettrica);
- la direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE (di seguito: direttiva gas);
- la legge 4 giugno 2010, n. 96, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2009";
- il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, di "Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE" (di seguito: decreto legislativo 93/11), come successivamente modificato ed integrato;
- la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "Modifiche al sistema penale" (di seguito: 689/81);

- la legge 7 agosto 1990, n. 241, come successivamente modificata ed integrata, recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" (di seguito: legge 241/90);
- la legge 18 giugno 2009, n. 69, recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile" (di seguito: legge 69/09);
- la legge 23 luglio 2009, n. 99, recante "Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia" (di seguito: legge 99/09);
- il decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 2001, n. 244, di emanazione del "Regolamento recante disciplina delle procedure istruttorie dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a norma dell'articolo 2, comma 24, lettera a), della L. 14 novembre 1995, n. 481" (di seguito: d.P.R. 244/01);
- la deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito: Autorità) 20 maggio 1997, n. 61/97 contenente "Disposizioni generali di svolgimento dei procedimenti per la formazione delle decisioni di competenza dell'Autorità" (di seguito: deliberazione 61/97);
- la deliberazione dell'Autorità 2 ottobre 2008, ARG/com 144/08 recante "Linee guida sull'applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481" (di seguito: Linee guida);
- la deliberazione dell'Autorità 30 ottobre 2009, GOP 46/09, contenente l'approvazione della "Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas" (di seguito: deliberazione GOP 46/09);
- la deliberazione dell'Autorità 30 marzo 2012, 109/2012/A;
- la deliberazione dell'Autorità 6 ottobre 2011 ARG/com 136/2011, recante "Avvio di un procedimento per l'adozione del nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni, ai sensi dell'art. 45, comma 6, del decreto legislativo 1 giugno 2001, n. 93".

CONSIDERATO CHE:

- l'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 481/95, "salvo che il fatto costituisca reato", attribuisce all'Autorità il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie "in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri";
- ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 481/95, come modificata dall'art. 28, della legge 99/09, le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità non possono essere inferiori a 2.500 euro e superiori a 154.937.069,73 euro;
- l'art. 37, paragrafo 4, lett. d), della direttiva elettrica e l'art. 41, paragrafo 4, lett. d) della direttiva gas - nel prevedere che le Autorità di regolamentazione siano dotate dei poteri necessari per assolvere con efficacia e rapidità i compiti attribuiti loro - dispongono che le stesse Autorità siano dotate, tra gli altri, del potere di imporre sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" alle imprese elettriche e del gas

naturale che non ottemperano agli obblighi ad esse imposti dalle direttive stesse o dalle "pertinenti decisioni giuridicamente vincolanti" dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell'energia (ACER) o della stessa Autorità di regolamentazione;

- secondo le direttive comunitarie elettricità e gas le sanzioni potranno essere imposte, secondo i casi, fino al 10% del fatturato annuo del gestore del sistema di trasmissione o fino al 10% del fatturato annuo dell'impresa verticalmente integrata, per inosservanza dei rispettivi obblighi che incombono loro a norma delle direttive stesse;
- l'art. 45, del decreto legislativo 93/11, nell'attuare le predette direttive, prevede altresì:
 - a. che le imprese destinatarie dei procedimenti sanzionatori possano presentare all'Autorità impegni utili al più efficace perseguimento degli interessi tutelati dalle norme o dai provvedimenti violati;
 - b. che l'Autorità disciplini con proprio regolamento, nel rispetto della legislazione vigente in materia, i procedimenti sanzionatori di sua competenza, nonché le modalità procedurali per la valutazione degli impegni;
- l'art. 43, comma 5, del decreto legislativo 93/11 stabilisce che l'Autorità al fine dell'efficace svolgimento dei propri compiti, ivi compresi quelli operativi, ispettivi, di vigilanza e monitoraggio può, tra l'altro, adottare misure temporanee di regolazione asimmetrica;
- il decreto legislativo 93/11 prevede che l'Autorità disciplini il procedimento sanzionatorio in modo da assicurare agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta e orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie;
- la disciplina dei procedimenti sanzionatori ha carattere speciale rispetto alla disciplina generale dei procedimenti individuali dell'Autorità dettata dal d.P.R. 244/2001, nonché alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, di cui alla legge 689/81 e in materia di procedimento amministrativo, di cui alla legge 241/90;
- il decreto legislativo prevede che il termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all'art. 14, comma 2, della legge 689/81, sia di 180 giorni;
- la disciplina del potere sanzionatorio di cui all'art. 45, del suddetto decreto legislativo si applica ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità avviati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo stesso;
- lo stesso decreto legislativo, nel confermare il limite edittale minimo e massimo già previsto dalla legge 481/95, come modificata dalla legge 99/09, dispone che le sanzioni amministrative pecuniarie non possono comunque superare il 10% del fatturato realizzato dall'impresa verticalmente integrata nello svolgimento delle attività afferenti la violazione nell'ultimo esercizio chiuso prima dell'avvio del procedimento sanzionatorio;
- il decreto legislativo 93/11 prevede che:
 - l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni, può renderli obbligatori per l'impresa proponente e concludere il procedimento sanzionatorio senza accertare l'infrazione;

