

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## L'imputabilità della responsabilità delle violazioni *antitrust* e i gruppi di società

**Sommario:** I. IL PROBLEMA DELL'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'AMBITO DI UN GRUPPO. – II. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELL'IMPUTABILITÀ E I PRINCIPI GENERALI. – III. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI IMPUTABILITÀ. – 1. L'esercizio dell'influenza determinante. – 2. La prova dell'esercizio dell'influenza determinante. – IV. LE CONSEGUENZE DELLA DISCIPLINA DELL'IMPUTABILITÀ.

### I. IL PROBLEMA DELL'IMPUTAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ NELL'AMBITO DI UN GRUPPO

Le decisioni delle autorità della concorrenza riguardano per lo più società che fanno parte di gruppi, che possono assumere forme molto diverse tra loro, ma che di regola sono costituiti da una pluralità di società giuridicamente autonome e soggette a direzione unitaria di una *holding*, che ne detiene anche il controllo. È un dato scontato che un gruppo possa costituire un'unica entità economica e, quindi un'impresa ai sensi delle regole di concorrenza, che è tenuta a rispondere dell'infrazione di queste regole secondo il principio della responsabilità personale. Tuttavia, un gruppo, in quanto tale, non può essere destinatario delle decisioni delle autorità di concorrenza, che, per poter essere applicate ed eseguite, non possono che essere indirizzate a persone giuridiche o a persone fisiche determinate. Il che implica che, quando si tratta di un illecito riconducibile ad un'impresa/gruppo, debbano essere individuate in concreto le società tenute a subirne le conseguenze. Le norme di diritto della concorrenza nazionali e comunitarie<sup>1</sup> non contengono indicazioni specifiche a tale riguardo e sono stati i giudici comunitari a stabilire che una società può rispondere della violazione commessa da un'altra società del suo gruppo, anche se non ha partecipato all'ideazione e all'attuazione di detta violazione, e a delineare le condizioni alle quali ciò può accadere. Alla giu-

risprudenza comunitaria ha fatto riferimento l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("Autorità"), il cui approccio ha trovato di recente conforto da parte del TAR Lazio<sup>2</sup>. Si noti però che il Consiglio di Stato sinora ha avuto occasione di pronunciarsi solo sulla questione dell'individuazione del soggetto passivo della sanzione, in un caso in cui l'infrazione alle regole di concorrenza era stata posta in essere da un ente e proseguita da una società, che aveva rilevato da detto ente le attività d'impresa nel mercato rilevante<sup>3</sup>.

### II. IL FONDAMENTO GIURIDICO DELL'IMPUTABILITÀ E I PRINCIPI GENERALI

La questione dell'imputabilità nell'ambito di un gruppo è stata affrontata dalla Corte di Giustizia ("Corte") partendo dall'idea di dover imputare un comportamento, e non soltanto una sanzione, e facendo quindi riferimento non solo alle norme sanzionatorie, ma anche alle disposizioni di diritto sostanziale di cui agli artt. 101 e 102 TFUE e alla stessa nozione di "impresa" utilizzata per stabilire che gli accordi infragruppo non rilevano dal punto di vista concorrenziale. In particolare, è stato sulla base dell'"unità d'azione", che connota detta nozione, che la Corte ha superato la formale separazione giuridica tra le società di un gruppo e ha individuato i soggetti cui le autorità di concorrenza possono indirizzare le loro decisioni, stabilendo che: «il comportamento di una controllata può essere ascritto alla società controllante in particolare qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, alla luce, in particolare dei nessi

<sup>1</sup> Artt. 101 e 102 TFUE, artt. 5, 7 e 23 Reg. 1/2003, artt. 2, 3, 15 e 31 l. 287/1990 e l. 689/1981.

<sup>2</sup> TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125.

