

DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

Le decisioni dell'AGCM, con particolare riferimento alle decisioni di accertamento, e la relativa politica sanzionatoria

Sommario : I. I POTERI DI ACCERTAMENTO E SANZIONATORI DELL'AGCM. – II. FINALITÀ E PRESUPPOSTI DELLA SANZIONE PECUNIARIA. – 1. La gravità dell'infrazione. – III. LA DISCIPLINA SANZIONATORIA. – 1. I principi di diritto comunitario. – 2. Ambito di applicazione della l. n. 689/81. – IV. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE. – 1. Discrezionalità dell'AGCM. – 2. Metodo di quantificazione. – 3. Importo base: individuazione del fatturato rilevante. 4. Circostanze aggravanti. – 5. Circostanze attenuanti. – 6. Limite edittale. – V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI. – VI. LA DIFFIDA. – 1. Contenuto. – 2. Misure comportamentali e strutturali. – VII. INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA.

I. I POTERI DI ACCERTAMENTO E SANZIONATORI DELL'AGCM

Il nucleo essenziale dei poteri attribuiti all'AGCM è costituito dall'attività di accertamento e qualificazione di atti, fatti e comportamenti alla luce dei divieti di intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 l. n. 287/90, nonché artt. 101 e 102 TFUE), ai fini della conseguente adozione di eventuali misure sanzionatorie, di tipo pecuniario o interdittivo.

Tale attività non presenta carattere discrezionale, in quanto si concretizza in valutazioni di carattere tecnico ed è volta a garantire il ripristino di un corretto funzionamento del mercato, alterato dalle infrazioni alle regole di concorrenza, a tutela dell'interesse pubblico¹. Mediante l'attività di accertamento, l'AGCM controlla il rispetto da parte degli operatori dei divieti sopra richiamati e, nel contempo, assolve ad una funzione di certezza giuridica, fornendo indicazioni utili alle imprese al fine di adottare strategie compatibili con la concorrenza. La funzione di accertamento e di repressione viene svolta facendo uso di un procedimento in cui viene dato ampio spazio alla tutela del contraddittorio, il quale si conclude con l'adozione di un provvedimento che viene pubblicato sul Bollettino Ufficiale dell'AGCM. All'esito di

tale procedimento, ove vengano accertate infrazioni ai divieti sopra richiamati, l'AGCM, secondo quanto previsto dall'art. 15 comma 1, l. n. 287/90, ha il potere-dovere di imporre misure ripristinatorie della situazione alterata dalle condotte illecite delle imprese, le quali vengono cristallizzati nella diffida, recante, come meglio si vedrà, un termine «per l'eliminazione delle infrazioni stesse». Inoltre, l'AGCM, «nei casi di infrazioni gravi» dispone del potere-dovere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria. Con la stessa decisione, infine, l'AGCM fissa «i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione» (art. 15 comma 1, l. n. 287/90).

II. FINALITÀ E PRESUPPOSTI DELLA SANZIONE PECUNIARIA

Il potere sanzionatorio previsto dall'art. 15 comma 1, l. n. 287/90 è uno dei principali mezzi attribuiti all'AGCM per il perseguimento della propria finalità istituzionale di vigilanza sul corretto funzionamento del mercato. Le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, dunque, oltre a svolgere una funzione punitiva nei confronti dell'impresa responsabile dell'infrazione, hanno essenzialmente una funzione deterrente. In dettaglio, esse hanno lo scopo, da un lato, di sanzionare le imprese responsabili dell'infrazione (scopo dissuasivo specifico) e, dall'altro, di dissuadere altre imprese dall'assumere o dal continuare in comportamenti anticoncorrenziali (scopo dissuasivo generale). Anche le condotte già cessate sono sanzionabili, poiché, come confermato dalla giurisprudenza nazionale, «diversamente opinando, dovrebbe ammettersi che, accertata la commissione di infrazioni gravi, l'Autorità non ha il potere di sanzionarle (allorché ormai cessate), con conseguente neutralizzazione delle funzioni, anche di deterrenza, dall'ordinamento assegnate alla misura»². In generale, il potere sanzionatorio

¹ Cfr. Cons. St., 23 4. 2002, n. 2199.

² Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2092.

di cui all'art. 15 è strutturato in modo da garantire la finalità di desistenza dal compimento dell'illecito piuttosto che la finalità punitiva³. La necessità di garantire, in via prioritaria, la funzione deterrente delle infrazioni è alla base della novella del testo dell'art. 15, apportata dall'art. 11 comma 4, l. n. 57/2001. In virtù di tale riforma, attualmente non è più previsto un limite minimo della sanzione, bensì solo un massimo edittale, corrispondente «al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida». Prima della novella, era invece previsto un minimo edittale, corrispondente all'1% del fatturato realizzato da ciascuna impresa limitatamente ai «prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante». Tale limite è stato opportunamente rimosso così da consentire, da un lato, una maggiore flessibilità della politica sanzionatoria dell'AGCM e, dall'altro, il raggiungimento di un livello dissuasivo della sanzione in rapporto alla dimensione economica globale dell'impresa. Nella stessa ottica, infine, va inquadrata l'introduzione dei programmi di clemenza, la quale ha inserito un elemento ulteriore di riforma all'art. 15 l. n. 287/90⁴ volto ad assicurare la scoperta dei cartelli segreti, prevedendo esplicitamente la possibilità di concedere l'immunità dall'amenda a fronte della collaborazione qualificata delle imprese. Quest'ulteriore modifica appare infatti funzionale ad agevolare l'efficacia dell'intervento dell'AGCM.

1. *La gravità dell'infrazione.* – Il presupposto per l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 15 comma 1 l. n. 287/90, è che l'infrazione accertata sia grave. In presenza di tale elemento, la comminazione della sanzione è doverosa per l'AGCM, la quale, al di fuori dei casi

in cui trovi applicazione il programma di clemenza, non può legittimamente astenersi dall'esercizio del potere sanzionatorio. Il legame tra la gravità dell'infrazione e la doverosità dell'esercizio del potere sanzionatorio risulta ulteriormente rafforzato dalla circostanza che il ricorso all'istituto della chiusura del procedimento con impegni di cui all'art. 14-ter l. n. 287/90, non è considerato opportuno per le infrazioni di rilevante gravità, per le quali, in linea con l'orientamento comunitario, risulta prevalente l'esigenza dell'esercizio del potere-dovere di accertamento funzionale alla comminazione di una sanzione⁵. Nella prassi dell'AGCM, la gravità della violazione risulta apprezzata sulla base di una pluralità di elementi individuati sulla scorta della giurisprudenza comunitaria e nazionale, quali la natura dei comportamenti contestati, il contesto nel quale i comportamenti sono stati attuati e l'importanza delle imprese che li hanno posti in essere⁶. A quest'ultimo riguardo, la giurisprudenza ha confermato che, anche nel rispetto del principio di proporzionalità della sanzione, occorre tenere conto, tra l'altro, della capacità economica del soggetto sanzionato desunta dalla dimensione economica del gruppo di appartenenza⁷. Peraltro, con riferimento all'applicazione di distinte sanzioni nei confronti di più società facenti parte di uno stesso gruppo economico, occorre prendere come parametro di riferimento anche il fatturato di ciascuna società, allorché «il contributo dato da ciascuna impresa all'infrazione [è] uguale a quello delle altre»⁸. Entrambi i parametri sono tenuti presenti nella prassi dell'AGCM al fine di garantire l'efficacia deterrente delle sanzioni applicate nei confronti di condotte poste in essere da più società facenti parte di un unico gruppo⁹. Sotto il profilo oggettivo, la gravità della violazione va valutata, in primo luogo,

³ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁴ I programmi di clemenza sono stati introdotti in Italia sulla base della di quanto disposto dall'art. 14, comma 2, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha inserito nell'art. 15 un'esplicita previsione al riguardo, ora rinvenibile nel comma 2-bis, dell'art. 15 l. 287/1990.

⁵ Cons. St., 2.3.2009, n. 1190 e 19.11.2009, n. 7307.

⁶ In tal senso, cfr. Provvti AGCM, 13 marzo 2003, n. 11795 e 15 giugno 2011, n. 22521.

⁷ Cons. St., 29 gennaio 2013, n. 548.

⁸ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

⁹ V. Provvti AGCM, 13 marzo 2003, n. 11795 e 28 novembre 2001, n. 22558.

sulla base della natura della restrizione concorrenziale. Alla stregua di questo criterio, le intese aventi ad oggetto la fissazione dei prezzi, la ripartizione del mercato o la limitazione della produzione (c.d. *hardcore violations*) configurano alcune delle più gravi restrizioni della concorrenza¹⁰. Tra gli indici rilevanti di gravità dell'intesa si annovera la segretezza degli accordi di carattere orizzontale¹¹ e, in particolare, delle intese orizzontali di prezzo. Secondo anche l'orientamento consolidato della giurisprudenza nazionale, tale tipo di intese sono molto gravi per la concorrenza «poiché ne ostacolano la capacità di garantire l'efficienza allocativa e di mantenere il livello dei prezzi il più basso possibile»¹². L'effetto concreto della restrizione, diversamente, assume un valore marginale nella valutazione di gravità dell'illecito, dovendosi dare rilievo predominante alla natura della restrizione e agli elementi ulteriori che maggiormente aggravano il peso dell'illecito¹³. Tuttavia, allorché l'impatto concreto dell'infrazione sul mercato sia misurabile, in giurisprudenza è stato anche affermato il principio secondo cui l'AGCM è tenuta a valutare la stessa circostanza ai fini della graduazione della gravità dell'infrazione. Nella fattispecie, si è pertanto ritenuto che dovesse confermarsi la qualificazione come grave, anziché come molto grave, di un'intesa di prezzo in considerazione del fatto che non vi era prova del pregiudizio per il funzionamento del mercato e di un nesso di causalità certo tra l'intesa e l'aumento dei prezzi e, dunque, della lesività della condotta per il mercato¹⁴. Analogo orientamento è stato adottato con riguardo alla fattispecie di abuso di posizione dominante, laddove si è ritenuto che, ai fini della verifica del presupposto di applicabilità della sanzione, la sua qualificazione come illecito "grave", in ragione della natura della restrizione, appare difficilmente negabile, ferma restando la

possibilità di apprezzare l'entità della gravità dell'illecito ai fini della quantificazione della sanzione¹⁵. Coerentemente con tale principio, la qualifica di "molto grave" dell'abuso di posizione dominante sembra essere ritenuta giustificata dalla giurisprudenza solo ove siano presenti ulteriori elementi aggravanti, quali la sistematicità e la reiterazione delle condotte abusive, la consapevole sottrazione al controllo dell'Autorità di regolamentazione, il comprovato intento anticoncorrenziale perseguito nei confronti dei concorrenti, la recidiva e la cessazione delle condotte solo a seguito di una pluralità di procedimenti sanzionatori¹⁶.

III. LA DISCIPLINA SANZIONATORIA

La disciplina del potere sanzionatorio dell'AGCM è caratterizzata, in primo luogo, da un notevole processo di armonizzazione con quanto previsto a livello dell'Ue. Tale ancoraggio al diritto comunitario trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'Autorità, applicando in via diretta gli artt. 101 e 102 TFUE, deve garantire una coerenza applicativa ed interpretativa delle disposizioni comunitarie anche sotto il profilo delle ammende¹⁷. D'altra parte, la disciplina delle sanzioni pecuniarie applicate dall'AGCM è soggetta al rinvio, operato dall'art. 31 l. n. 287/90, alle disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II l. n. 689/81 (concernenti, rispettivamente, i principi generali applicabili in materia di sanzioni amministrative e il relativo procedimento di applicazione). Tale richiamo, come più volte evidenziato anche nella giurisprudenza nazionale, opera, secondo previsto dallo stesso art. 31, solo nella misura in cui le stesse disposizioni risultino «applicabili». Di conseguenza, le specifiche e diverse disposizioni, anche di origine comunitaria, in materia di illeciti *antitrust* sono spesso ritenute prevalenti rispetto a quelle dettate dalla l. n. 689/81¹⁸.

¹⁰ Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190.

¹¹ Cons. St., 23 maggio 2012, n. 3026.

¹² Cfr., tra le tante, Cons. St., 17 gennaio 2008, n. 102 e 9 febbraio 2011, n. 896.

¹³ Cons. St., 29 maggio 2012, n. 3189.

¹⁴ Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864.

¹⁵ Cons. St., 24 giugno 2010, n. 4013.

¹⁶ Cons. St., 10 marzo 2006 n. 1271e 20 dicembre 2010, n. 9306.

¹⁷ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368, 27 giugno 2005, n. 3408 e 8 febbraio 2008, n. 424.

¹⁸ Cfr. Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864.