- qualora il procedimento sia stato avviato per accertare le violazioni di decisioni dell'ACER, l'Autorità valuta l'idoneità degli eventuali impegni, sentita l'ACER;
- l'Autorità può riavviare il procedimento sanzionatorio qualora l'impresa contravvenga agli impegni assunti o la decisione si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti; in questi casi l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria aumentata fino al doppio di quella che sarebbe stata irrogata in assenza di impegni;
- le disposizioni, di cui all'art. 45, del decreto legislativo 93/11 si applicano ai procedimenti sanzionatori di competenza dell'Autorità avviati successivamente all'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo (art. 45, comma 7).

RITENUTO:

- opportuno che l'attività di *enforcement* sia volta a perseguire, prima della sua tipica funzione afflittiva, una generale funzione di garanzia del rispetto delle regole, nonché una funzione di controllo della efficacia dell'attività regolatoria;
- opportuno disciplinare le singole fasi in cui si articola il procedimento sanzionatorio nel rispetto dei principi di semplificazione e di partecipazione;
- necessario assicurare una maggiore separazione tra le funzioni istruttorie e quelle decisorie;
- opportuno modificare, alla luce delle indicazioni emerse dal nuovo quadro normativo, dall'evoluzione giurisprudenziale e dalla prassi, i criteri di quantificazione delle sanzioni disciplinati dalle Linee guida;
- opportuno disciplinare la pubblicità degli atti del procedimento sanzionatorio, conformemente alla normativa vigente in materia;
- necessario disciplinare l'istituto degli impegni, al fine di consentire all'Autorità una più ampia realizzazione degli interessi tutelati dalla regolazione anche all'interno dei procedimenti sanzionatori e tenendo conto altresì del potere dell'Autorità di adottare misure di regolazione asimmetrica ai sensi dell'art. 43, comma 5, del d. lgs. 93/11;
- opportuno disciplinare gli impegni alla luce del principio di proporzionalità, tenendo conto in particolare del rapporto tra la gravità della violazione contestata e gli impegni proposti.

CONSIDERATO E RITENUTO, INOLTRE, CHE:

- in relazione al Documento per la consultazione 75/2012/E/com, emanato nell'ambito del procedimento avviato con deliberazione ARG/com 136/11, sono pervenute osservazioni e proposte da parte di nove soggetti (di seguito, partecipanti), in particolare quattro esercenti, tre associazioni rappresentative di imprese e due associazioni rappresentative di consumatori;
- la generalità dei partecipanti esprime apprezzamento per l'iniziativa dell'Autorità di introdurre un regolamento che disciplini i procedimenti sanzionatori e le modalità procedurali per la valutazione degli impegni;
- con riferimento all'ambito di applicazione del regolamento (art. 2), tre dei partecipanti propongono di modificare la formulazione del comma 3, dell'art. 2, richiamando in via integrativa il d.P.R. 244/01, con particolare riferimento alla

disciplina dell'accesso agli atti, delle ispezioni, delle richieste di informazioni e documenti, delle perizie e delle consulenze; alcuni partecipanti propongono un'estensione del segreto d'ufficio;