<sup>3</sup> Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2083.

economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità giuridiche. Infatti ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell'art. [101 TFUE] e, pertanto, la Commissione può emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima<sup>4</sup>. Sempre secondo la Corte, sul presupposto che costituiscano un'unica entità economica con il soggetto che ha posto in essere l'infrazione, la responsabilità può essere attribuita anche a società che non detengono la totalità o la maggioranza del suo capitale, quali una<sup>5</sup> o più di quelle che detengono il suo controllo congiunto<sup>6</sup>. Può anche essere ritenuta responsabile una società consorella, che pur non detenendo quote nel capitale sociale di quella che ha posto in essere l'infrazione esercita comunque un'influenza determinante su di essa in virtù dei vincoli economici e giuridici che intercorrono tra loro<sup>7</sup>, fermo restando che le due società consorelle debbano far parte di un'"unica entità economica" e che non è sufficiente che il loro capitale sociale sia detenuto dai medesimi soggetti<sup>8</sup>. Infine, la Corte ha ritenuto che nel caso in cui non sia possibile individuare una società cui imputare la responsabilità dell'infrazione in qualità di controllante e/o di responsabile del coordinamento dell'azione dell'"impresa", la Commissione può ritenere responsabili in solido le singole società componenti questa entità<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> C. giust. UE, 20 gennaio 2011, causa C-90/09, *General Química SA e altri c. Commissione europea*, in *Racc.* 2011, p. I-1, punti 37 e 38; TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, punto 6, cit.

<sup>5</sup> C. giust. UE, 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco c. Commissione e Commissione c. Alliance One International e altri*, "Alliance", non ancora pubblicata.

<sup>6</sup> Trib. CE, 27 settembre 2006, causa T-314/01, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2006, p. II-385.

<sup>7</sup> C. giust. UE, 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, *Knauf Gips KG c. Commissione europea*, in *Racc.* 2010, p. I-6375.

Dal fatto che controllante e controllata costituiscono un'"unica impresa" discende, in primo luogo, che si deve ritenere che l'illecito sia stato commesso da ciascuna di esse. Quanto alla controllante, essa risponde non perché è personalmente implicata nella sua realizzazione o perché ha istigato la sua affiliata a porlo in essere, ma perché si ritiene che l'abbia commesso essa stessa a causa dei legami economici e giuridici che la uniscono alla controllata, consentendole di determinarne il comportamento di mercato. L'imputazione a suo carico dell'infrazione, secondo la giurisprudenza, non si traduce in una forma di responsabilità obiettiva perché «anche se la società controllante non partecipa direttamente all'infrazione, essa esercita, in tale ipotesi, un'influenza determinante sulle controllate che hanno partecipato ad essa»<sup>10</sup>. La reale interferenza sul comportamento dell'affiliata è dunque l'elemento centrale intorno a cui ruota l'attribuzione della responsabilità alla società madre. Nell'ambito di un gruppo può essere quindi chiamato a rispondere dell'infrazione solo il soggetto che abbia effettivamente esercitato un'influenza determinante sul comportamento di mercato della società che l'ha posta in essere e non quello che sia solo potenzialmente in grado di far ciò. Il che è quanto dire che, ai fini dell'imputabilità, non è sufficiente che la società controllante goda della mera possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'autore della violazione ai sensi del Reg. 139/2004 e degli artt. 5 e 7 della l. 287/1990 in materia di concentrazioni. In secondo luogo,

<sup>8</sup> C. giust. CE, 2 ottobre 2003, causa C-196/99 P, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2003, p. I-11005.

<sup>9</sup> C. giust. CE, 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) e ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) c. Commissione*, in *Racc.* 2005, p. I-5425.

<sup>10</sup> C. giust. CE, 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione delle Comunità europee - "Akzo"*, in *Racc.* 2009, p. I-8237, punto 77.