1. *I principi di diritto comunitario.* – Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, il richiamo alla l. n. 689/81 non può che essere interpretato in senso conforme alla normativa comunitaria e, quindi, non può determinare una sostanziale restrizione della portata dei divieti di cui agli artt. 2 e 3 l. n. 287/90, sia pure sotto il profilo sanzionatorio. In tale prospettiva, il principio di "stretta interpretazione" della disciplina sanzionatoria, inteso quale corollario del principio di legalità di cui all'art. 1 l. n. 689/81, è stato ritenuto non applicabile alla normativa *antitrust*¹⁹. Nella stessa ottica, trovano invece applicazione, a fini sanzionatori, i principi stabiliti dall'ordinamento comunitario in materia di imputabilità dell'illecito al successore di un'impresa che ha cessato di esistere, dovendosi ritenere incompatibile con tale disciplina la regola dell'intrasmissibilità dell'obbligazione di cui all'art. 7 l. n. 689/81. Il principio di origine comunitaria è stato ritenuto legittimamente applicabile là dove l'attività d'impresa di una società formalmente esistente ma sostanzialmente non attiva – perché in liquidazione – è stata continuata da un'altra impresa (che ne aveva acquistato il ramo d'azienda) secondo il criterio della successione economica. Alla fattispecie, pur non essendo direttamente applicabile il principio della continuità giuridica elaborato a livello comunitario si è infatti ritenuto applicabile l'ulteriore principio secondo cui una violazione delle norme in materia di concorrenza può essere imputata al successore economico della persona giuridica che ne sia l'autore, affinché l'effetto utile di tali norme non venga pregiudicato a causa delle modificazioni apportate, in particolare, alla forma giuridica delle imprese interessate²⁰. In un altro caso concernente la questione dell'individuazione del soggetto sanzionabile in caso di successione di enti pubblici, la giurisprudenza ha fatto riferimento a quanto statuito dalla Corte di Giustizia e, in particolare, al principio in base a cui gli artt. 101 e 102 TFUE devono essere interpretati nel

senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa Autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole di concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere quale ente giuridico, tale secondo ente può essere sanzionato per l'integrale durata dell'infrazione nel suo complesso se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della stessa Autorità pubblica. Con riferimento a tale ultimo aspetto, è stato puntualizzato che «affinché due o più enti possano considerarsi sottoposti alla "tutela" del medesimo soggetto pubblico non è sufficiente che quest'ultimo detenga il capitale di entrambi gli enti»²¹.

2. *Ambiti di applicazione della l. n. 689/81.* – I principi generali di cui al Capo I, Sezione I l. n. 689/81 trovano applicazione anche in materia di sanzioni pecuniarie applicate dall'AGCM, fatta salva la verifica di compatibilità, da effettuarsi caso per caso, con le specifiche norme l. n. 287/90. In linea con tale orientamento, il principio generale del *ne bis in idem*, il quale è riconosciuto, in ambito penale, dall'art. 649 c.p.p.), è stato ritenuto estensibile agli illeciti amministrativi contemplati dal diritto della concorrenza. Al riguardo, si è chiarito che il divieto di *bis in idem* non si applica quando con la stessa condotta vengono commessi più illeciti, ossia nel caso di concorso formale di illeciti. In tal caso, «a fronte di un'unica condotta e di un unico soggetto agente, si hanno più lesioni, di diversi beni giuridici tutelati, e dunque, mancando l'identità di bene giuridico tutelato, non vi è *bis in idem*»²². Inoltre, in tema di elemento soggettivo dell'illecito, trova riconoscimento, ai sensi dell'art. 3 l. n. 689/1981, il principio secondo cui per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, atteso che la

¹⁹ Cons. St., 2 marzo 2001, n. 1189.

²⁰ Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199.

²¹ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

²² Cons. St., 20 dicembre 2010, n. 9306.

norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa. Tale principio è infatti ritenuto compatibile con quello, di origine comunitaria, secondo cui perché un'infrazione alle norme del Trattato sulla concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza. In tal senso, è stato così affermato che la sussistenza dell'elemento soggettivo può desumersi in via indiziaria dagli elementi oggettivi della fattispecie²³. Inoltre, è astrattamente applicabile anche l'esimente del legittimo esercizio di un diritto dell'*incumbent* con riferimento alla difesa dei propri interessi economici. A tal fine, secondo la giurisprudenza, occorre che vi sia una situazione di danno o di pericolo per tali interessi, che sia certa e attuale; in questo contesto, è stato precisato che, al fine dell'operatività di un'esimente putativa, «non basta un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, occorrendo invece dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'agente di trovarsi in tale stato e occorre che l'errore non sia colpevole»²⁴. Sotto il profilo procedimentale, tra le norme applicabili in virtù del suddetto richiamo, viene in considerazione quanto previsto dall'art. 28 l. n. 689/1981 in materia di prescrizione. Tale norma, ai sensi della quale «Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate nella presente legge si prescrive nel termine di 5 anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione», viene applicata nella prassi dell'AGCM tenendo in considerazione la nozione di "permanenza" dell'illecito amministrativo. La nozione assume rilevanza in presenza infrazioni concorrenziali connotate da una pluralità di condotte illecite riconducibili

ad un'infrazione unitaria, in ragione della persistenza, nel tempo, di una stessa strategia applicata e ripetuta nel tempo, idonea ad alterare la concorrenza nel mercato interessato. Ciò in aderenza alla nozione di "permanenza" dell'illecito che, come chiarito dalla stessa giurisprudenza amministrativa, si caratterizza per la natura ripetuta dell'azione illecita e il carattere generalmente immateriale del bene protetto⁵. In tale ipotesi, trattandosi di un illecito di carattere permanente, occorre prendere in considerazione non già la singola condotta bensì il momento di «cessazione della permanenza» della violazione da parte dell'impresa responsabile. Infatti, è pacifico che «la prescrizione quinquennale del diritto di riscuotere le somme dovute, prevista dall'art. 28 l. n. 24 novembre 1981 n. 689, inizia a decorrere dalla cessazione della permanenza in applicazione della regola posta dall'art. 158, 1° comma, c.p.»²⁶. Inoltre, trovano applicazione le norme relative al pagamento rateale delle sanzioni (art. 26 l. n. 689/81) e quelle concernenti la procedura di riscossione coattiva della sanzione, ivi compresa la disciplina della maggiorazione per il ritardo nel pagamento delle sanzioni, prevista dall'art. 27 comma 6 l. n. 689/81. La maggiorazione deve essere calcolata a far data da quando la sanzione era originariamente esigibile, ovvero dalla data di scadenza del pagamento stabilita dall'Autorità nel provvedimento finale anche in ipotesi di contenzioso favorevole alle parti in una delle fasi del processo amministrativo, precedenti la sua definizione con sentenza passata in giudicato²⁷.

IV. QUANTIFICAZIONE

In sede di quantificazione della sanzione, l'AGCM tiene conto dei criteri indicati dall'art. 15 comma 1, l. n. 287/90 (gravità e durata della violazione), dei criteri indicati dall'art. 11 l. n. 689/81, in forza del richiamo operato dall'art. 31 l. n. 287/90, nonché, più di recente, dei criteri

²³ Cfr., tra le tante, Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199.

²⁴ Cons. St., 20.12.2010, n. 9306.

²⁵ Cons. St., 20.12.2000, n. 2196.

²⁶ Cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 28.8.1997, n. 8162.

