

Piero Fattori
Manfredi De Vita

**IL REGIME SANZIONATORIO
DELLE INTESE RESTRITTIVE
DELLA CONCORRENZA E
DEGLI ABUSI DI POSIZIONE
DOMINANTE**

SETTEMBRE 1996

La serie “Temi e problemi” ospita contributi sui temi della concorrenza prodotti all’interno della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, allo scopo di rendere disponibili a studiosi e alle istituzioni interessate i risultati delle attività di ricerca in corso presso l’Autorità e stimolare la discussione su argomenti connessi alla normativa per la tutela della concorrenza e del mercato.

I lavori pubblicati nella collana riflettono esclusivamente le opinioni degli autori e non impegnano la responsabilità dell’Autorità.

Chiunque sia interessato a ricevere copia dei contributi ovvero a ottenere informazioni sulla serie può indirizzare la corrispondenza a: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, “Temi e problemi” - Biblioteca, via Liguria, 26, 00187 Roma (tel. 06-48162.299; fax 06-48162.256; e-mail: antitrust@agcm.it). Copia o sintesi dei contributi sono resi disponibili nel sito Internet dell’Autorità (<http://www.agcm.it>).

Commenti su singoli contributi possono essere indirizzati direttamente agli autori, allo stesso indirizzo.

Piero Fattori si è laureato in giurisprudenza presso l'Università La Sapienza di Roma ed ha lavorato presso la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB). Dal 1991 lavora presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dove è attualmente Responsabile dell'Ufficio Giuridico.

Manfredi De Vita si è laureato in giurisprudenza presso l'Università Federico II di Napoli. Ha conseguito il Diploma di Alti Studi Europei presso il Collegio di Europa di Bruges ed è dottore di ricerca. Dal 1994 lavora presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed è attualmente nell'Ufficio Giuridico.

IL REGIME SANZIONATORIO DELLE INTESE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA E DEGLI ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE

Piero Fattori - Manfredi De Vita^(*)

SINTESI

Lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria per la violazione delle norme a tutela della concorrenza trova un largo utilizzo nella quasi totalità degli Stati dell'Unione Europea. Anche la legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha introdotto in Italia una disciplina antitrust di carattere generale, ha attribuito all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato poteri di diffida e sanzione che, in materia di intese restrittive ed abusi di posizione dominante, caratterizzano incisivamente l'applicazione della legge.

Da un punto di vista generale i poteri sanzionatori dell'Autorità si inscrivono in una architettura istituzionale che, per il profilo in esame, diverge sostanzialmente dal modello statunitense, connotato da un accentuato pluralismo applicativo e dal ruolo delle Corti, e si ispira invece, sia pure con differenze non marginali, al sistema comunitario. Ed è proprio dall'esame dell'esperienza comunitaria e della prassi della Commissione Europea che emerge pienamente la funzione assolta dalla sanzione pecuniaria in un sistema di enforcement centralizzato, ovvero la sua natura di strumento volto principalmente ad assicurare l'effettività dell'attività di tutela e promozione della concorrenza, da cui consegue l'esigenza di garantire, in sede di concreta determinazione e nel rispetto del principio di proporzionalità, la necessaria efficacia dissuasiva della sanzione stessa.

Sul piano strettamente applicativo, la disciplina sanzionatoria in materia di intese ed abusi di cui all'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90, solleva essenzialmente due ordini di problemi. Il primo di essi attiene alla determinazione dei limiti del generico rinvio, ex art. 31 della legge stessa, alle disposizioni di cui al Capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, la quale contiene una disciplina di carattere generale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie. Il secondo riguarda la determinazione

^(*) Ufficio Giuridico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

della nozione di gravità della violazione, che assume la duplice valenza di presupposto per l'applicazione della sanzione e di criterio guida per la sua concreta determinazione. Attesa la larga coincidenza, sul piano formale e sostanziale, tra le fattispecie normative nazionale e comunitaria, l'individuazione di criteri utili al fine dell'accertamento, nelle fattispecie concrete, della gravità dell'infrazione, è stata condotta con preminente riferimento all'esperienza comunitaria, ossia alle decisioni della Commissione Europea ed alle pronunce della Corte di Giustizia e del Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee.

La ricostruzione sistematica della disciplina conduce, infine, a prospettare una interpretazione della nozione di fatturato rilevante per il calcolo della sanzione che si ritiene più aderente alla complessiva ratio della disciplina a tutela della concorrenza ed alla natura e funzione dello strumento sanzionatorio.

SOMMARIO	
1. Sanzioni alle imprese e politica di concorrenza	9
1.1 L'applicazione della legge n. 287/90: aspetti istituzionali	9
1.2 Il sistema statunitense	11
1.3 La tutela giurisdizionale ordinaria nella legge n. 287/90	16
1.4 Il ruolo delle giurisdizioni nazionali nell'applicazione degli artt. 85 ed 86 del Trattato CE	17
1.5 La politica sanzionatoria delle istituzioni comunitarie	20
2. L'articolo 31 della legge n. 287/90 ed i rapporti con la legge n. 689/81	24
2.1 I limiti del rinvio alla legge n. 689/81	24
2.2 L'art. 3 della legge n. 689/81 e l'elemento soggettivo	26
2.3 L'art. 11 della legge n. 689/81 e la determinazione della sanzione	30
3. Le condizioni ed i presupposti di applicabilità delle norme sanzionatorie	33
3.1 Generalità	33
3.2 La gravità dell'infrazione	35
3.2.a <i>La natura dell'infrazione</i>	37
3.2.b <i>La natura e il valore dei prodotti</i>	38
3.2.c <i>Il numero e l'importanza delle imprese coinvolte</i>	39
3.2.d <i>La redditività della pratica illecita</i>	39
3.2.e <i>Il contesto economico e giuridico della violazione</i>	41
3.2.f <i>L'entità della partecipazione alla pratica illecita</i>	43
3.2.g <i>La consapevolezza della violazione</i>	44
3.2.h <i>Il comportamento</i>	45
3.3. La durata dell'infrazione	52
4. L'efficacia della sanzione: alcuni spunti sulla nozione di fatturato rilevante	54
Riferimenti bibliografici	59

1. SANZIONI ALLE IMPRESE E POLITICA DI CONCORRENZA

1.1 L'applicazione della legge n. 287/90: aspetti istituzionali

La legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha attribuito all'Autorità Garante una pluralità di strumenti sanzionatori nei confronti delle imprese, in funzione strumentale ad un efficace svolgimento delle funzioni istituzionali di tutela della concorrenza.