dal fatto che costituiscono un'unica "impresa" deriva che controllante e controllata possono essere ritenute solidalmente responsabili del pagamento dell'ammenda, fermo restando che le responsabilità personali di ciascuna di loro potrebbero non essere identiche. Dal fatto che controllante e controllata costituiscono un'unica impresa non deriva invece alcun obbligo per la Commissione quanto all'applicazione e alla determinazione delle sanzioni. I giudici comunitari, infatti, si sono limitati ad indicare alla Commissione i criteri giuridici sulla base dei quali, eventualmente, imputare l'infrazione nell'ambito di un gruppo, ma non hanno imposto ad essa alcun obbligo di verificare sistematicamente se il comportamento della società che ha posto in essere l'infrazione debba essere attribuito al di fuori di essa. E in effetti dalla prassi si evince che una stessa capogruppo non sempre è stata condannata per il comportamento delle proprie controllate. Tanto meno i giudici comunitari hanno inteso limitare la discrezionalità della Commissione quanto alla valutazione dei rapporti strutturali ed economici infragruppo, alla scelta dei soggetti cui eventualmente irrogare le sanzioni e alla determinazione dell'ammontare di queste ultime.

### III. L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI IMPUTABILITÀ

1. *L'esercizio dell'influenza determinante.* – La responsabilità viene di regola attribuita alla società che ha esercitato un'influenza determinante quando l'illecito è stato compiuto<sup>11</sup>, ma non è escluso che possa essere chiamata a rispondere un'altra società del suo stesso gruppo/impresa, cui essa abbia ceduto le proprie attività nel settore in cui è stata posta in essere l'infrazione<sup>12</sup>. I soggetti cui viene generalmente attribuita la responsabilità

sono la *holding* e/o le società intermedie, attraverso cui essa detiene il capitale della controllata che ha violato il diritto della concorrenza; ciò a condizione che la stessa *holding* e dette società intermedie siano "imprese" ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, ovvero sia che non si limitino a detenere partecipazioni e ad esercitare i diritti ad esse connessi<sup>13</sup>. L'illecito, come detto, può essere imputato anche a società consorelle, ad una o più società madri di un'impresa controllata congiuntamente e a società che detengono partecipazioni di minoranza nel soggetto che ha posto in essere l'infrazione, ma che godono di diritti più estesi rispetto a quelli normalmente attribuiti agli azionisti di minoranza<sup>14</sup>.

Quanto all'oggetto dell'influenza determinante, l'imputazione della responsabilità non implica necessariamente che la controllante abbia interferito sul comportamento illecito, dando istruzioni affinché fosse posto in essere, o che abbia interferito sulla politica commerciale "in senso stretto" della sua controllata, dando direttive su aspetti quali fissazione dei prezzi e decisioni in materia di produzione e distribuzione dei prodotti. Secondo la giurisprudenza, infatti, la mancanza di autonomia nel mercato è solo uno degli indizi da cui si deduce l'unità economica tra controllante e controllata e, pertanto, l'assenza di direttive di politica commerciale non è sufficiente ad escludere che la prima possa esercitare un'influenza determinante sulla seconda. La società madre potrebbe interferire su decisioni strategiche della controllata, quali quelle relative alla definizione di programmi e di strategie aziendali, alla politica degli investimenti e alla politica delle risorse umane, che anche se non riguardano direttamente la gestione commerciale, possono comunque avere ripercussioni sul suo comportamento di mercato<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Trib. UE, 9 settembre 2011, causa, T-25/06, *Alliance One International, Inc. c. Commissione europea*, "Alliance One", non ancora pubblicata.

<sup>12</sup> Trib. UE, 13 luglio 2011, causa T-39/07, *Eni SpA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>13</sup> Trib. UE, 16 giugno 2011, cause riunite T-208/08 e T-209/08, *Gosselin Group NV (T-208/08) e Stichting Administratiekantoor Portielje (T-209/08)*

*c. Commissione - "Gosselin"*, in *Racc.* 2011, p. II-3639.

<sup>14</sup> Trib. UE, 12 luglio 2011, causa T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>15</sup> Trib. CE, 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2007, p. II-5049.