²⁷ In tal senso, cfr. Cass., SS.UU., n. 23318/09 e Cons.St., 25 maggio 2012, 3058.

adottati dalla Commissione nei nuovi «Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003», di cui alla Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02. Nella prassi dell'AGCM, pertanto, la gravità dell'infrazione, ai sensi dell'art. 15 comma 1, oltre a costituire il necessario presupposto per l'irrogazione della sanzione, rappresenta uno dei criteri di quantificazione della stessa. Sul punto, nel rinviarsi alle precedenti considerazioni, occorre anche tenere conto di quanto disposto dall'art. 11 l. n. 689/1981, sulla cui base, nella quantificazione della sanzione, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alle sue condizioni economiche. La giurisprudenza ha statuito che il riferimento alla gravità del fatto *ex art. 11 l. n. 689/1981* «significa qualcosa di diverso rispetto alla gravità della violazione di cui all'art. 15 comma 1 della legge n. 287/1990 e consente la valutazione di tutta la complessiva condotta dell'autore della violazione»²⁸. La durata della violazione costituisce un ulteriore elemento di particolare rilevanza nell'*iter* di quantificazione della sanzione. Nel determinare la durata dell'infrazione, va preso in considerazione il protrarsi dell'illecito in ragione della volontaria omissione di un *contrarius actus*²⁹. In materia di intese, la durata dell'infrazione non deve essere valutata in modo formalistico, in funzione del periodo durante cui un accordo è in vigore, bensì in funzione di quello durante il quale le imprese hanno adottato un comportamento vietato. A tal fine, laddove venga in considerazione un'intesa complessa, avente ad oggetto ed effetto la determinazione concordata di una politica di prezzo, rileva la «persistente applicazione delle politiche di prezzo coerentemente determinate dalle imprese a se-

guito della concertazione tra di esse intercorsa nel periodo oggetto di osservazione»³⁰. Inoltre, in presenza di un'intesa unitaria e complessa, le condotte delle singole imprese devono essere inquadrare e collocate nel contesto complessivo della concertazione, dovendo essere considerate come «tasselli di un mosaico, i cui elementi non sono significativi di per sé, ma come parte di un disegno unitario, qualificabile quale intesa restrittiva della concorrenza»³¹.

1. *Discrezionalità dell'AGCM.* – Sulla base di una consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, la determinazione dei criteri sanzionatori, così come la sussunzione del caso specifico nei criteri così prefissati, costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'AGCM, la quale trova un proprio limite nel solo rispetto dei generali principi della ragionevolezza e della proporzionalità, nonché nel vincolo di coerenza comunitario³². In questo contesto, gli orientamenti forniti dalla Commissione per il calcolo delle sanzioni sopra richiamati hanno un valore orientativo e non vincolante per l'AGCM, e comunque, secondo la giurisprudenza, «non impediscono, anzi auspicano, una valutazione complessiva dell'illecito»³³, che viene effettuata nella prassi dall'AGCM.

2. *Metodo di quantificazione.* – Il percorso motivazionale dei provvedimenti dell'AGCM risulta ispirato da una crescente armonizzazione con i principi dell'Ue, culminato, da ultimo, nell'adozione di un metodo di computo delle sanzioni largamente simile a quello accolto dalla Commissione europea negli orientamenti sopra richiamati. Sulla base di tale metodo, l'AGCM più di recente usualmente procede all'individuazione di un importo base della sanzione in termini percentuali sul fatturato cui l'infrazione si riferisce, nell'ambito di un *range* variabile in relazione, in primo luogo, alla gravità dell'in-

²⁸ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

²⁹ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

³⁰ Cons. St., 9 febbraio 2001, n. 896.

³¹ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 421, 17 dicembre 2007, n. 6469.

³² Cons. St., 29 dicembre 2010, n. 9575; conforme, Cons. St., 29.12.2010, n. 9565.

³³ Cons. St., 20 dicembre 2010, n. 9306.

frazione. L'importo così ottenuto viene poi moltiplicato per il numero di anni di durata dell'infrazione, pervenendo così alla definizione dell'importo base della sanzione applicabile a ciascuna impresa. In un secondo momento, l'AGCM valuta poi la posizione di ciascuna impresa sulla base dell'esistenza di eventuali circostanze aggravanti ed attenuanti, pervenendo, infine, alla individuazione dell'importo finale della sanzione da irrogare alle imprese coinvolte. La giurisprudenza nazionale ha confermato la legittimità di tale metodo di computo, assumendo che gli orientamenti della Commissione costituiscono un appropriato criterio guida per le valutazioni in tema di qualificazione della gravità dell'infrazione e di commisurazione della sanzione³⁴. Sulla base di tale orientamento, è stata così confermata anche la correttezza dell'accorpamento dei soggetti partecipanti ad un'intesa in categorie, fasce o gruppi omogenei, fondati sulle quote di mercato detenute nel mercato rilevante, a ciascuno dei quali è abbinato un certo importo base; in tale ipotesi, gli importi base sono stati ritenuti correttamente determinati, non secondo un criterio matematico, bensì secondo una logica di «progressività» (in termini di percentuali) rispetto alla quota di mercato detenuta, partendo dalle imprese con quote inferiori al fine di assicurare un grado via via crescente di dissuasività e deterrenza³⁵. D'altra parte, nella giurisprudenza nazionale è stato espresso l'auspicio che l'AGCM adotti una maggiore trasparenza circa la quantificazione della sanzione, mediante l'indicazione esplicita, oltre che dell'importo finale della sanzione, anche degli elementi per la sua quantificazione, con particolare riferimento alla percentuale del fatturato per il computo dell'importo base della sanzione, alla percentuale di maggiorazione o riduzione applicata per circostanze aggravanti o attenuanti, nonché

eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati³⁶.

3. *Importo base: individuazione del fatturato rilevante.* – Ai fini del computo dell'importo base della sanzione, nella prassi dell'AGCM viene preso in considerazione il valore globale delle vendite dell'impresa, compreso il fatturato infragruppo, relativamente ai beni o dei servizi a cui l'infrazione, direttamente o indirettamente, si riferisce. Si tratta di un criterio la cui legittimità è stata confermata dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui la fissazione dell'importo base della sanzione va effettuata «tenendo conto del valore delle vendite dei beni oggetto dell'infrazione», conformemente a quanto prescritto nel punto 12 dei nuovi orientamenti per il calcolo delle ammende prima richiamati³⁷. Tale valore, essendo simile a quello previsto nel testo previgente dell'art. 15 l. n. 287/90, risulta connesso con quello delle vendite realizzate nei mercati rilevanti sotto il profilo merceologico, ma «non comporta la necessità di separare dal fatturato ogni voce specifica non perfettamente coincidente con il prodotto tipo oggetto della pratica»³⁸. La giurisprudenza ha richiamato al riguardo il criterio stabilito a livello comunitario, affermando che l'art. 23, § 2, lett. a) del Reg. CE n. 1/2003 permette di determinare l'importo di base dell'ammenda utilizzando «il valore dei beni o servizi anche indirettamente riferibili all'infrazione»³⁹. Con riguardo alla base di fatturato degli enti associativi, nella prassi dell'AGCM vengono ad essere prese in considerazione le entrate contributive dell'ente connesse all'infrazione, quali le quote di iscrizione dei professionisti appartenenti ad un ordine professionale cui sia stata imputata l'infrazione⁴⁰. La legittimità di tale criterio è stata confermata dalla giurisprudenza con la precisazione che ciò appare giustificato, benché le entrate asso-

³⁴ Cfr. Cons. St., 25 marzo 2009 e 9 aprile 2009, n. 1705; conformi anche Cons. St., 23 giugno 2006, n. 4017 e 16 marzo 2006, n. 1397.