- l'Autorità osserva che il presente regolamento non altera il sistema delle fonti del diritto e che pertanto esso convive, nel rispetto del principio gerarchico e di specialità sotteso all'art. 45, del d. lgs. 93/2011, con fonti di rango primario e secondario, tra le quali in particolare la legge 241/90, la legge 689/81, il d.P.R. 244/01; alla luce di tale circostanza, le richieste di informazioni e documenti, ispezioni e accessi, consulenze e perizie, accesso agli atti, istanze e segnalazioni, sono disciplinate dalle disposizioni vigenti, tra le quali quelle del d.P.R. 244/01; infine, con riferimento al segreto d'ufficio, l'Autorità accoglie la proposta riformulandone la disciplina;
- con riferimento alla fase preistruttoria, un esercente ritiene opportuna l'introduzione del contraddittorio anche in questa fase preliminare;
- l'Autorità ritiene che, anche in virtù dell'accoglimento della precedente osservazione, il contraddittorio risulti ampiamente garantito in questa fase preistruttoria, attraverso le norme relative alle specifiche attività di acquisizione della notizia dell'illecito (richieste di informazioni e documenti, ispezioni), soggette, come già chiarito, tra l'altro, alla disciplina di cui al d.P.R. 244/01;
- sono state formulate diverse osservazioni aventi ad oggetto i termini del procedimento ed in particolare:
 - con riferimento ai termini per l'avvio, tre esercenti propongono di individuare le ipotesi di "accertamento" dal quale decorrono i termini per l'avvio del procedimento sanzionatorio;
 - tre partecipanti propongono di inserire nel presente regolamento e quindi in via generale il termine massimo di conclusione dei procedimenti sanzionatori e di prevederne la prorogabilità per una sola volta;
 - un esercente propone di considerare il mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento come indice di scarsa lesività della condotta ai fini della quantificazione della sanzione;
- sui termini del procedimento, l'Autorità ritiene:
 - di non poter accogliere la proposta di individuare i casi di "accertamento" dai quali decorrono i 180 giorni per l'avvio del procedimento -che contenga una matura e legittima formulazione della contestazione-, non essendo individuabile in astratto il momento di acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, in quanto frutto di una attività valutativa rapportata alla complessità delle singole fattispecie;
 - di non accogliere la proposta di fissare in via generale nel presente regolamento il termine massimo di conclusione del procedimento, in considerazione della eterogeneità delle violazioni, della diversità degli elementi di volta in volta raccolti in fase preistruttoria a fondamento delle contestazioni e della conseguente diversa complessità dei procedimenti sanzionatori volti ad accertare le violazioni; l'Autorità ritiene quindi che la sede migliore per fissare il termine massimo di conclusione del procedimento sia la delibera di avvio, in quanto solo in essa è possibile rapportare la durata del procedimento alla sua complessità; per le stesse ragioni -al di là della natura pacificamente ordinatoria dei termini dei procedimenti sanzionatori-

- non è possibile prevedere, in via generale, la prorogabilità, per una sola volta, del termine finale del procedimento;
- infine, quanto alla presunta minore lesività della condotta in caso di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento l'Autorità ricorda che tale circostanza non solo non consuma né affievolisce il potere sanzionatorio dell'Autorità, ma è semmai indice di un maggiore approfondimento istruttorio a garanzia delle esigenze di difesa e di contraddittorio;
 - con riferimento alla pubblicità della delibera di avvio del procedimento, tre partecipanti propongono di integrare l'art. 4, nel senso di prevedere la pubblicazione della delibera di avvio "a borse chiuse" e la notifica all' esercente con congruo anticipo rispetto alla pubblicazione, nonché di limitare la pubblicità alla parte essenziale del provvedimento o in spazi dedicati;
 - l'Autorità ricorda che, laddove necessario, pubblica la delibera di avvio in un momento successivo alla notifica al destinatario dell'atto e a borse chiuse; quanto alla limitata pubblicità l'Autorità ricorda che il legittimo interesse alla riservatezza deve necessariamente essere temperato con l'interesse alla partecipazione dei terzi;
 - con riferimento alla procedura semplificata, prevista dall'art. 5, sono state presentate osservazioni da parte di quasi tutti i partecipanti i quali, pur riconoscendo a tale istituto una funzione altamente deflattiva e pienamente attuativa del principio di economia procedimentale, hanno proposto le seguenti modifiche:
 - a) al fine di garantire al destinatario del provvedimento un più ampio diritto di difesa e contraddittorio ed alla Autorità una più completa valutazione della condotta oggetto di contestazione, alcuni partecipanti propongono di aumentare a 60 giorni il termine per potere aderire alla procedura in esame e di prevedere la possibilità di un contraddittorio (anche attraverso la presentazione di memorie e documenti) sia prima della pubblicazione del provvedimento che nei successivi 30 giorni dalla notifica; sulla necessità di un contraddittorio un partecipante ha proposto, altresì, che esso venga esteso alla fase di determinazione della sanzione indicata nel provvedimento di avvio;
 - b) quattro partecipanti propongono, al fine di evitare danni di immagine, di pubblicare il provvedimento privo degli elementi identificativi del destinatario e dell'importo della sanzione o in alternativa di comunicare la delibera di avvio solo al destinatario del provvedimento, pubblicando la stessa solo successivamente all'eventuale adesione alla procedura;
 - c) due partecipanti propongono di stabilire nella delibera di avvio gli importi minimi e massimi della sanzione irrogabili in caso di non adesione alla procedura semplificata al fine di incentivare l'accesso alla procedura stessa;
 - d) cinque partecipanti propongono di escludere che l'adesione alla procedura semplificata comporti un accertamento della responsabilità e l'adozione di misure prescrittive nonché di considerare l'adesione stessa irrilevante ai fini della recidiva, motivando tali richieste, da un lato, con un richiamo all'istituto dell'oblazione di cui all'art. 16 della legge 689/81 e dall'altro sostenendo che, in caso contrario, si disincentiverebbe l'adesione alla procedura stessa;
 - e) un partecipante propone di limitare la discrezionalità dell'Autorità, ammettendo la procedura semplificata in tutti i casi in cui sia possibile identificare preventivamente l'importo base della sanzione; un'associazione dei consumatori