2. *La prova dell'esercizio dell'influenza determinante.* – L'esercizio di un'influenza determinante da parte della controllante può essere provato non solo in base al comportamento della controllata, ma può essere rintracciato dalla valutazione dei vincoli economici, giuridici e organizzativi tra le due società. La giurisprudenza non ha individuato in dettaglio in che cosa consistano questi vincoli, facendo presente che le loro caratteristiche variano ed è quindi necessario un accertamento caso per caso, in cui vengano complessivamente considerati tutti gli elementi ad essi pertinenti. Tuttavia, ha ritenuto che l'esercizio dell'influenza determinante non sia legato alla mera dipendenza economica della controllata dalla controllante<sup>16</sup>. Dalla prassi emerge che gli elementi cui fanno più frequentemente riferimento le autorità di concorrenza sono i rapporti societari, la struttura gerarchica del gruppo, la costituzione di comitati per il coordinamento delle attività delle società controllate, la comunanza di amministratori e dirigenti tra le società del gruppo, la condivisione del personale tra controllante e controllata e l'esistenza di flussi informativi tra le due società.

Quanto all'onere della prova, esso incombe di regola sulla Commissione, cui spetta dimostrare che la società controllante esercita un effettivo potere direttivo sulla controllata, tenendo conto di tutte le circostanze del caso specifico e, in particolare, dei suddetti vincoli organizzativi, giuridici ed economici infragruppo<sup>17</sup>. Di tali vincoli la Commissione deve anche provare in concreto l'intensità e l'impatto sul comportamento della filiale<sup>18</sup>. Tuttavia, i giudici comunitari ritengono che, nel caso in cui detenga direttamente o indirettamente il 100% o quasi<sup>19</sup> del capitale

della controllata che ha infranto le norme in materia di concorrenza, la controllante possa esercitare un'influenza determinante sul suo comportamento e che sussista quindi una presunzione relativa che essa eserciti effettivamente un'influenza di tal genere<sup>20</sup>. La Commissione non è obbligata a valersi di questa presunzione e può decidere di accertare l'esercizio effettivo dell'influenza determinante da parte della controllante sulla base di altri elementi di prova o attraverso una combinazione tra detta presunzione ed altri riscontri (c.d. duplice base), fermo restando il suo obbligo di applicare lo stesso criterio di valutazione per tutte le società madri coinvolte nell'infrazione<sup>21</sup>. Se invece intende valersene, potrà limitarsi a dimostrare che la controllante detiene la totalità o quasi del capitale sociale della controllata e potrà ritenere quest'ultima solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla stessa controllata. Ciò a meno che detta controllante non fornisca elementi di prova idonei a dimostrare che non costituisce un'unica entità economica con la sua affiliata, alla luce dei vincoli organizzativi, economici e giuridici infragruppo, e che quest'ultima quindi si comporta in maniera autonoma nel mercato. La giurisprudenza si limita a rilevare che, a tal fine, non valgono affermazioni prive di riscontri concreti<sup>22</sup>, ma non chiarisce ulteriormente le modalità attraverso le quali le parti possono confutare la presunzione in esame. Da alcune sentenze si evince che non sia necessario che la controllante fornisca la prova diretta e inconfutabile del fatto che la controllata si comporti autonomamente<sup>23</sup>; da altre che non sia sufficiente che la controllante fornisca solo elementi idonei a mettere in dubbio

<sup>16</sup> C. giust. CE, 12 luglio 1979, cause riunite 32, 36 e 82/78, *Bmw Belgium Sa ed altri c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 1979, p. 2435.

<sup>17</sup> C. giust. UE, 15 giugno 2012, causa C-494/11 P, *Otis Luxembourg Sàrl e altri c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>18</sup> Trib. UE, 2 febbraio 2012, causa T-76/08, *El du Pont de Nemours and Company, DuPont Performance Elastomers LLC e DuPont Performance Elastomers SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>19</sup> Trib. CE, 30 settembre 2009, causa T-168/05, *Arkema SA c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.* 2009, p. II-180.

<sup>20</sup> C. giust. UE, 10 settembre 2009, "Akzo", cit., punto 60; TAR Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, punto 6, cit.; diff. Delib. AGCM, 25 luglio 2012, n. 23770, *Boll.* 30/2012, punto 249, per cui si tratta di una presunzione di responsabilità obiettiva.

<sup>21</sup> C. giust. UE, 19 luglio 2012, "Alliance", cit.