La legge citata presenta, sotto il profilo in esame, un quadro piuttosto articolato, prevedendo, anzitutto, fattispecie volte a sanzionare direttamente l'illiceità del comportamento anticoncorrenziale. Più in particolare, l'esercizio dei poteri sanzionatori è previsto, in forma accessoria al potere di diffida, ogni qual volta la violazione riveste un carattere di gravità: è questo il regime sanzionatorio in materia di intese e di abuso di posizione dominante (art. 15 comma 1)¹. Inoltre, il quadro normativo contempla sanzioni, per così dire, strumentali, volte a garantire l'ottemperanza dei provvedimenti dell'Autorità, ovvero ad assicurare alla stessa l'acquisizione dei dati cognitivi necessari all'attività di controllo. Si tratta in particolare, in un caso, dell'inottemperanza alle diffide relative alle intese e agli abusi (art. 15 comma 2), nonché ai divieti ed alle misure ripristinatorie in materia di concentrazioni (art. 19 comma 1); in altro caso, dell'inadempimento dell'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di concentrazione (art. 19 comma 2), nonché dell'obbligo di inviare le informazioni od esibire i documenti richiesti dall'Autorità nel corso dell'attività istruttoria (art. 14 comma 5)².

Mentre questa seconda categoria, mirata al rispetto di una serie di obblighi strumentali, è essenzialmente funzionale alla garanzia dell'effettivo esercizio dei poteri di controllo dell'Autorità, la prima tipologia di sanzioni è volta ad ottenere la desistenza dal comportamento vietato.

Sul piano applicativo, dunque, la disciplina contenuta nella legge n. 287/90 in materia di intese restrittive della concorrenza ed abusi di posizione dominante si

¹ L'articolo 15, primo comma, seconda parte, legge n. 287/90 recita *"Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata delle stesse, (l'Autorità) dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura non inferiore all'uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione"*.

² Per una panoramica generale sulla disciplina delle sanzioni nella legge antitrust cfr. Mucciarelli (1990); Militello (1995).

caratterizza per i poteri di diffida e sanzione affidati all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

D'altronde, lo strumento della sanzione amministrativa pecuniaria trova largo utilizzo nel diritto della concorrenza della quasi totalità degli Stati dell'Unione Europea³. In particolare, le pratiche restrittive diverse dalle concentrazioni vengono assoggettate a sanzione pecuniaria in undici dei quindici Stati membri (fanno eccezione Irlanda, Lussemburgo, Olanda e Regno Unito). Inoltre, in tutti questi Stati, salvo l'Austria dove la competenza in materia è affidata ad un organismo giurisdizionale, le sanzioni sono inflitte da un'autorità amministrativa. In particolare, tali istituzioni sono in sei casi autorità indipendenti (Danimarca, Francia, Italia, Germania, Spagna, Svezia) ed in tre sotto il controllo del Governo (Belgio, Grecia, Portogallo)⁴. Le verifiche delle decisioni che irrogano sanzioni pecuniarie sono nella grande maggioranza dei casi di carattere giurisdizionale; la situazione è diversa solamente in Danimarca ed in Germania, dove in merito a tali decisioni può intervenire, prima del controllo giurisdizionale, una revisione da parte del Governo.

Le spiccate analogie tra le organizzazioni istituzionali che i diversi Stati membri si sono dati in materia non possono, però, sorprendere. Per tutti l'esperienza comunitaria, ed i poteri in quell'ambito attribuiti alla Commissione, hanno rappresentato la matrice comune dalla quale derivare i tratti generali della disciplina della concorrenza, anche con riguardo allo specifico tema in discorso.

Naturalmente quanto precede vale anche per il sistema italiano, dove la vigilanza sul rispetto della disciplina antitrust è rimessa in via principale ad un'Autorità indipendente con funzioni para-giurisdizionali. All'*enforcement* centralizzato di natura pubblica viene in tal modo conferito, al pari di quanto avviene per la Commissione Europea, un ruolo centrale nel sistema anche per quanto concerne i profili sanzionatori.

1.2 Il sistema statunitense

Nel tentativo di individuare la funzione dei poteri sanzionatori attribuiti all'Autorità Garante per le ipotesi di violazione della normativa in tema di intese

³ I dati di seguito riportati sono tratti da *Competition policy newsletter*, Commissione Europea-DGIV (1995), n. 4, v.1, Spring, 13 ss.

⁴ Particolare è poi il caso della Finlandia, dove l'Office of Free Competition, un'autorità indipendente, ha facoltà di proporre l'imposizione di una sanzione al Competition Council, istituzione che, pur se dotata di potestà decisionale autonoma, è sottoposta, almeno parzialmente, al controllo del Governo.

restrittive ed abusi di posizione dominante sembra opportuno, preliminarmente, chiarire come il modello "centralistico" concepito con la legge n. 287/90 nel configurare le sanzioni per violazioni del diritto della concorrenza non rappresentasse l'unica opzione possibile.

Se infatti il legislatore, in piena coerenza con l'intero impianto normativo della legge n. 287/90, ha fatto riferimento anche in materia sanzionatoria al modello istituzionale comunitario, occorre sottolineare come la scelta sia avvenuta a sostanziale discapito di un diverso sistema, ricalcato sugli istituti che regolano l'*enforcement* del diritto federale statunitense e quindi caratterizzato da un accentuato pluralismo applicativo⁵.

E' ben noto, infatti, come negli Stati Uniti l'applicazione del diritto federale della concorrenza veda la partecipazione di cinque attori principali (U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission, State Attorney General, persone fisiche e giuridiche, e Corti federali), all'interno di un sistema che si presenta fortemente decentrato e dove coesistono da un lato una pluralità di organismi pubblici preposti alla tutela della concorrenza e dall'altro uno sviluppato ed incisivo sistema di azioni civili di matrice privata.

In quest'ambito, la tutela della concorrenza è affidata a due agenzie centrali specializzate: l'Antitrust Division (AD) presso il Department of Justice e la Federal Trade Commission (FTC). La prima costituisce una sezione specializzata del Dipartimento di giustizia, la seconda, più vicina al modello dell'amministrazione indipendente, è stata istituita ai primi del secolo al fine di azionare le disposizioni a tutela del consumatore, ivi comprese quelle antitrust. Le competenze delle due istituzioni, in larga parte coincidenti, divergono essenzialmente in ragione della competenza esclusiva della Antitrust Division a far valere le disposizioni penali dello Sherman Act.

Il Department of Justice, attraverso la sua Antitrust Division, ha il potere di svolgere penetranti attività istruttorie per l'accertamento di violazioni alle regole di concorrenza, per porre rimedio alle quali esso deve in ogni caso adire le giurisdizioni federali. Come detto, l'Antitrust Division ha la competenza esclusiva per promuovere l'applicazione delle disposizioni penali dello Sherman Act⁶ ed è altresì legittimata ad

⁵ Cfr., in particolare, il Disegno di legge n.1012 "Norme per la tutela della concorrenza e del Mercato" del 10 maggio 1988 (c.d. progetto Rossi).