³⁵ Cfr. Cons. St., 29 dicembre 2010, n. 9575.

³⁶ Cons. St., 17 dicembre 2007, n. 6469, 20 maggio 2011 n. 3013 e 17 dicembre 2007 n. 6469.

³⁷ In tal senso, tra le tante, Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896 e 24 settembre 2012, n. 5067/2012.

³⁸ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

³⁹ Cons. St., 13 dicembre 2011, n. 6525.

⁴⁰ V. Prov. AGCM, 23 giugno 2010, n. 21279.

ciative «non ineriscano ad un fatturato in senso stretto»⁴¹.

4. *Circostanze aggravanti.* – Coerentemente con gli orientamenti della Commissione, l'AGCM considera il ruolo di *leadership* svolto da un'impresa come una circostanza aggravante. Essa comporta l'applicazione di una maggiorazione dell'importo base della sanzione a carico di quell'impresa che abbia assunto delle iniziative di organizzazione e di promozione dell'infrazione, ovvero un ruolo altrimenti particolarmente significativo. Tale orientamento, secondo la giurisprudenza, è una corretta espressione del principio per cui, ai fini della quantificazione della sanzione, occorre tenere conto del ruolo concretamente svolto da ciascuna impresa partecipante all'infrazione⁴². In linea con quanto previsto a livello comunitario, inoltre, è stata confermata la legittimità dell'applicazione dell'aggravante consistente nell'adozione, da parte dell'impresa sanzionata, di misure finalizzate ad ostacolare l'accertamento ovvero a dissimulare l'infrazione durante l'istruttoria⁴³. Inoltre, viene applicata dall'AGCM anche l'aggravante della c.d. recidiva. Quest'ultima circostanza si configura laddove venga constatata la commissione di una stessa o analoga infrazione a quella già oggetto di precedente accertamento. Infatti, non è necessario che emerga l'assoluta identità degli illeciti, quanto la riconducibilità della condotta alla stessa tipologia di illecito *antitrust*⁴⁴. La giurisprudenza ha precisato che il termine di cinque anni fissato per l'accertamento della recidiva dall'art. 8-bis, l. n. 689/81 non è compatibile con la disciplina *antitrust* e, pertanto, la valutazione del tempo trascorso ai fini dell'applicazione dell'aggravante è rimessa alla valutazione dell'Autorità. Inoltre, la recidiva può essere contestata ad un'impresa anche in relazione a un caso verificatosi quando il *management* e la proprietà della società erano diversi, perché tali mutamenti non

comportano il cambiamento della persona giuridica che ha commesso l'infrazione, che resta consapevole del fatto che in caso di nuova violazione sarà applicata la recidiva⁵.

5. *Circostanze attenuanti.* – La giurisprudenza ha confermato che legittimamente viene considerata come circostanza attenuante il ruolo di *follower* svolto dall'impresa, in considerazione della ridotta quota di mercato dalla stessa detenuta, oltre che della mancata emersione, a carico della stessa, di elementi comprovanti il ruolo di *leadership* accertato nei confronti di altre imprese. In correlazione con il riconoscimento del ruolo di *follower*, è stata pertanto ritenuta corretta l'applicazione di una riduzione sull'importo base della sanzione, escludendo che detta riduzione debba essere computata nella fase di determinazione dell'importo base⁴⁶. In applicazione di quanto previsto dall'art. 11 l. n. 689/81, le iniziative assunte dalle imprese dopo l'avvio dell'istruttoria possono essere considerate quale ravvedimento operoso che comporta il riconoscimento di un'attenuante, allorché queste siano idonee ad eliminare o attenuare le conseguenze dell'infrazione. In tal senso, assumono rilevanza, ad esempio, delle misure finalizzate a limitare l'incremento di prezzo concordato; diversamente, le iniziative assunte dalle imprese in attuazione di obblighi legislativamente previsti, quali l'obbligo sanzionato di fornire le informazioni richieste o di fornire la documentazione nel corso degli accertamenti ispettivi sono inconfidenti⁴⁷. Il riconoscimento dell'attenuante non comporta la necessità di applicare una riduzione dell'importo base in una misura predeterminata in termini percentuali, in quanto la l. n. 689/1981 si limita a stabilire che il ravvedimento operoso sia preso in considerazione nella quantificazione della pena tra minimo e massimo, senza fissare rigide percentuali di riduzione. A tal fine, anche laddove il ravvedi-

⁴¹ TAR Lazio, sez. I, 25 febbraio 2011, n. n. 1757.

⁴² Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

⁴³ Cons. St., 23 aprile 2002, n. 2199.

⁴⁴ Cons. St., 20 aprile 2011, n. 2438.

⁴⁵ Cons. St., 29 settembre 2009, n. 5864.

⁴⁶ Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190.

⁴⁷ Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

mento non abbia eliminato le conseguenze dell'illecito, va valorizzata la tempestività e l'efficacia del ravvedimento, nonché, secondo la giurisprudenza, la circostanza che l'impresa abbia sopportato un costo ingente per attuare il ravvedimento operoso, senza certezza di recupero integrale dell'investimento⁴⁸. Sempre sulla base di quanto dettato dall'art. 11 l. n. 689/81, nella prassi dell'AGCM si tiene conto delle condizioni economiche negative dell'impresa. Sotto tale profilo, la giurisprudenza ha ritenuto legittima la prassi consolidata dell'AGCM consistente nel considerare la situazione di perdite ingenti in bilancio per almeno tre esercizi come un'attenuante che comporta una riduzione dell'importo base della sanzione; per converso, nel caso di perdite solo per un esercizio, l'applicazione dell'attenuante va esclusa in quanto la predetta situazione è insuscettibile di pregiudicare irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa⁴⁹. In giurisprudenza non si rinviene un uniforme orientamento circa il valore da attribuire all'esistenza di un quadro normativo facilitante la commissione dell'illecito. Talvolta, infatti, è stata considerata come attenuante la circostanza che le condotte in violazione della normativa *antitrust* fossero giustificate da confusione applicativa del quadro normativo di riferimento⁵⁰. In senso diverso, in altra sentenza, non è stata considerata circostanza idonea ad attenuare la sanzione «la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza, specialmente per un monopolista legale che è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito»⁵¹.