<sup>22</sup> Trib. UE, 16 giugno 2011, "Gosselin", cit.

<sup>23</sup> Trib. UE, 9 settembre 2011, "Alliance One", cit.

tale circostanza<sup>24</sup>. Si può, in ogni caso, ritenere che per confutare la presunzione in esame, la società madre potrebbe dimostrare di non poter essere ritenuta responsabile alla luce delle situazioni particolari, ed esulanti dall'ordinario, che caratterizzano il suo gruppo<sup>25</sup>. Ad esempio, potrebbe provare di essere solo un investitore finanziario, o di detenere la partecipazione del 100% nella controllata solo per un periodo temporaneo, o di non poter esercitare pienamente i diritti che derivano dal possesso del suo capitale sociale alla luce del quadro normativo di riferimento<sup>26</sup>. In ogni caso, gli elementi forniti dalle parti devono essere valutati con particolare attenzione dalla Commissione, che non è tenuta a produrre ulteriori elementi per contestarli, ma deve indicare specificamente le ragioni per cui le argomentazioni delle parti non sono idonee a confutare la presunzione di esercizio effettivo dell'influenza determinante<sup>27</sup>. Allo stesso onere di motivazione è tenuto il Tribunale nel giudizio di appello contro le sue decisioni. Ciò che bilancia almeno in parte il fatto che la presunzione in esame riduce fortemente l'onere probatorio della Commissione e aggrava invece in misura significativa quello delle parti, per le quali è molto difficile ribaltare detta presunzione. E non è forse un caso che sinora decisioni e sentenze sull'imputabilità sono state annullate per difetto di motivazione.

#### IV. LE CONSEGUENZE DELLA DISCIPLINA DELL'IMPUTABILITÀ

Per come è stato concepito lo strumento dell'imputazione della responsabilità nell'ambito del gruppo ha determinato un ampliamento dei destinatari delle decisioni delle autorità di concorrenza e un rafforzamento dei loro poteri sanzionatori. La controllante, infatti, può essere

ritenuta responsabile anche se non ha istigato la controllata a commettere l'illecito, se è rimasta estranea all'ideazione e all'attuazione della violazione e persino se non ne era a conoscenza. La controllata, dal canto suo, non può esimersi dalla responsabilità dell'infrazione per il fatto che detta infrazione sia imputata anche alla sua controllante.

La Commissione mantiene intatta la propria discrezionalità nell'individuare i soggetti cui applicare le sanzioni e, segnatamente, nel decidere se irrogarle alla sola controllante, alla sola controllata oppure ad entrambe, ritenendole responsabili in solido per l'intero ammontare di dette sanzioni, o per parte di esso. Dal fatto che l'infrazione venga imputata all'impresa nel suo complesso non deriva però che la sanzione debba essere la stessa per tutte le società coinvolte e spetta alla Commissione la determinazione dell'ammenda irrogata a ciascuna di esse, nel rispetto dei principi del diritto comunitario e tenendo conto della sua peculiare situazione, specie per quanto riguarda la durata della sua partecipazione all'infrazione e l'esistenza a suo carico di precedenti condanne per infrazioni *antitrust*. Il sistema di imputazione ha tuttavia conseguenze molto significative sul metodo di calcolo della sanzione, considerato che il limite massimo del 10% del fatturato, ai sensi degli artt. 23 Reg. 1/2003 e 15 l. 287/1990, viene commisurato al fatturato del gruppo; l'ammontare della sanzione, pertanto, può risultare superiore al 10% del fatturato della controllata. La Commissione, inoltre, può applicare alcune maggiorazioni della sanzione, quali quella prevista per le imprese che hanno un fatturato particolarmente rilevante in settori diversi da quelli cui si riferisce l'infrazione e quella a titolo di recidiva<sup>28</sup>, che, a seconda dei casi, può essere applicata all'im-

<sup>24</sup> Trib. UE, 16 giugno 2011, causa T-197/06, *FMC Corp. c. Commissione europea*, in *Racc.* 2011, p. II-3179.