⁶ Le azioni penali, che possono conseguire esclusivamente a supposte violazioni delle prime due sezioni dello Sherman Act, sono, di fatto, circoscritte alle ipotesi di concertazione tra imprese (sez. 1) ed individuate essenzialmente in accordi per la fissazione dei prezzi, per la divisione dei mercati, per la turbativa concertata di gare ed appalti. Tali fattispecie, come emerge dalla prassi della stessa AD

intentare azioni civili nell'ambito dello Sherman Act⁷. Essa, inoltre, può far valere tutte le disposizioni del Clayton Act ed essere attrice delle azioni per risarcimento dei danni laddove essi siano sofferti dal Governo degli Stati Uniti.

La Federal Trade Commission è un'agenzia indipendente che ha il potere di attivare la gran parte della normativa antitrust federale⁸. La FTC, infatti, non solo è direttamente legittimata ad azionare le disposizioni del Clayton Act e del Robinson Patman Act, ma può altresì, in ragione di una lettura estensiva della sua generale competenza in tema di azione di concorrenza sleale, far valere in giudizio le disposizioni dello Sherman Act⁹.

(Department of Justice, International Operations Antitrust Enforcement Policy, del 10.11.1988, p.22), devono presentare alcuni tratti essenziali quali: *a*) la pratica deve coinvolgere soggetti attualmente o potenzialmente concorrenti *b*) l'accordo deve produrre un aumento (nel caso di monopsonio una riduzione) dei prezzi o una riduzione della produzione senza che ciò sia giustificato da considerazioni di efficienza *c*) le parti devono essere consapevoli degli effetti sulla concorrenza della propria condotta. Laddove ricorrano questi presupposti viene intentata un'azione in sede penale, nel cui ambito la discrezionalità delle Corti è limitata dalle *Guidelines* emanate dalla U.S. Sentencing Commission, che fissano, per categorie di soggetti, i limiti delle pene detentive e dell'ammontare delle ammende. In particolare, a ciascuna impresa responsabile di violazioni dello *Sherman Act* può essere inflitta una multa fino a 10 milioni di dollari, oppure pari alla somma maggiore tra quelle equivalenti rispettivamente al doppio dei profitti tratti dall'illecito o al doppio delle perdite sofferte da chi ne ha subito il danno (*twice the gain or twice the loss*). Le persone fisiche possono essere punite con multe fino a 350.000 dollari e con pene detentive sino a 46 mesi (Cfr. Comprehensive Crime Control Act (1984) ed U.S. Sentencing Commission's Sentencing Guidelines -1991-).

⁷ Nei casi privi di rilevanza penale largo spazio assume l'utilizzo, da parte dell'AD, di uno strumento diverso per porre fine alle infrazioni: il *consent decree*. Si tratta di una sorta di compromesso stragiudiziale, che le Corti approvano in via successiva; in caso di inottemperanza da parte delle imprese che lo hanno sottoscritto, esso costituisce titolo per un'azione giudiziaria da parte della stessa AD.

⁸ Benché la FTC riceva numerose denunce da parte dei privati, il procedimento prende avvio esclusivamente d'ufficio. Esso si svolge anche con l'intervento di un tribunale amministrativo, che si pronuncia sulle risultanze dell'istruttoria innanzi alla FTC. Qualora la FTC sia in disaccordo con la pronuncia del Tribunale può venire adita una delle Corti federali, le quali di norma si pronunciano sulla legittimità del provvedimento, rimanendo invece vincolate agli elementi di fatto raccolti dalla FTC. Per l'attuazione della legge sulla Federal Trade Commission e del Clayton Act lo strumento essenziale della Commissione è il *cease and desist order* (ordinanza di cessare e desistere). Tali ordinanze non importano l'erogazione di pene criminali o sanzioni civili per un'attività pregressa e non si basano su una valutazione dei danni: come un'ingiunzione giudiziaria esse tendono ad impedire che si ripetano azioni illecite. Tuttavia, le ordinanze della FTC sono rese esecutive dai tribunali federali sotto pena di una sanzione civile con un'ingiunzione la cui mancata esecuzione comporta una citazione per inottemperanza. Nei casi di reiterata inottemperanza la FTC ha inoltre l'autorità per imporre direttamente delle sanzioni civili nei limiti delle pronunce delle Corti.

⁹ Il *Federal Trade Commission Act* (1914), al fine di conferire una maggiore efficacia al sistema riducendo i costi e le incertezze legate al ricorso all'azione giudiziaria, istituì una apposita agenzia governativa -la Federal Trade Commission- incaricandola di una generale funzione di vigilanza sul rispetto della legislazione *antitrust*. Con una rilevante disposizione di carattere sostanziale il *Federal Trade Commission Act* dichiarò inoltre illegale l'utilizzo, da parte delle imprese, di metodi di concorrenza sleale (sez. 5). La competenza della FTC per le violazioni dello Sherman Act è radicata

Il sistema binario di *enforcement* appena descritto è ulteriormente integrato dal ruolo rivestito dagli Stati federati nel sistema. Gli State Attorney General, infatti, sono abilitati ad azionare le disposizioni federali a tutela della concorrenza, pur venendo parificati, quanto alla posizione processuale, a semplici soggetti privati¹⁰

Nel sistema statunitense, a fronte della pluralità di soggetti pubblici chiamati ad agire per il ripristino delle condizioni di concorrenza, la competenza a decidere su multe e sanzioni rimane comunque affidata ad un organismo giurisdizionale. Giova inoltre sottolineare che i rimedi di carattere pecuniario non esauriscono i mezzi a disposizione delle Corti per ristabilire le condizioni di concorrenza effettiva nei casi di violazione della normativa federale; tra di essi figurano, infatti, anche rimedi di carattere strutturale. Così, ad esempio, laddove sia infranto il divieto di monopolizzazione, tali rimedi possono assumere varie forme (cessione di impianti, licenze obbligatorie in materia di proprietà intellettuale, ecc.), ed in particolare la ristrutturazione dell'impresa monopolistica in diverse entità ("*divestiture*").

Ciò che maggiormente caratterizza il sistema statunitense è, tuttavia, indubbiamente la disciplina di cui al disposto delle sezz. 4 e 16 del Clayton Act, che permette ai soggetti privati che siano stati danneggiati "*in their business or property*" da una violazione del diritto della concorrenza di agire in giudizio per risarcimento danni con la garanzia di ottenere, in caso di vittoria, un risarcimento pari al triplo del danno subito (c.d. *private treble damage action*). Come è noto, l'efficacia del sistema federale a tutela della concorrenza si basa largamente sulla possibilità per le persone, fisiche e giuridiche, di agire in giudizio per il conseguimento del triplo del danno subito a causa di violazioni della normativa e per ottenere ingiunzioni volte alla cessazione delle condotte anti-concorrenziali. Non a caso, anche in termini quantitativi le azioni dei privati hanno sempre largamente superato quelle intentate dal Governo, tant'è che il 90% del

proprio su questa norma, come interpretata dalla Corte Suprema a partire dalla sentenza *FTC c. Cement Institute* (1948).