propone che venga limitata l'applicazione della procedura alle sole violazioni che coinvolgano un numero marginale di soggetti;

- f) un partecipante propone che ai fini del calcolo della sanzione base siano presi in considerazione, oltre alla gravità della violazione, anche gli elementi di fatto dai quali possa desumersi una non inclinazione dell'esercente alla violazione della regolazione;
- con riferimento alla procedura semplificata:
 - a) l'Autorità ritiene di non poter accogliere la richiesta di allungare a 60 giorni il termine per poter aderire ad una procedura semplificata che preveda peraltro il contraddittorio nei 30 giorni successivi alla notifica dell'avvio, in quanto, tenuto anche conto dei termini di presentazione degli impegni, tale modifica andrebbe in contrasto con la *ratio* della procedura che è rappresentata dalla necessità di concludere in termini brevi il procedimento; la procedura in esame, inoltre, non comprime il diritto di difesa, che è comunque garantito nelle ipotesi di non acquiescenza alla procedura semplificata. Peraltro, anche nel caso in cui si acceda alla procedura semplificata l'esercizio del diritto di difesa è comunque garantito in quanto la previsione di cui al primo comma - secondo cui "contestualmente alla notifica della delibera di avvio verranno allegati i documenti su cui si basa la contestazione" - consente alla parte la visione degli atti detenuti sin dalla fase preistruttoria sulla quale si fonda l'avvio del procedimento in forma semplificata;
 - b) l'Autorità ritiene di non poter accogliere la richiesta di non pubblicare la delibera di avvio con la quale si propone la possibilità di aderire alla procedura semplificata in quanto tale delibera soggiace alle stesse esigenze di pubblicità di qualsiasi altro avvio procedimentale dell'Autorità; non risulta altresì accoglibile, per ragioni di economicità, la proposta di condizionare la pubblicazione del provvedimento all'avvenuta adesione alla procedura semplificata in quanto nel caso di mancata adesione l'Autorità sarebbe costretta ad elaborare una nuova ed ulteriore deliberazione di avvio priva degli elementi relativi alla procedura semplificata;
 - c) non può essere accolta la proposta in merito alla determinazione degli importi minimi e massimi della sanzione irrogabile in caso di non adesione alla procedura semplificata in quanto tale soluzione potrebbe incentivare comportamenti opportunistici da parte dei destinatari dei provvedimenti e degli altri operatori; inoltre non è possibile una predeterminazione dell'importo finale il quale può dipendere da elementi non noti al momento dell'avvio e che possono essere acquisiti solo successivamente nella fase istruttoria del procedimento;
 - d) non risulta condivisibile la proposta di alcuni partecipanti di prevedere che l'adesione alla procedura semplificata escluda un accertamento della violazione in quanto per procedure simili la giurisprudenza (Cfr. Cons. Stato Sez. III, Sent., 19 settembre 2011, n. 5263; Cons. Stato Sez. VI, 13 maggio 2008, n. 2216; Cass. Civ., Sez. II, 26 maggio 2010, n. 12899; Cass. Civ., Sez. I, 11 febbraio 2005, n. 2862) ha statuito che il pagamento in misura ridotta implica necessariamente l'accettazione della sanzione e quindi il riconoscimento da parte del "contravventore" della propria responsabilità e, conseguentemente, anche ai fini della deflazione dei processi, la rinuncia a esercitare il proprio diritto alla tutela giurisdizionale; l'effetto incentivante richiamato dai