<sup>25</sup> Trib. UE, 9 settembre 2011, "Alliance One", cit.

<sup>26</sup> Concl. Kokott, 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV e altri c. Commissione delle Comunità europee* - "Akzo", in *Racc.* 2009, p. I-8237, punti 67.

<sup>27</sup> C. giust. CE, 29 settembre 2011, causa C-521/09, *Elf Aquitaine SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>28</sup> Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, G.U.C.E. C-210, 1° settembre 2006, pp. 2-5, §§ 28-30.

presa/gruppo o alla controllante e/o alla controllata.

Non stupisce, quindi, che negli ultimi anni la Commissione e l'Autorità abbiano fatto più frequentemente ricorso all'imputazione anche a società diverse da quelle che avevano posto in essere le infrazioni; per la Commissione, in particolare, l'attribuzione della responsabilità alle capogruppo è divenuta una delle armi principali per la repressione dei cartelli. Resta da chiedersi quale sia l'impatto del maggior utilizzo dell'imputazione infragruppo su altri strumenti di politica di concorrenza. Non è escluso che il coinvolgimento delle società capogruppo si traduca in un incremento delle azioni di consumatori e di imprese per il risarcimento dei danni causati dalle infrazioni *antitrust*. Una conclusione di tal genere sembra meno scontata per quanto riguarda l'utilizzo da parte delle imprese di strumenti quali impegni, programmi di clemenza e transazioni con la Commissione per la riduzione delle sanzioni. L'ampia discrezionalità di cui gode quest'ultima, quanto all'imputazione della responsabilità nel gruppo, può avere un impatto significativo sulla scelta di dette imprese di ricorrere a questi strumenti. Esse dovranno valutarne i benefici con particolare cautela, tenendo presente anche in che misura essi consentano di escludere o limitare non solo la responsabilità della società che ha posto in essere l'infrazione, ma anche di quella che la controlla. Inoltre, è la società controllata ad aver posto in essere l'infrazione e la controllante di regola è estranea allo svolgimento di attività commerciali. Pertanto la partecipazione di quest'ultima alla presentazione di impegni, alla richiesta di partecipare ad un programma di clemenza o alla transazione con la Commissione, potrebbe essere indizio di interferenza da parte sua sul comportamento della sua affiliata e acquisire rilevanza ai fini dell'imputabilità non solo nel procedimento nel corso del quale sono adottate le iniziative suddette, ma anche in altri procedimenti, che dovessero essere avviati nei confronti

delle parti a livello nazionale e comunitario.

Resta da chiedersi, infine, se le regole sull'imputabilità diano luogo all'applicazione di sanzioni che, oltre ad essere elevate, abbiano anche un'efficace azione deterrente. Nel sistema concepito dai giudici comunitari, infatti, l'attribuzione della responsabilità può avvenire in capo a società in grado di interferire solo indirettamente sul comportamento di mercato delle loro controllate e a prescindere dalla dimostrazione di qualsiasi nesso tra esercizio da parte di dette società dell'interferenza e comportamento restrittivo della concorrenza. Nella prassi questo meccanismo ha dato luogo ad una pressoché costante attribuzione di responsabilità a società *holding* non operative, ovvero che detengono la totalità, o quasi, del capitale delle controllate e che restano estranee alla gestione della politica commerciale. Nelle decisioni delle autorità di concorrenza e nelle sentenze del Tribunale ha assunto particolare rilevanza la funzione di direzione unitaria cui sono deputate dette *holding*. Per i giudici comunitari, infatti, una *holding* altro non è che una società finalizzata a raggruppare partecipazioni in altre società, la cui funzione consiste nell'assicurarne l'unità di direzione, in particolare tramite il controllo degli investimenti e del bilancio<sup>29</sup>. Ed è l'esercizio di detta funzione uno degli elementi più frequentemente utilizzati per imputare la responsabilità a società di questo tipo. A tale proposito, la Corte, da un lato, ha lasciato intendere che una *holding* non deve essere automaticamente ritenuta responsabile del comportamento della sua controllata. Dall'altro, ha indicato che non è escluso che, nonostante il fatto che non intervenga direttamente nel mercato, una *holding* possa esercitare un'influenza determinante sulla politica commerciale della sua controllata, in considerazione della funzione di direzione e coordinamento che le è propria, e che, pertanto, l'effettività di un tale esercizio possa presumersi quando essa detenga una partecipazione totalitaria, o quasi,