¹⁰ Il ruolo degli State Attorney General si è notevolmente accresciuto a partire da quando essi sono stati legittimati ad agire, in rappresentanza dei cittadini dello Stato, con la *treble damage action* (Cfr. Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act (1976); anche se l'autentico salto di qualità nell'attività degli State Attorney General viene di norma ravvisato nella costituzione, nel 1983, dell' Antitrust Committee della National Association of Attorneys General (NAAG) che rappresenta il veicolo grazie al quale un'azione può venire intentata congiuntamente da più avvocati dello stato in rappresentanza di diversi Stati federali. In questo senso è stato infatti sostenuto che grazie alla costituzione del NAAG "State Attorney General are now an independent vehicle for antitrust enforcement, seeking their own path and moving forward under their own power and design", Brown-Huck (1988).

contenzioso relativo alla violazione delle regole federali di concorrenza prende avvio da ricorsi privati¹¹.

La possibilità per i privati di agire in risarcimento del danno subito integra considerevolmente le risorse del sistema pubblico di *enforcement*. Si è infatti venuta a creare una classe di *private attorney general*, spesso in condizione di percepire con maggiore immediatezza rispetto ad un organismo centrale l'esistenza di una pratica anticompetitiva sul mercato.

Naturalmente, il motivo principale del diffuso utilizzo della *treeble damage action* risiede nel potente incentivo all'azione che l'elevato ammontare del risarcimento rappresenta; rendendo comunque potenzialmente conveniente, per i soggetti privati, accollarsi gli oneri di un giudizio. Ma la possibilità, per l'attore, di ricevere a titolo di risarcimento un ammontare pari al triplo del danno subito ha, in realtà, una funzione che travalica la singola vicenda processuale per assolvere ad un ruolo di ben più ampio respiro per la realizzazione complessiva della politica di concorrenza statunitense.

L'azione in questione, infatti, proprio per le sue intrinseche caratteristiche, finisce con l'andare oltre le finalità di mera compensazione del danneggiato per assolvere un ruolo di sanzione indiretta, inflitta "dal basso" nei confronti dell'autore delle violazioni. La maggiore probabilità che grazie a questa forma di controllo privato un soggetto responsabile di illeciti antitrust venga scoperto e penalizzato, contribuisce, inoltre, a scoraggiare per il futuro l'attuazione di tali condotte, conferendo alla *treeble damage action* quel carattere di deterrenza proprio di ogni sanzione. In altri termini, attraverso una quantificazione particolarmente elevata dell'ammontare del risarcimento si supera la funzione compensatoria dello stesso per conferire al rimedio una funzione punitiva, e quindi deterrente, nei confronti del soggetto che ha compiuto l'illecito¹².

¹¹ La *treeble damage action* è aperta non solo ai soggetti privati ma anche alle istituzioni. Come detto, un'azione civile tesa al recupero del triplo dei danni subiti può essere intentata anche dal Department of Justice per conto del governo degli Stati Uniti in qualità di acquirente di beni o servizi; inoltre, il recupero dei danni tripli è consentito (per il tramite dei rispettivi Attorney general) anche ai singoli Stati dell'Unione i cui cittadini siano stati danneggiati da violazioni della normativa antitrust; le Corti hanno comunque circoscritto tale possibilità, escludendo che il meccanismo possa essere attivato a vantaggio dei consumatori che non siano coinvolti direttamente nella controversia oggetto di contestazione (Cfr. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 434 U.S. 811, 98 S.Ct. 243 (1977)). Invero, il Governo degli Stati Uniti non era originariamente ricompreso tra i soggetti legittimati all'azione. Sono stati a tal fine necessari due emendamenti della sez. 4 del Clayton Act; il primo, nel 1955, ha ammesso il Governo Federale alle vie risarcitorie, il secondo, nel 1990, ha esteso anche nei suoi confronti il beneficio della triplicazione.

¹² Per attendere tali obiettivi, il meccanismo processuale deve possedere taluni requisiti: si tratta in primo luogo di quelli relativi ai soggetti legittimati all'azione ed in secondo luogo di quelli connessi a modalità di quantificazione del danno che possano far coincidere, in linea di massima, l'ammontare del risarcimento con quello dei profitti illecitamente tratti dal convenuto grazie alla violazione delle regole di concorrenza. E' anche vero che il perseguimento di tale funzione, indirettamente sanzionatoria, ha

In conclusione, la capacità dei soggetti privati di introdurre presso le Corti federali cause relative a presunte violazioni delle regole antitrust è un profilo che contraddistingue in maniera del tutto singolare l'intera politica di concorrenza degli Stati Uniti. A fronte dell'assenza di ogni potestà sanzionatoria diretta in capo agli organi amministrativi e della previsione di sanzioni penali limitatamente ad alcune fattispecie tipiche, l'azione risarcitoria assume rilievo sanzionatorio per il residuo delle pratiche vietate.

1.3 La tutela giurisdizionale ordinaria nella legge n. 287/90

Se comparato ad un sistema caratterizzato da un accentuato pluralismo applicativo, dove la vigilanza sul rispetto della disciplina antitrust non è rimessa soltanto alle autorità pubbliche competenti, l'ordinamento italiano si caratterizza per una scelta di segno diverso, che conferisce all'*enforcement* centralizzato di natura pubblica un ruolo preminente nel sistema, anche per quanto concerne i profili sanzionatori. Come già posto in luce, la legge n. 287/90 ha, infatti, attribuito all'Autorità Garante una pluralità di strumenti sanzionatori diretti nei confronti delle imprese, in funzione di sostegno ad un efficace svolgimento delle funzioni istituzionali di tutela della concorrenza.

Peraltro, il ricorso a meccanismi di controllo diffuso non è del tutto estraneo al sistema della legge n. 287/90. L'art. 33, comma 2, della legge stessa ha infatti introdotto il principio della tutela risarcitoria del privato nei confronti degli autori delle violazioni delle norme antitrust, devolvendo la tutela alla Corte di Appello competente per territorio. Non può dunque dirsi preclusa, anche nel sistema italiano, la coesistenza tra un modello centralistico di controllo autoritativo ed un controllo diffuso di carattere giurisdizionale.

richiesto, nell'elaborazione giurisprudenziale dei requisiti di ammissibilità della *treeble damage action*, la ricerca di un delicato equilibrio rispetto al rischio, pure esistente, che il potente incentivo del recupero del triplo del danno subito possa risolversi in un eccessivo utilizzo dell'azione giudiziaria e nella sua frequente strumentalizzazione come metodo di disturbo di concorrenti più efficienti. Pericolo, questo, reso tanto più attuale dall'ampiezza della nozione di *antitrust injury*, che la Corte Suprema ha definito come "the injury of the type the antitrust laws were designed to prevent", (*Brunswick Corp. c. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690, (1977)), pur precisando nella sua giurisprudenza successiva che il danno deve derivare da un effetto anticompetitivo della violazione della normativa antitrust (*Montfort of Colorado Inc. c. Cargill Inc.*, 479 U.S., 104 107 S.Ct. 484, (1986); *Atlantic Richfield Co. c. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 110 S.Ct. 1884, (1990)). Il rischio, comunque, è stato in parte ridimensionato dai limiti che sono stati posti dalle Corti in termini di legittimazione a ricorrere e di oneri probatori.