partecipanti, inoltre, risiede già nella possibilità, aderendo alla procedura, di pagare un importo ridotto della sanzione indicata nel provvedimento. Infine, è da ritenere che una volta che il destinatario del procedimento abbia pagato la sanzione aderendo alla procedura semplificata il procedimento possa (ed anzi debba) essere continuato per gli eventuali accertamenti al fine di adottare provvedimenti prescrittivi. Si tratta, infatti, in quest'ultimo caso di procedimenti aventi finalità diverse che possono essere unificati per esigenze di economia istruttoria, ma che possono conservare (o riacquistare) anche la loro autonomia (cfr. Cons Stato, Sez. III, parere del 16 novembre 2004);

- e) in ordine alle proposte avanzate in merito alla necessità di circoscrivere l'ambito di applicazione della procedura e di evitarne un'applicazione troppo estensiva, occorre rilevare che la procedura in oggetto non è estesa a tutte le "infrazioni" ma solo ai casi - discrezionalmente valutati dall'Autorità, anche alla luce della sussistenza di rilevanti esigenze partecipative di terzi - di procedimenti nei quali gli elementi raccolti nell'attività preistruttoria "sorreggano sufficientemente la fondatezza della contestazione";
- f) l'Autorità ritiene, infine, di accogliere la proposta di considerare nella quantificazione della sanzione determinata nella delibera di avvio tutti gli elementi, collegati anche alla personalità del destinatario del provvedimento, di cui l'Autorità sia in quel momento a conoscenza;
- con riferimento all'istituto dell'intervento nel procedimento, sono state presentate osservazioni da parte di esercenti e loro rappresentanti nonché da parte di due associazioni dei consumatori; il primo gruppo di osservazioni sono nel senso di limitare la partecipazione, prevedendo un contraddittorio esteso alla valutazione dell'interesse sotteso all'istanza di intervento; le altre sono invece nel senso di ampliare l'intervento, ammettendo la legittimazione di diritto alle associazioni iscritte all'organismo governativo denominato CNCU (Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti) o eliminando il riferimento al "pregiudizio diretto, immediato e attuale", previsto dall'attuale art. 8;
- l'Autorità ritiene che l'attuale formulazione dell'art. 8 contemperisca adeguatamente gli interessi sottesi ai due ordini di proposte sopra considerati, in quanto prevede dei requisiti di intervento che, oltre ad essere coerenti con la legge generale sul procedimento amministrativo, sono oggetto di una adeguata valutazione da parte del responsabile del procedimento;
- con riferimento alle misure cautelari, alcuni partecipanti propongono di circoscriverne l'applicabilità ad alcune fattispecie predeterminate, altri propongono di prevedere che il provvedimento cautelare indichi il termine di efficacia (comunque non oltre quello previsto per la conclusione del procedimento) e che tale termine non sia prorogabile o rinnovabile, altri propongono di introdurre una forma di contraddittorio prima o dopo l'adozione delle misure cautelari, altri infine che venga previsto un termine entro cui l'Autorità, a seguito dell'adozione della misura cautelare, avvii il procedimento sanzionatorio;
- l'Autorità ritiene di accogliere la proposta relativa all'indicazione nel provvedimento cautelare di un termine – non prorogabile, né rinnovabile – di efficacia della misura cautelare; in considerazione della eterogeneità delle violazioni non risulta possibile, invece, la tipizzazione degli illeciti, suscettibili di applicazione di misure cautelari, richiesta da alcuni dei partecipanti;