6. *Limite edittale*. – La giurisprudenza ha confermato che, al fine di verificare

che la sanzione non superi il massimo edittale previsto dalla legge, il limite dal 10% del fatturato dell'ultimo esercizio, previsto dall'art. 15 l. n. 287/90, va rapportato all'ammontare della sanzione astrattamente applicabile a seguito dell'*iter* di computo sopra illustrato. Ove detto ammontare superi il massimo edittale, pertanto, l'AGCM applica una decurtazione dell'importo eccedente. Come confermato dalla giurisprudenza, infatti, il massimo edittale non rileva all'atto della determinazione dell'importo base della sanzione, in quanto la misura del 10% del fatturato dell'ultimo esercizio costituisce il «limite all'applicazione della sanzione, come determinata in concreto dall'Automotività»⁵². Inoltre, ai fini del computo del limite edittale, viene in considerazione il fatturato globale realizzato dall'impresa, anche qualora l'infrazione sia stata realizzata nell'ambito di un mercato nazionale, atteso che il dato letterale della norma «rinvia al fatturato tout court, senza distinguere tra il fatturato raccolto sul mercato nazionale e il restante fatturato»⁵³. D'altra parte, nella quantificazione della sanzione si deve tener conto dell'intero fatturato anche perché esso indica la capacità economica dell'impresa e consente, quindi, di comminare sanzioni dissuasive.

V. IL SINDACATO GIURISDIZIONALE SULLE SANZIONI

In materia di sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, secondo quanto ora espressamente previsto dall'art. 134, comma 1 lett. c) c.p.a., il giudice amministrativo dispone del potere di rideterminare l'ammontare della sanzione nell'esercizio di una giurisdizione di merito⁵⁴. D'altra parte, la giurisprudenza amministrativa aveva già da tempo ritenuto costantemente di poter esercitare un sindacato di merito nella giurisdizione sulle sanzioni *antitrust* tenuto anche conto del fatto che la devoluzione della materia delle sanzioni *antitrust* al giudice ammi-

⁴⁸ Cons. St., 20 dicembre 2010, n. 9306.

⁴⁹ Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

⁵⁰ Cons. St., 24 giugno 2010, n. 4013.

⁵¹ Cons. St., 20 maggio 2011, n. 3013.

⁵² Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190.

⁵³ Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2083.

⁵⁴ Tra le tante, cfr. Cons. St., 9 febbraio 2011, n. 896.

nistrativo non poteva comportare una riduzione di tutela rispetto a quanto previsto innanzi al giudice ordinario in materia di sanzioni pecuniarie⁵⁵. Tale orientamento risulta coerente con quello tradizionalmente accolto dalla Cassazione la quale ha ritenuto che rientra nella giurisdizione esclusiva del TAR Lazio la cognizione della opposizione avverso i provvedimenti irrogativi di sanzione amministrativa pecuniaria emessi dall'AGCM⁵⁶.

VI. LA DIFFIDA

Nelle decisioni con cui viene accertata l'esistenza di un'infrazione alle regole di cui all'art. 2 e 3 l. n. 287/90, ovvero agli artt. 101 e 102 TFUE, l'Autorità è tenuta ad esercitare il potere di diffida previsto dall'art. 15 l. n. 287/90. La norma conferisce all'Autorità, in particolare, il poterdovere di fissare «alle imprese agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni», con ciò individuando, quali possibili destinatari della diffida, i soggetti responsabili dell'infrazione. Tra quest'ultimi possono annoverarsi, oltre alle imprese, anche gli «enti interessati», ovvero, secondo quanto disposto dall'art. 2 comma 1 l. n. 287/90, i «consorzi», le «associazioni di imprese ed altri organismi similari», che rientrano tra i destinatari dei divieti e che, come tali, sono tenuti ad ottemperare anche all'ordine di rimozione dell'illecito. Come chiarito dalla giurisprudenza, l'ordine di cessazione dell'infrazione costituisce un atto dovuto da parte dell'AGCM ed ha la specifica finalità non solo di eliminare i comportamenti oggetto di infrazione, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali di essa, ovvero di porre rimedio per il futuro agli effetti della violazione anticoncorrenziale accertata⁵⁷. La diffida ha dunque una finalità essenzialmente ripristinatoria, ovvero è volta «ottenere che nello specifico mer-

cato inciso da un illecito *antitrust* siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione»⁵⁸. La diffida è necessariamente strumentale ai provvedimenti di accertamento tesi ad eliminare le infrazioni alle norme in tema di concorrenza, affinché si possa svolgere correttamente il libero gioco della concorrenza. L'esercizio del potere di diffida risulta pertanto giustificato anche nei casi di infrazione cessata, assolvendo, in tal caso, ad una funzione di certezza giuridica. D'altra parte, la giurisprudenza ha evidenziato la diversità degli obiettivi della diffida e dell'istituto dell'accettazione degli impegni, affermando che «contenuto della diffida e impegni si pongono su due piani diversi: la diffida deve restare entro i limiti di cui all'art. 15 della legge n. 287/90 e all'art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell'illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure estranee al contenuto della diffida»⁵⁹.

1. *Contenuto*. – Il contenuto della diffida è correlato al tipo di illecito contestato e può comportare tanto un obbligo di fare (come nel caso, ad esempio, degli abusi escludenti), quanto di astenersi da determinati comportamenti (è questo tipicamente il caso degli accordi e delle pratiche concordate restrittive della concorrenza). Nella prassi dell'AGCM, la diffida ha spesso un contenuto generico, risolvendosi nell'ordine di cessare «immediatamente» ovvero entro un determinato termine la condotta illecita accertata, senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento⁶⁰. Una diffida generica, secondo la giurisprudenza, è pienamente conforme al dettato dell'art. 15 in quanto, a tal fine, è sufficiente che l'Autorità inviti le imprese a porre termine all'illecito riscontrato, adottando le misure idonee⁶¹. La giurisprudenza ha infatti escluso la ne-

⁵⁵ Tra le altre, v. Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁵⁶ Cass., SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 52.

⁵⁷ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

⁵⁸ Cons. St., 6 novembre 2006, n. 6522; conforme: Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁵⁹ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 424.

⁶⁰ In tal senso, cfr. provv. AGCM 8 luglio 2000, n. 8546 e 29 aprile 2009 n. 19814.