E' certo vero che la norma in parola si caratterizza per la particolare sobrietà del suo tenore letterale e per il riferimento a questioni unicamente processuali. Il suo principale valore risiede, comunque, nella sua stessa esistenza, che di per sé comporta il riconoscimento dell'idoneità delle violazioni delle regole di concorrenza a produrre una lesione antigiuridica in capo a taluni soggetti che si trovino ad intrattenere rapporti con gli autori della violazioni stesse.

E' altrettanto vero che alcuni importanti problemi applicativi rimangono impregiudicati dal disposto dell'art. 33, comma 2, la cui soluzione deve ritenersi affidata, in assenza di un intervento del legislatore, all'elaborazione giurisprudenziale. Si tratta, per quanto in questa sede rileva, di determinare le condizioni dell'azione in maniera da stabilire se lo strumento risarcitorio previsto dall'art. 33, comma 2, debba rispondere ad una vocazione meramente compensatoria o se, invece, lo si voglia ispirare ad un funzione indirettamente sanzionatoria¹³.

In ogni caso, anche qualora l'evoluzione del rimedio in discorso venisse indirizzata verso quest'ultima direzione, risulta evidente come tale processo non debba essere necessariamente volto, come avvenuto negli USA, a colmare lacune in materia sanzionatoria che nella legge n. 287/90 non sono, invece, presenti¹⁴.

E' dunque lecito immaginare come, nella vigenza dell'attuale quadro normativo, il rimedio di cui all'art.33, comma 2, della legge n. 287/90 potrà svilupparsi su un piano di sostanziale complementarietà rispetto alla generale potestà sanzionatoria dell'Autorità, privilegiando la funzione compensatoria dell'azione, ed avendo quindi riguardo alla posizione soggettiva dei singoli, a prescindere dalla coincidenza tra gli interessi di questi ultimi e l'interesse pubblico al mantenimento di un regime concorrenziale.

¹³ Pur senza considerare rilevante, almeno rispetto agli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90, la questione legata alla valenza dell'intervento dell'autorità di controllo rispetto all'operatività delle situazioni giuridiche soggettive che sorgono dalla stessa legge, rimane, comunque, necessario, da un lato individuare la natura dei rapporti che devono intercorrere tra attore in giudizio ed autore della violazione antitrust al fine dell'identificazione dei soggetti legittimati ad intentare l'azione di danni e, dall'altro, pervenire ad una definizione dell'*antitrust injury* e delle sue conseguenze in termini di quantificazione del risarcimento. La soluzione a questi problemi riveste un'importanza decisiva, come l'esperienza statunitense insegna, non soltanto per rendere lo strumento di cui all'art. 33, comma 2, funzionante, ma altresì per determinare verso quale direzione il suo funzionamento debba essere indirizzato; se, cioè, la tutela risarcitoria per le vittime dell'illecito debba rappresentare la conseguenza o la sanzione di una violazione delle regole di concorrenza.

¹⁴ In altri termini, grazie alla presenza di un'autorità di controllo preposta all'applicazione delle leggi ed alla repressione delle violazioni, ed al relativo impianto di sanzioni amministrative in funzione di deterrenza e " *per quella che è la caratteristica generale dell'azione risarcitoria nel nostro sistema non si può assolutamente prescindere dalla funzione compensativa..... la funzione comunque complementare della sanzione della deterrenza è innegabile per l'azione risarcitoria anche nel nostro sistema, ma quello che non è possibile sacrificare è la funzione compensativa ad altre forme*, Toffoletto (1995).

1.4 Il ruolo delle giurisdizioni nazionali nell'applicazione degli artt. 85 ed 86 del Trattato CE

Per delineare funzioni e rapporti dei diversi modelli sanzionatori non è poi secondaria la registrazione del sostanziale fallimento dei tentativi di maggior coinvolgimento delle giurisdizioni nazionali nell'applicazione degli artt. 85 ed 86 del Trattato CE.

Com'è noto, gli artt. 85 ed 86 sono provvisti di efficacia diretta e possono essere quindi immediatamente azionati innanzi alle giurisdizioni nazionali¹⁵. In forza di tale condizione, e senza che sia necessaria alcuna ulteriore previsione normativa, il sistema di *enforcement* comunitario si trova anch'esso ad essere provvisto della possibilità che le regole di concorrenza vengano impugnate dal basso, ad opera, cioè, dei soggetti privati che subiscano un pregiudizio giuridicamente rilevante da una violazione delle regole di concorrenza. I rimedi in tal modo accessibili varieranno certamente da Stato a Stato, ma possono comunque essere ricondotti ad alcuni istituti classici del diritto processuale, come quello del risarcimento dei danni.

Malgrado quanto precede, le azioni civili risarcitorie basate sugli artt. 85 ed 86 sono ad uno stato del tutto primordiale se comparato allo sviluppo delle *treeble damage action* statunitense. Ciò è certo dovuto alla circostanza che i meccanismi processuali in parola non sono stati resi oggetto di "comunitarizzazione"¹⁶ e non si configurano pertanto in maniera uniforme nell'intera Unione (potendo, pertanto, essere più o meno

¹⁵ Corte di Giustizia, causa C-127/73, 30 gennaio 1974 *BRT/Sabam*, Racc. p. 51.

¹⁶ Com'è noto, gli Stati membri, nel garantire la tutela dei diritti che trovano la propria fonte nell'ordinamento comunitario si giovano della propria autonomia istituzionale e procedurale, a condizione però di non mettere in discussione l'effettività della situazione giuridica determinata dal diritto comunitario. In questo contesto la giurisprudenza ha enucleato due condizioni. La prima concerne il parallelismo che deve sussistere tra le forme di tutela offerte da uno Stato membro, sia che le situazioni giuridicamente rilevanti scaturiscano dal diritto comunitario, sia che invece promanino dall'ordinamento interno. In altri termini, le condizioni formali e sostanziali di tutela per una situazione soggettiva che scaturisce dal diritto comunitario non possono essere meno favorevoli di quelle di analoghe azioni di carattere interno (Corte di Giustizia, causa C-199/82, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, Racc. p. 3573). Ma la circostanza che i rimedi giuridici siano disposti all'interno dell'ordinamento senza discriminazioni inerenti la fonte della situazione azionata può non essere sufficiente; la giurisprudenza della Corte ha infatti elaborato una seconda condizione quale valvola di chiusura del sistema: occorre, infatti, che la tutela del diritto promanante dall'ordinamento comunitario non venga resa di fatto impossibile dal sistema nazionale all'interno del quale esso è calato. Pertanto le modalità procedurali, fissate dall'ordinamento nazionale, non devono condurre "a rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti che i giudici nazionali hanno l'obbligo di tutelare" (Corte di Giustizia, causa C-45/75, 17 febbraio 1976, *Rewe*, Racc. p. 181).

incentivanti a seconda della disciplina prevista nei diversi Stati membri), ma nasconde altresì problemi diversi, rispetto ai quali gli sforzi profusi per coinvolgere le giurisdizioni nazionali nell'applicazione decentrata degli artt. 85 ed 86 rappresentano l'autentica cartina di tornasole.