- l’Autorità ritiene di accogliere la proposta di introdurre una forma di contraddittorio permettendo al destinatario del provvedimento di depositare, entro 15 giorni dall’adozione della misura, memorie e documenti a supporto di un’istanza di revoca o modifica del provvedimento cautelare; infine ricorda che il procedimento sanzionatorio deve essere avviato entro 180 giorni dal completo accertamento della violazione;
- con riferimento all’art. 12, sono state presentate due tipi di osservazioni, la prima nel senso di prevedere audizioni del responsabile del procedimento su istanza di parte; la seconda nel senso di allungare il termine di preavviso per la convocazione dell’audizione dinanzi al responsabile del procedimento;
- la proposta di prevedere audizioni del responsabile del procedimento su istanza di parte non può essere accolta in quanto nella fase istruttoria il contraddittorio e il diritto di difesa sono ampiamente garantiti in forma scritta (memorie e repliche) e comunque il regolamento garantisce ai partecipanti al procedimento il diritto all’audizione finale innanzi al Collegio; peraltro anche la legge n. 241/90 riserva la verifica della completezza dell’istruttoria alla valutazione “d’ufficio” del responsabile del procedimento; si ritiene invece di poter accogliere l’osservazione relativa all’allungamento del termine di preavviso della convocazione dell’audizione di cui all’art. 12;
- con riferimento alle memorie scritte (art. 14) e alle memorie di replica (art. 15) sono pervenute osservazioni sul termine per la presentazione delle stesse e, limitatamente alle memorie scritte, sulla sospensione del termine per il loro deposito in caso di istanza di accesso;
- l’Autorità ritiene di accogliere le osservazioni sull’allungamento dei termini per la presentazione delle memorie scritte e delle memorie di replica portandole rispettivamente da 45 a 60 giorni e da 30 a 45 giorni; tali nuovi termini sono sufficientemente ampi da garantire il diritto di difesa, anche a seguito della presentazione di un’istanza di accesso;
- in materia di impegni, i partecipanti presentano le seguenti proposte:
 - con riferimento alla proposta di impegni (art 16) : a) allungare i termini per la presentazione della proposta; b) prevedere forme di tutela della riservatezza; c) prevedere incontri con gli uffici dell’Autorità prima della presentazione degli impegni;
 - con riferimento alla fase di ammissibilità e pubblicazione degli impegni (art. 17): a) limitare il giudizio di inammissibilità al solo rispetto di requisiti formali, riformulando i criteri di cui all’art. 17, comma 2; con particolare riferimento al requisito di cui alla lett. b), un operatore propone che qualora la proposta si esaurisca nel mero adempimento dell’obbligo violato il proponente possa integrarla; b) introdurre un termine per la decisione di ammissibilità; c) non prevedere la pubblicazione della proposta di impegni e, in alternativa, prevedere la comunicazione della proposta di impegni ai soli partecipanti al procedimento;
- l’Autorità ritiene di non poter accogliere le osservazioni relative ai termini della proposta di impegni, in quanto il termine di 30 giorni a decorrere dalla notifica della deliberazione di avvio del procedimento è fissato dall’art. 45 del d. lgs. 93/2011, il quale non consente, quindi, per la sua brevità, un’interlocuzione strutturata con gli uffici, peraltro non strettamente necessaria perché la previsione di un formulario per la presentazione della proposta di impegni dovrebbe aiutare a superare almeno lo scrutinio di “ricevibilità” della medesima (art. 16, comma 2); si ritiene invece

- opportuno accogliere la proposta di integrare l'art. 16 con una clausola che tuteli la riservatezza del proponente gli impegni;
- con riferimento alla fase di ammissibilità e pubblicazione degli impegni, l'Autorità ritiene:
 - di non poter accogliere le proposte relative ai requisiti di ammissibilità in quanto funzionali ad una preliminare valutazione della serietà ed idoneità degli impegni prima della pubblicazione degli stessi;
 - di non poter acconsentire all'integrazione della proposta di impegni nel caso in cui la stessa consista nel mero adempimento dell'obbligo violato e ciò per evitare di vanificare la previsione del termine per la proposta di impegni;
 - di non poter introdurre un termine per la valutazione di ammissibilità degli impegni in considerazione della diversa complessità dei procedimenti sanzionatori;
 - di confermare la pubblicazione della proposta di impegni al fine di consentire il contraddittorio sulla stessa;
 - con riferimento all'istruttoria sugli impegni (art. 18), alcuni partecipanti chiedono di limitare la pubblicazione delle osservazioni alla proposta di impegni o di comunicare le stesse al solo proponente; un'associazione di categoria propone di specificare che gli uffici dell'Autorità possano chiedere informazioni utili alla valutazione degli impegni a tutti gli interessati, compreso il proponente; infine, un'associazione dei consumatori propone di prevedere che la proposta di impegni sia sempre comunicata alle associazioni iscritte al CNCU;
 - in considerazione della rilevanza degli interessi pubblici sottesi al procedimento sanzionatorio, l'Autorità ritiene di dover assicurare anche nella fase del procedimento relativa alla valutazione degli impegni proposti dal destinatario dell'avvio la massima trasparenza e ciò anche al fine di disincentivare proposte e osservazioni carenti di serietà; la pubblicazione della proposta di impegni e delle relative osservazioni rende peraltro superflua ogni ulteriore comunicazione individuale; si precisa infine che il riferimento ai "soggetti interessati" di cui al comma 6, dell'art. 18, deve intendersi comprensivo del proponente;
 - con riferimento al provvedimento finale in materia di impegni (art. 19), due partecipanti propongono di prevederne il termine di adozione nella delibera di avvio del procedimento;
 - l'Autorità ritiene di non poter indicare nella delibera di avvio del procedimento sanzionatorio il termine di una fase procedimentale meramente eventuale, quale quella degli impegni, la cui complessità può desumersi solo dalla proposta di impegni, successiva alla delibera di avvio;
 - con riferimento alla fase decisoria, le principali osservazioni hanno riguardato l'audizione finale; in particolare è stato proposto di prevedere: a) l'allungamento del termine di preavviso della convocazione; b) il rinvio dell'audizione per "comprovate esigenze indifferibili"; c) la possibilità di presentare memorie durante e dopo l'audizione; d) la replica da parte del Collegio nel corso dell'audizione alle osservazioni contenute nella memoria di replica; e) misure per garantire il contraddittorio nel corso dell'audizione, tra le quali la convocazione per l'audizione finale dei partecipanti al procedimento, nonché di coloro che hanno presentato osservazioni sulla proposta di impegni non accettata; f) l'inclusione nel verbale dell'audizione delle principali dichiarazioni dei partecipanti;