⁶¹ Cons. St., 20 maggio 2011, n. 3013.

cessità che la diffida abbia un contenuto specifico, tale da imporre condotte chiare, analitiche, in modo da evitare un'interpretazione del suo contenuto. Tale potere di imporre un ordine generico non determina, secondo la giurisprudenza, «alcun *vulnus* al principio di legalità purché siano sufficienti i parametri per valutare l'esattezza e la completezza dell'attività di ottemperanza in relazione al contenuto del provvedimento di accertamento dell'infrazione interpretato alla luce delle norme e dei principi – interni e comunitari – del diritto della concorrenza»⁶². Al fine di identificare il contenuto di una diffida generica, occorre, in primo luogo, attenersi ad una interpretazione letterale dell'ordine, secondo cui essa è da intendersi come una intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati⁶³. Peraltro, «l'eliminazione dell'infrazione» raramente si realizza con un mero comportamento negativo comportando, al contrario, il più delle volte una condotta positiva, consistente nell'adozione di misure, strutturali (quale, ad esempio, lo scioglimento di una società comune) o comportamentali (ad esempio, revoca o modifica di una delibera associativa). Le iniziative necessarie, inoltre, possono investire anche rapporti negoziali con soggetti terzi (ad es. concessione di una licenza, stipulazione di nuovi contratti con tra un'impresa in posizione dominante ed i propri clienti). Nella generalità dei casi, pertanto, la diffida deve essere comunque interpretata ed attuata da parte delle imprese, nell'esercizio della propria autonomia decisionale, in modo coerente con la sua finalità ripristinatoria, ovvero in modo che l'effetto anticoncorrenziale della condotta venga ad essere eliminato. Ciò, secondo la giurisprudenza, appare rispondente all'esigenza di tutelare la libertà d'impresa, in quanto rimette alla stessa la scelta della condotta più idonea a realizzare l'apertura del mercato, evitando che il diritto *antitrust* possa assumere connotazioni dirigistiche, in contrasto con la sua filosofia liberista di fondo⁶⁴. Nei casi

di maggiore complessità, tuttavia, il contenuto della diffida può dover assumere dei connotati più specifici, ovvero comportare non solo la prescrizione di un obbligo negativo di astenersi dal comportamento censurato, ma anche l'imposizione, da parte dell'AGCM, di un obbligo positivo di porre in essere le misure individuate dall'AGCM come necessarie alla rimozione dell'illecito. In tal caso, la diffida reca l'individuazione di uno specifico termine, la cui determinazione in concreto, secondo quanto previsto dal richiamato art. 15 l. n. 287/90, è rimessa alla discrezionalità dell'AGCM. Il termine assegnato varia in relazione alla complessità delle misure che devono essere adottate dalle imprese cui, di solito, viene normalmente imposto anche l'obbligo della presentazione di un'apposita relazione illustrativa circa le misure assunte al fine di ottemperare all'ordine. La diffida è tuttavia legittima anche quando non reca l'indicazione di tale termine, atteso che, in tale ipotesi, deve presumersi che l'AGCM abbia inteso imporre l'immediata eliminazione delle infrazioni. La giurisprudenza sembra tuttavia propensa a circoscrivere la possibilità di ingiungere una diffida senza uno specifico termine solo in particolari circostanze, come quando ciò sia reso necessario dalla natura dell'infrazione (si pensi all'ipotesi in cui si sia di fronte ad abusi e comportamenti aventi un effetto di esclusione o di espulsione dal mercato dei soggetti nuovi entranti) e, comunque, la rimozione dell'infrazione non presenti particolari difficoltà di ordine tecnico⁶⁵. La diffida, inoltre, può investire anche comportamenti che le imprese interessate devono tenere nei confronti di soggetti terzi; in tal caso, secondo la giurisprudenza, l'AGCM ha il dovere di motivare adeguatamente la propria determinazione, mediante una ponderata valutazione della posizione delle imprese interessate e dei soggetti terzi (quale quella di una parte lesa rispetto all'infrazione accertata), nonché di indicare espressamente i comportamenti imposti alle imprese⁶⁶. La determinazione del con-

⁶² Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁶³ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926; conforme: Cons. St., 20 maggio 2011, n. 3013.

⁶⁴ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁶⁵ Cons. St., 30 dicembre 2002, n. 8230.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

tenuto della diffida, in ogni caso, va effettuata sulla base della motivazione e del dispositivo del provvedimento: l'inibitoria, infatti, non può prescindere dalla puntuale individuazione delle condotte ritenute lesive, quali parametri cui rapportare la necessaria verifica di ottemperanza alla diffida, non essendo – in caso contrario – altrimenti verificabile il comportamento lesivo della libera concorrenza⁶⁷. Come chiarito dal Consiglio di Stato, le condotte da adottare per ottemperare alla diffida vanno ricostruite sulla base del principio comunitario dell'effetto utile, in base al quale qualsiasi disposizione, anche una disposizione di carattere repressivo, richiede un'applicazione o un'interpretazione che sia funzionale al raggiungimento della propria finalità. Tale principio «racorda la descrizione dell'illecito accertato e delle sue conseguenze alla finalità della diffida (di rimozione della restrizione del mercato), consentendo di enucleare uno spettro di condotte dovute al fine di rimuovere l'effetto anticorrenziale dell'illecito»⁶⁸. A tal fine, occorre pertanto valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni dettate dall'AGCM ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere la restrizione accertata. Inoltre, è da tenere presente che la diffida riguarda solo i comportamenti imposti alle imprese, mentre non concerne «la qualificazione giuridica del tipo di invalidità che dall'accertamento delle infrazioni si trasmette, o meno, ai contratti stipulati “a valle”»⁶⁹. Nei casi di infrazione cessata, l'AGCM impartisce l'ordine di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata⁷⁰.

2. *Misure comportamentali e strutturali*. – L'Autorità, come sopra anticipato, ha il potere di disporre misure strutturali o comportamentali nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. La giurisprudenza ha riconosciuto che, benché l'art. 15 l. n. 287/90 non attribuisca espressamente all'AGCM il potere di im-

porre alle imprese specifiche misure, detto potere è connaturato al ruolo dell'AGCM. È tuttavia necessario, in tal caso, motivare esaurientemente tale necessità; in particolare, secondo la giurisprudenza, «l'Autorità dovrà valutare la fattispecie concreta al suo esame, i riflessi della specifica diffida sulle posizioni di terzi e l'idoneità delle misure imposte sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, considerato che ciò che è atto dovuto è la diffida ma non anche l'inclusione nella diffida di tali specifiche misure»⁷¹. La questione dei limiti entro i quali l'AGCM possa fare ricorso a specifiche misure, in mancanza di un'espressa previsione nella disciplina nazionale simile a quella prevista nell'ordinamento comunitario, è oggetto di controversia soprattutto con riferimento alle misure strutturali. Al riguardo, la giurisprudenza più recente ha infatti evidenziato che «l'art. 15 della legge n. 287/1990 e l'art. 5 del Regolamento CE n. 1/2003 appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime» e, pertanto, non consentono di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema, «ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette»⁷². In questa prospettiva, nella fattispecie concreta, da un lato, è stata confermata la conformità al principio di legalità delle misure comportamentali adottate dall'AGCM (consistenti, in sintesi, in nuove modalità di conduzione delle imprese comuni, in modo da assicurarne la piena autonomia ed impedire lo scambio di informazioni ritenuto illecito) e, dall'altro, è stata affermata l'illegittimità delle misure strutturali (consistenti nell'assunzione di iniziative atte ad eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle imprese comuni oggetto di accertamento). Queste ultime sono state infatti ritenute «in contrasto con quel principio di proporzionalità, che deve considerarsi commisurato alla mera rimozione delle condotte antigiuridiche,

⁶⁷ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 423.