In realtà, il tentativo di realizzare forme decentrate di tutela delle regole di concorrenza, ormai decisamente orientato verso un coinvolgimento delle autorità amministrative nazionali, ha conosciuto una prima fase in cui si è provato ad investire del compito i giudici nazionali. Essa si è tradotta in un atto ufficiale in occasione dell'adozione, il 13 febbraio 1993, della Comunicazione relativa alla cooperazione tra Commissione e giudici nazionali per l'applicazione degli articoli 85 ed 86 del Trattato¹⁷. Con quest'atto la Commissione, sulla scorta di quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Delimitis*¹⁸, si era posta l'obiettivo di incoraggiare le giurisdizioni nazionali ad un'applicazione più costante ed efficace delle regole comunitarie di concorrenza.

La via giurisdizionale all'applicazione decentrata del diritto della concorrenza ha però incontrato due grandi ostacoli.

In primo luogo, la particolarità, se non il tecnicismo, della materia, l'elevato tasso di specializzazione e le cognizioni economiche che la sua trattazione richiede mal si sono conciliate, soprattutto nei Paesi in cui la legislazione nazionale in materia non è armonizzata a quella comunitaria, con l'organizzazione giurisdizionale e le cognizioni dei giudici.

Ma, soprattutto, l'Europa - ed è ciò che in questa sede più rileva - risente dell'approccio culturale di cittadini ed imprese al problema. E' infatti estremamente radicata nella grande maggioranza degli Stati membri, non ultima l'Italia, l'idea che questioni come quelle poste dalla applicazione di una normativa antitrust debbano essere affrontate ad opera di istituzioni pubbliche, ed in particolare dalle amministrazioni dello Stato poste a specifica tutela dei pubblici interessi coinvolti¹⁹. Sembra, in altri termini, di potersi condividere l'affermazione secondo la quale "*Europeans are not as litigious as US americans; their traditional, social and cultural attitudes may even be opposed to recours to judiciary*"²⁰.

¹⁷ In GUCE C39 del 13.2.1993, p.6.

¹⁸ Corte di Giustizia, causa C-234/89, 28 febbraio 1991 *Delimitis*, Racc. p. I-935.

¹⁹ Diviene quindi evidente la difficoltà di adottare a modello l'esperienza statunitense, dove le azioni intentate presso i tribunali di ogni Stato federale per il risarcimento dei danni conseguente alle violazioni delle norme in materia di concorrenza, rappresentano, come ben espresso in dottrina, "*the main motor of enforcement*", Ritter-Braun-Rawlison (1991).

²⁰ Ehlermann (1995).

Ai medesimi fini, la stessa Autorità Garante ha dovuto constatare, relativamente almeno ad una prima fase della sua attività, come *"nell'esperienza italiana (...) le denunce che pervengono all'Autorità riguardano soprattutto comportamenti posti in essere da imprese privilegiate dal sistema di regolamentazione o titolari di diritti speciali ed esclusivi a esse attribuiti mediante concessione pubblica, mentre relativamente scarse risultano le denunce di comportamenti anticoncorrenziali di imprese operanti in regime di libero mercato"*²¹.

Anche alla luce di quanto precede, il meccanismo di *enforcement* e l'apparato sanzionatorio predisposto dalla legge n. 287/90, al di là di ogni giudizio astratto sulla validità di un modello rispetto ad un altro, si rivela dunque intimamente connesso al contesto sociale in cui deve essere calato; contesto forse ancora immaturo, o comunque inadeguato, per un utilizzo diffuso dell'azione risarcitoria che possa conferire alla stessa, come negli USA, caratteri indirettamente sanzionatori.²²

1.5 La politica sanzionatoria delle istituzioni comunitarie

Allo stato quindi il compito di promozione della concorrenza che istituzionalmente grava sull'Autorità assume connotati quasi pedagogici nei confronti degli attori del mercato. In un contesto come quello appena descritto anche le sanzioni trovano un motivo in più per essere amministrate a livello centralistico. Esse, infatti, possono rappresentare uno strumento importante per la realizzazione di una politica della concorrenza, se utilizzate più al fine di prevenire la spontanea osservanza dei precetti normativi che per perseguire risultati di natura schiettamente punitiva.

²¹ Nella stessa sede l'Autorità ha precisato che *"Negli altri paesi invece la fonte principale di informazione, soprattutto in relazione alla costituzione di cartelli o, più in generale, alla conclusione di accordi anticoncorrenziali, è la denuncia presentata all'Autorità da concorrenti o da acquirenti dei prodotti interessati. Questa ancora scarsa collaborazione dei consumatori e delle imprese con l'Autorità relativamente ai comportamenti anticoncorrenziali nei settori di mercato deriva probabilmente dall'insufficiente conoscenza che gli operatori economici hanno della normativa della concorrenza, così che frequentemente non riconoscono l'eventuale illiceità di comportamenti d'impresa spesso praticati per consuetudini consolidate nel corso di molti anni. Viceversa i comportamenti delle imprese titolari di diritti speciali ed esclusivi che operano in regime di monopolio nel mercato vengono frequentemente interpretati come abusivi da parte dei denunciati, anche quando l'applicazione della normativa antitrust trova un limite nella presenza di specifici interventi di regolamentazione"* (Relazione Annuale per il 1994, pag.16)

²² Anche ad avviso dei più autorevoli assertori di questa tesi, uno sviluppo di tale azione in chiave sanzionatoria implica, infatti, *"il richiamo ad una concezione imprenditoriale del diritto e del ricorso al giudice ordinario (che) comporta invero la creazione di strumenti la cui importanza e legittimazione è ancora lontana dalla nostra cultura giuridica e politica"* Rossi (1995).

D'altronde, il valore dissuasivo della sanzione ispira da tempo anche la politica delle ammende della Commissione europea. E' quindi all'esperienza comunitaria che occorre rivolgersi per apprezzare appieno la valenza che lo strumento sanzionatorio assume per la realizzazione di una politica di tutela e promozione della concorrenza.

Al riguardo, è ben noto come ogni norma sanzionatoria assolve, affianco ad una funzione retributiva dell'autore dell'illecito, anche un ruolo di prevenzione generale della ripetizione delle violazioni. Questa funzione di prevenzione è propria anche dell'art. 15 del Regolamento n. 17/62, e rileva in sede di applicazione della normativa antitrust con particolare riferimento alla determinazione del concreto ammontare delle ammende inflitte che, salvaguardando la proporzionalità della sanzione, tende comunque a garantirne l'efficacia dissuasiva²³.