- l’Autorità ritiene opportuno: a) allungare a 10 giorni il termine di preavviso della convocazione dell’audizione finale; b) non prevedere il rinvio dell’audizione fissata dal Collegio a richiesta di parte in quanto la stessa incentiverebbe comportamenti opportunistici degli operatori, rimettendo ai destinatari della delibera di avvio del procedimento sanzionatorio i tempi del procedimento stesso; c) non accogliere la proposta relativa alla presentazione di memorie durante e dopo l’audizione in quanto il regolamento già consente un ampio contraddittorio con la presentazione di memorie scritte dopo la comunicazione della delibera d’avvio (art. 14) e di memorie di replica dopo la comunicazione delle risultanze istruttorie (art. 15) e che, in esito alla presente consultazione, i termini per il deposito delle citate memorie sono stati rispettivamente portati da 45 a 60 (art. 14) e da 30 a 45 (art. 15); d) l’audizione finale - istituto naturalmente finalizzato all’esercizio diritto di difesa - è per definizione il momento nel quale i partecipanti al procedimento presentano le proprie ragioni al Collegio senza che questo sia tenuto ad anticipare in quella sede i contenuti della successiva decisione; e) il contraddittorio - principio ispiratore di tutto il procedimento - è garantito anche nell’audizione finale alla quale ogni partecipante, indipendentemente dalla circostanza di aver o meno presentato osservazioni alla proposta di impegni, può essere ammesso; f) per ragioni di efficienza e di buon andamento l’Autorità ritiene opportuno prevedere che nel resoconto sintetico siano riportate le operazioni compiute e che sia sempre acquisita agli atti - e quindi ostensibile - la registrazione dell’audizione stessa;
- con riferimento al calcolo della sanzione, in via generale: a) molti dei partecipanti hanno proposto di eliminare il comma 2 dell’art. 24 che prevede che l’Autorità possa motivatamente derogare all’applicazione delle disposizioni in materia di quantificazione della sanzione per ottenere un particolare effetto dissuasivo o per tener conto di particolari condizioni economiche dell’agente; b) a parere di due partecipanti, il provvedimento sanzionatorio dovrebbe recare in allegato una tabella di calcolo della sanzione;
- l’Autorità ritiene di non accogliere la proposta relativa all’eliminazione del comma 2, dell’art. 24; come noto, l’art. 11, della legge 689/81 riconosce all’autorità amministrativa chiamata ad irrogare sanzioni un’ampia discrezionalità circa l’applicazione dei criteri di quantificazione; ciò nonostante, l’Autorità ha inteso orientare la propria discrezionalità entro un quadro chiaro, non discriminatorio e finalizzato agli obiettivi ad essa affidati dalla legge, senza però rinunciare ad ogni margine di discrezionalità riconosciute dalla legge, ponendo una disposizione analoga a quella contenuta nella precedente deliberazione ARG/com 144/08 (cfr. art. 8, linee guida); tale previsione - che non ha peraltro mai trovato applicazione nella prassi - consente all’Autorità, nei limiti edittali previsti dalla legge, di tener conto delle peculiarità di casi specifici;
- l’Autorità ritiene altresì, come confermato dalla giurisprudenza, che l’onere di motivazione non possa spingersi sino al punto di indicare il calcolo matematico seguito nell’adottare il provvedimento, essendo sufficiente il rispetto dei criteri stabiliti dall’art. 11, della legge 689/81 e l’indicazione delle ragioni della concreta applicazione di tali criteri (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397 e Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010);
- con riferimento ai singoli criteri di quantificazione della sanzione, ed in particolare:
 - al criterio della personalità dell’agente, i partecipanti propongono di prevedere da un lato che l’aumento della sanzione in considerazione della recidiva sia