⁶⁸ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁶⁹ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

⁷⁰ Cfr. Prov. AGCM, 28.6.2011, n. 22558.

⁷¹ Cons. St., 2 marzo 2004, n. 926.

⁷² Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 423.

nei termini di cui al predetto art. 15 della legge n. 287/90»⁷³. L'adozione di misure strutturali da parte dell'AGCM, secondo la prospettiva accolta dalla giurisprudenza, sembrerebbe perciò soggetta ad una ponderata applicazione del principio di proporzionalità, di origine comunitaria, secondo cui i provvedimenti che incidono sulle situazioni soggettive degli interessati debbono essere proporzionati ed adeguati alla situazione cui intendono porre rimedio, in modo da non imporre misure eccedenti tra le varie possibili misure alternative. Inoltre, deve sempre essere imposta la misura meno restrittiva e meno invasiva, corrispondente a quanto strettamente necessario per raggiungere lo scopo. In questa prospettiva, la giurisprudenza sembra aver accolto un orientamento sostanzialmente favorevole all'"armonizzazione" dell'art. 15 l. n. 287/90 con quanto previsto dall'art. 7 Reg. CE n. 1/2003, il quale attribuisce espressamente alla Commissione il potere di adottare una misura strutturale non solo nell'ipotesi in cui non esista un rimedio comportamentale parimenti efficace di quello strutturale ma anche quando la misura strutturale presenti delle connotazioni meno onerose per l'impresa, rispetto ad una misura esclusivamente comportamentale. Si tratta di un punto cruciale della tematica in esame, in relazione alla quale la giurisprudenza non sembra ancora aver raggiunto un chiaro punto di equilibrio fra le esigenze di tutela dell'autonomia dell'impresa e quelle di efficacia dell'intervento repressivo e ripristinatorio dell'AGCM.

VII. L'INOTTEMPERANZA ALLA DIFFIDA

L'inosservanza dell'ordine, ai sensi dello stesso art. 15 comma 2 l. 287/90, comporta l'adozione di un nuovo provvedimento sanzionatorio, che viene deliberato dall'AGCM a seguito di apposito procedimento in contraddittorio con le imprese interessate, attuato secondo il modello previsto dalla l. n. 689/81⁷⁴. In

particolare, l'art. 15 comma 2, prevede che, in caso di inottemperanza alla diffida, l'AGCM «applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al comma 1, di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del dieci per cento del fatturato come individuato al comma 1, determinando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a trenta giorni». Si tratta di un meccanismo sanzionatorio improntato ad un criterio di progressione graduale degli interventi repressivi, volto ad ottenere, mediante successivi interventi ingiuntivo-sanzionatori, la desistenza dal comportamento vietato nel rispetto della libertà e dell'autonomia dell'impresa. La sanzione pecuniaria per l'inottemperanza prevista dall'art. 15 comma 2 non richiede la gravità come requisito⁷⁵ e, pertanto, ove venga accertata la violazione, deve essere applicata la sanzione pecuniaria nella misura prima richiamata. Alle sanzioni pecuniarie, in funzione di chiusura, si aggiunge la sospensione, fino a trenta giorni, dell'attività d'impresa, sanzione che, avendo natura di estrema *ratio* punitiva per la reiterazione dell'inottemperanza, non è stata sin qui adottata dall'AGCM. Sotto il profilo oggettivo, l'illecito di inottemperanza viene integrato anche dalla persistenza – imputabile all'impresa – della situazione di mancata concorrenzialità nel mercato di riferimento, dovuta all'adozione di comportamenti solo formalmente rispettosi della diffida, ma sostanzialmente diretti ad eludere l'imposizione della diffida perché non idonei a rimuovere totalmente le conseguenze dell'illecito. Rientra in tale categoria la prospettazione di misure non realizzabili con certezza da parte dell'impresa, in quanto sospensivamente condizionate al verificarsi di eventi futuri di incerta verifica. Ciò in quanto, se-

⁷³ Cons. St., 8 febbraio 2008, n. 423.

⁷⁴ TAR Lazio, sez. I, 30 agosto 2003, n. 7186.

⁷⁵ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.

⁷⁶ Cons. St., 6 novembre 2006, n. 6522.

condo la giurisprudenza, «ai fini del rispetto delle prescrizioni volte a rimuovere situazioni anticompetitive, occorre valutare non solo la formale conformità delle misure alle prescrizioni ma la loro sostanziale idoneità a rimuovere i profili stigmatizzati dall'Autorità»⁷⁶. Quanto al profilo soggettivo dell'illecito, l'elemento psicologico necessario a concretare la sussistenza dell'inottemperanza non si risolve nella ricorrenza di un dolo specifico di elusione ma «nella semplice consapevolezza di contravvenire ad un divieto, nell'impossibilità di ignorare che la condotta incriminata per oggetto o per effetto determina la persistenza delle conseguenze dell'illecito»⁷⁷.

ROSARIA GAROZZO

Bibliografia

AQUILANTI, «Sub art. 15», in *Diritto antitrust*, (a cura di) A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L.C. UBERTAZZI, Zanichelli, 1993; P. CERVO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1999; P. FATTORI e M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004; E. FRENI, «Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato» in *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, (a cura di) M. FRATINI, Padova, 2011; A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L.C. UBERTAZZI, *Diritto antitrust*, Zanichelli, 1993; M.A. SANDULLI, «Sanzioni amministrative», in *Enc. giur.*, 1992; M.L. SCHIAVANO, «sub art. 15», in *Commentario breve alle leggi su proprietà industriale e concorrenza*, IV ed., Padova, 2007; C. LO SURDO, «La diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 15, l. 10.10.1990, n. 287)», in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATTRICALÀ e P. TROIANO, Torino, 2010.

⁷⁷ Cons. St., 2 agosto 2004, n. 5368.