Tale visione strumentale della potestà sanzionatoria rispetto alla realizzazione della politica di concorrenza ha ben presto ricevuto l'avallo della Corte di Giustizia, che nel *leading case Pioneer*²⁴ ha statuito che *"il potere di cui dispone la Commissione d'infliggere ammende (...) costituisce uno dei mezzi (...) per poter svolgere il compito di sorveglianza assegnatole. (...) Questo compito comprende indubbiamente quello di indagare e reprimere le singole infrazioni, ma implica pure il dovere di seguire una politica generale mirante ad applicare, in fatto di concorrenza, i principi fissati dal Trattato e ad orientare in questo senso il comportamento delle imprese"*. Nel ragionamento della Corte deriva, da tale assunto, un importante corollario: *"l'esigenza di applicare le regole di concorrenza comunitarie impone che la Commissione possa, in ogni momento, adattare il livello delle sanzioni alle esigenze della politica (di concorrenza)"*.

In conseguenza, come osservato in tempi più recenti dal Tribunale di Primo Grado, *"le ammende sono uno strumento della politica di concorrenza della Commissione. Per questo motivo essa deve disporre di un margine di discrezionalità nel fissare i loro importi al fine di orientare il comportamento delle imprese verso il rispetto delle regole di concorrenza"*²⁵.

Una volta riconosciuta dalla Corte la liceità di un'applicazione dell'art. 15 ispirata alla complementarità della potestà sanzionatoria rispetto alla realizzazione della politica

²³ La Commissione, già nel XIII Rapporto sulla Politica di Concorrenza, aveva sostenuto che *"la finalità delle ammende è duplice: imporre una sanzione pecuniaria alle imprese per l'infrazione e prevenire la ripetizione dell'illecito, rendendo in tal modo più efficaci le disposizioni del Trattato"*

²⁴ Corte di Giustizia, cause riunite C-100-103/80, 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Francaise*, Racc. p. 1825.

²⁵ Tribunale di primo grado, causa T-150/89, 6 aprile 1995, *Produttori di rete metallica elettrosaldata*, inedita.

di concorrenza²⁶, la Commissione ha affermato di volere utilizzare pienamente i poteri sanzionatori che le derivano dal Reg. n. 17/²⁷.

L'impostazione della Commissione, incentrata proprio sul valore dissuasivo delle ammende di elevato ammontare²⁸, si è tradotta in pratica nelle recenti decisioni *Tetrapak*

²⁶ I principi giurisprudenziali appena richiamati comportano un'importante conseguenza: pur se la Commissione gode di un ampio potere discrezionale nel determinare sia l'*an* che il *quantum* di una sanzione per infrazione delle regole di concorrenza, ciò non esclude che la stessa sia sottoposta a stringenti obblighi di motivazione al fine di consentire una revisione giurisdizionale della propria attività. La portata degli obblighi appena menzionati non si spinge però sino al punto di costringere la Commissione a rendere noti in via preventiva ed in termini generali gli importi delle sanzioni riferibili a ciascun tipo di violazione del diritto della concorrenza. Assume infatti rilievo preminente la funzione deterrente del potere sanzionatorio che, evidentemente, sarebbe svuotata di ogni contenuto laddove le imprese, conoscendo in anticipo l'esatto importo delle sanzioni riferibile alle loro violazioni, avessero la possibilità di operare una valutazione costi-benefici tra l'ammontare dei profitti derivanti da queste ultime e quelli della eventuale ammenda. E' questa d'altronde la *ratio* che presiede anche alle già menzionate *guidelines* statunitensi dove per le violazioni del diritto antitrust che abbiano rilievo penale la discrezionalità dell'autorità giudiziaria in merito alla determinazione della sanzione viene delimitata con riferimento ad una somma massima in termini assoluti, ma anche, in alternativa, rispetto ad una percentuale riferita al guadagno che la violazione delle regole di concorrenza ha consentito di realizzare, proprio al fine di non sacrificare la funzione deterrente delle sanzioni.

²⁷ Nella XXI Relazione sulla Politica di Concorrenza essa, infatti, ha dichiarato che "*intende utilizzare con maggiore frequenza la possibilità prevista dal Reg. n. 17 di infliggere ammende sino ad un massimo del 10% del volume di affari delle imprese interessate, onde rafforzare l'efficacia dissuasiva delle sanzioni irrogate in base al diritto comunitario della concorrenza. Nel fissare un'ammenda la Commissione tiene conto di tutti i fatti rilevanti della fattispecie. Un elemento che prenderà maggiormente in considerazione è il profitto che le imprese che hanno violato le regole di concorrenza hanno tratto dalle loro infrazioni. Ogniquale volta la Commissione è in grado di accertare il livello di tale profitto accertato illegalmente, anche se non è in grado di calcolare con precisione, può basare su tale elemento il calcolo dell'ammenda. Qualora appropriato, l'importo potrebbe poi venire aumentato o diminuito alla luce delle altre circostanze della fattispecie, compresa l'esigenza di introdurre un elemento dissuasivo o punitivo nella sanzione inflitta alle imprese che hanno partecipato all'infrazione*".

²⁸ Nello stesso senso sembra orientarsi anche l'attività degli Organi della giurisdizione comunitaria. E ciò non solo perché è stata proprio la Corte a sottolineare l'estrema importanza delle sanzioni nella realizzazione di un'efficace politica di concorrenza, ma anche perché, più in particolare, il Tribunale di primo grado non ha esitato a confermare, una volta riscontrata la legittimità della decisione impugnata, il pur elevato importo delle ammende inflitte dalla Commissione con la decisione *Tetrapak*, l'unica di quelle menzionata ad essere già stata oggetto di una revisione giurisdizionale (Tribunale di primo grado causa T-83/91, 6 ottobre 1994, ancora inedita). Ciò non esclude, naturalmente che le decisioni sanzionatorie della Commissione siano comunque oggetto di un penetrante controllo di legittimità in sede giurisdizionale, i cui esiti sono tutt'altro che scontati. Infatti, ove si considerino le 29 decisioni della Commissione che hanno comminato sanzioni per un ammontare superiore a tre milioni di ECU (a partire dal caso *Zuccheri* del 1973 sino al caso *Cemento* del 1994) può osservarsi che:

- a) 5 decisioni su 29 sono state eseguite senza essere state impugnate;
- b) 24 decisioni sono state impugnate
- c) 18 dei 24 ricorsi intentati sono stati ad oggi decisi con sentenza
- d) Delle 18 sentenze 4 confermano la decisione della Commissione (pendono inoltre 2 appelli innanzi alla Corte di Giustizia)
- e) 14 azioni in annullamento hanno avuto esito favorevole:

(ammende per 76 milioni di ECU), *Cartoncino* (ammende per 132 milioni di ECU) e *Cemento* (ammende per 248 milioni di ECU) ed è stata da ultimo ribadita dal Signor Karel Van Miert, Commissario responsabile per la Concorrenza²⁹

Ritornando al panorama nazionale, giova sottolineare come la giurisprudenza comunitaria appena richiamata presenti alcuni punti convergenti con una recente decisione delle S.U. della Corte di Cassazione³⁰, dove viene affermato che il provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante *"non è mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto ex lege in conseguenza dell'operazione vietata, ma ha un contenuto complesso, che gli attribuisce caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità per la cura d'interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti"*.