facoltativo, dall'altro che il *quantum* dell'aumento e della diminuzione della sanzione in applicazione del criterio della personalità dell'agente sia predeterminato in misura fissa; i partecipanti propongono di modificare la formulazione dell'art. 28, rubricato "reiterazione della violazione", o circoscrivendone l'ambito di applicazione alle violazioni particolarmente gravi, o precisando il concetto di "violazioni della stessa indole", o specificando che il soggetto competente per la sospensione o la decadenza della concessione di distribuzione sia il comune e non il Ministero; un esercente contesta l'esclusione non motivata delle iniziative meritevoli di apprezzamento di cui all'art. 6, dell'Allegato A, della deliberazione Arg/com 144/08, tra i criteri di quantificazione della sanzione;

- con riferimento al ravvedimento operoso iniziato prima dell'avvio del procedimento, i partecipanti propongono che la riduzione della sanzione sia fissata nella misura della metà (invece che di un terzo);
- con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, un esercente ed una associazione di categoria propongono di specificare quale sia l'attività rilevante ai fini dell'individuazione del fatturato, anche alla luce della regolazione in materia di *unbundling*; due partecipanti propongono poi di chiarire che la sanzione venga adeguata alle condizioni economiche del soggetto giuridico destinatario del procedimento sanzionatorio e non della persona fisica;
- con riferimento al criterio della personalità dell'agente, l'Autorità ritiene di accogliere quanto proposto in sede di consultazione circa il carattere facoltativo dell'aumento della sanzione in caso di recidiva; non può invece accogliersi la proposta di predeterminare in misura fissa l'aumento e la diminuzione della sanzione in applicazione del criterio in oggetto, in quanto l'attuale formulazione consente di meglio commisurare la sanzione alle peculiarità di ogni singolo caso concreto, e ciò anche in favore del destinatario del provvedimento; l'Autorità ritiene di non poter riformulare l'art. 28, in quanto lo stesso risulta dal combinato disposto degli artt. 8 bis, della legge 689/81 e dall'ultima parte dell'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 481/95; in considerazione delle osservazioni relative alle iniziative meritevoli di apprezzamento e tenuto conto dell'introduzione dell'istituto degli impegni, l'Autorità ritiene di poter modificare la formulazione dell'art. 27, comma 2, introducendo una ulteriore circostanza attenuante che valorizzi le iniziative che l'impresa abbia posto in essere per il miglioramento delle condizioni dei mercati regolamentati;
- l'Autorità ritiene opportuno prevedere, per il caso di ravvedimento operoso precedente all'avvio, una riduzione della sanzione sino ai tre quinti, invece che fino ad un terzo;
- con riferimento alle condizioni economiche dell'agente, si precisa che: a) l'espressione "attività afferenti alla violazione" è testualmente ripresa dall'art. 45, del d.lgs. 93/2011, che deve leggersi alla luce della regolazione vigente, comprensiva di quella dettata in materia di *unbundling*; b) la sanzione viene adeguata alle condizioni economiche dell'esercente, destinatario del procedimento sanzionatorio;
- con riferimento alla verbalizzazione, un esercente propone che il resoconto sintetico delle audizioni dia conto delle dichiarazioni rese nel corso dell'audizione dagli operatori;

- per ragioni di efficienza e di buon andamento l’Autorità ritiene opportuno prevedere che nel resoconto sintetico siano riportate le operazioni compiute e che sia sempre acquisita agli atti – e quindi ostensibile – la registrazione dell’audizione stessa

DELIBERA

1. di adottare il nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni, allegato alla presente deliberazione di cui costituire parte integrante e sostanziale (*Allegato A*);
2. di prevedere che il regolamento, di cui al punto 1, entri in vigore il giorno successivo alla pubblicazione e si applichi ai procedimenti avviati dopo la sua entrata in vigore, per i quali non troverà più applicazione la deliberazione ARG/com 144/08;
3. di pubblicare la presente deliberazione sul sito internet dell’Autorità www.autorita.energia.it.

14 giugno 2012

IL PRESIDENTE
Guido Bortoni