<sup>29</sup> Trib. UE, 14 luglio 2011, causa T-189/06,

*Arkema France SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

nel suo capitale<sup>30</sup>. Nonostante queste indicazioni, dalla prassi si evince che, talvolta, le autorità di concorrenza hanno finito per attribuire la responsabilità dell'infrazione ad *holding* che detenevano la totalità o quasi del capitale sociale delle società, che avevano posto in essere l'infrazione, ma non avevano esercitato in concreto la funzione di direzione unitaria<sup>31</sup>. Il sistema di imputazione si presta dunque ad essere applicato in modo da mettere in discussione la stessa ragion d'essere dei gruppi, che sono creati per accentrare la direzione nella capogruppo e decentralizzare le attività commerciali nelle società operative. Inoltre, potrebbe condurre all'ampliamento del novero dei soggetti responsabili dell'infrazione senza però punire necessariamente il soggetto che gestisce l'impresa nel mercato. Si consideri, infatti, che la struttura dei rapporti gerarchici all'interno dei gruppi può essere molto diversa e che gli amministratori delle società operative, nonostante siano nominati dalla capogruppo, possono trovarsi a godere effettivamente di un'ampia indipendenza nella gestione delle attività commerciali. Pertanto, l'imputazione a detta capogruppo potrebbe non essere idonea a cogliere l'effettivo gestore dell'impresa, che è il soggetto che più d'ogni altro, sotto la pressione delle sanzioni, dovrebbe organizzare l'attività in modo conforme alle regole di concorrenza. Tanto più che punire la capogruppo, che non interferisce effettivamente nelle attività commerciali, potrebbe non avere l'effetto deterrente auspicato dalle autorità di concorrenza. Si consideri, in-

fatti, che il Tribunale ha ritenuto che la predisposizione di programmi di *compliance antitrust* da parte della controllante non valesse ad escludere la sua responsabilità<sup>32</sup> e che il fatto che una *holding* avesse ordinato alla propria controllata al 100% di cessare qualsiasi pratica idonea a costituire un'infrazione alle regole della concorrenza, in seguito all'ispezione che aveva avuto luogo nella sua sede, fosse di per sé sufficiente a provare l'influenza determinante esercitata su questa controllata non solo dalla stessa *holding*, ma anche della società che controllava quest'ultima al 100%<sup>33</sup>. Alla luce di questi orientamenti, le società controllanti potrebbero essere disincentivate dall'adottare cautele per prevenire l'illecito *antitrust*.

Laura De Sanctis

### Bibliografia

MONTESA - A. GIVAJA, «When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust - Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios», in *World Competition* 29, 2006, p. 555; K. HOFSTETTER - M. LUDESCHER, «Fines against parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'», in *World Competition* 33, 2010, p. 55; R. BURNLEY, «Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability», in *World Competition* 33, 2010, p. 593; A. RESEINKAMPPF - U. KRAUTHAUSEN, «Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries», in *E.L. Rev.*, 2010, p. 38; W. VAN MEERT - A.L. HAMILTON, «Parental liability», in *Competition Law Insight*, 3 maggio 2011, p. 7.

<sup>30</sup> C. giust. UE, 29 settembre 2011, causa C-520/09, *Arkema SA c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>31</sup> Cfr. Delib. AGCM, 2 agosto 2012, n. 23794, in *Boll.* 31/2012.

<sup>32</sup> Trib. UE, 13 luglio 2011, causa T-138/07,

*Schindler Holding Ltd e altri c. Commissione europea*, non ancora pubblicata.

<sup>33</sup> Trib. CE, 18 dicembre 2008, causa T-85/06, *General Química e altri c. Commissione*, in *Racc.* 2008, p. II-338.