Anche la Suprema Corte sembra, dunque, aver preso atto che, pur nella irrinunciabile esigenza di tracciare degli orientamenti stabili e idonei a garantire quella certezza giuridica che esigono gli operatori economici, l'approccio dell'Autorità nella interpretazione ed applicazione della normativa non possa non tener conto del significato che lo strumento sanzionatorio riveste nell'ambito del diritto della concorrenza, dove - come detto - la sanzione assolve principalmente ad una funzione deterrente più che retributiva, volta piuttosto a perseguire la spontanea osservanza dei precetti normativi che non risultati di natura schiettamente punitiva³¹.

-in 12 casi la pronuncia ha investito l'intera decisione

-in 2 casi la decisione impugnata è stata riformata parzialmente e le sanzioni inflitte sono state confermate rispetto a talune imprese ed annullate riguardo ad altre, cfr. Montag (1996).

²⁹ Van Miert (1994).

³⁰ Cassazione, S.U., 5 gennaio 1994 n. 52, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. ENI*, *Foro it.*, I, p.732.

³¹ Quanto detto determina, altresì, l'esigenza di evitare, in ragione della natura afflittiva delle sanzioni, gli effetti distorsivi che potrebbero derivare da un uso non calibrato di tali strumenti. Alcuni elementi quantitativi testimoniano, peraltro, la cautela con cui è stato fino ad oggi utilizzato dall'Autorità lo strumento sanzionatorio: in materia di intese, 4 sanzioni su 27 violazioni; in materia di abusi, 4 sanzioni su 19 violazioni. In una prospettiva più ampia poi, come rilevato in dottrina, *"La notevole discrezionalità riconosciuta all'Autorità nell'erogazione delle sanzioni ci ha portato a dedicare una attenzione costante e crescente ai profili procedurali, sia assicurando la pienezza del contraddittorio e la tutela dei diritti delle parti, sia cercando di attenuare, attraverso una progressiva separazione tra collegio e apparato burocratico, le possibili deviazioni inquisitorie che possono derivare dalla coincidenza nel medesimo soggetto delle funzioni di accertamento e di quelle giudicanti. Ciò in linea con la generale ed ormai teorizzata tendenza dell'Autorità a valorizzare la propria posizione di terzietà, accentuando quegli elementi di connotazione che la avvicinano al modello del quasi-judicial"*, Militello (1995).

Le implicazioni del dettato giurisprudenziale sono di notevole rilevanza, poiché importano l'idea che nell'azione sanzionatoria l'Autorità, sia pure avuto riguardo alle sue peculiari caratteristiche istituzionali, debba tenere conto dell'apprezzamento discrezionale dell'interesse pubblico nel caso concreto, potendo quindi procedere a valutazioni che investono l'esigenza di apprestare una adeguata tutela per il mantenimento dell'ordine giuridico garantito dalle norme antitrust.

2. L'ARTICOLO 31 DELLA LEGGE N. 287/90 ED I RAPPORTI CON LA LEGGE n. 689/81

2.1 I limiti del rinvio alla legge n. 689/81

Inquadrata nei termini che precedono la logica di sistema cui risponde la potestà sanzionatoria conferita dall'ordinamento all'Autorità Garante, possono affrontarsi le numerose e non marginali questioni che la disciplina in parola pone sul piano strettamente applicativo.

A tale riguardo, occorre considerare che se l'attività dell'Autorità deve essere in primo luogo tesa all'accertamento delle *"infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata"* delle infrazioni stesse ai sensi del più volte citato primo comma dell'art. 15 della legge n. 287/90, il quadro normativo non si esaurisce, tuttavia, nelle specifiche disposizioni contenute nella legge n. 287/90, in ragione dell'espresso richiamo alla disciplina generale delle sanzioni amministrative di cui alla legge n. 689/81. L'art. 31 della legge n. 287/90 prevede infatti che *"per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689"*

Il rinvio contenuto nella legge n. 287 cit. è, quindi, limitato alle disposizioni della legge n. 689/81 contenute nel Capo I della legge (Le sanzioni amministrative), sezione I (Principi generali) e II (Applicazione) e solo nei limiti della compatibilità (*"in quanto applicabili"*)³².

³² Come è noto, la legge n. 689/81 (Modifiche al sistema penale), dettata dall'esigenza di politica legislativa di ridurre la congestione della giustizia penale, ha introdotto la depenalizzazione e l'assoggettamento a sanzione amministrativa pecuniaria (di massima della stessa entità economica delle preesistenti multe ed ammende), della generalità delle violazioni che prima erano considerate illeciti penali punibili soltanto con una multa o con un'ammenda (occorre peraltro precisare che da una parte la legge prevede una serie di eccezioni a tale principio e dall'altra estende la depenalizzazione a violazioni già sanzionate con pene diverse). In tale legge sono "codificati" i criteri di individuazione essenziali degli elementi strutturali dell'illecito amministrativo in genere, dei quali viene affermata la tendenziale

Benché la norma di rinvio assuma rilievo essenzialmente per quanto concerne i limiti e le modalità di esercizio della potestà sanzionatoria attribuita dalla legge n. 287/90 all'Autorità Garante, in via preliminare occorre ricordare che nel primo periodo della sua vigenza essa è stata oggetto di particolare attenzione soprattutto per le delicate questioni di competenza giurisdizionale che sembrava sollevare.

Come è noto, infatti, la legge n. 689/81 disciplina, agli artt. 22-23, il giudizio di opposizione alla ordinanza-ingiunzione che applica la sanzione, che gli interessati possono proporre, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, davanti al pretore del luogo dove è stata commessa la violazione. In forza del meccanismo processuale congegnato dalle due disposizioni appena richiamate, ogni provvedimento sanzionatorio deve, in via generale, essere impugnato innanzi al pretore, il quale, nell'ambito della cognizione devolutagli, può esercitare un potere sia di annullamento che di modifica della sanzione. Viceversa, il sindacato dei provvedimenti dell'Autorità Garante è affidato, ex art. 33, comma 1, della legge, al TAR per il Lazio in sede di giurisdizione esclusiva.

Nel dirimere il possibile conflitto di giurisdizione, la Corte di Cassazione (sez. un.) con sentenza del 5 gennaio 1994, n.52, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione³³, ha dichiarato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (TAR del Lazio) a conoscere di tutti i provvedimenti, anche sanzionatori, adottati dall'Autorità, sulla base di una lettura coordinata delle disposizioni degli artt. 31 e 33 della legge n. 287/90³⁴.

applicabilità alla molteplicità delle infrazioni rilevanti sul piano dei rapporti con la Pubblica Amministrazione. Per una complessiva ricognizione della materia cfr. Rosini (1991).

³³ Cassazione, S.U., 5 gennaio 1994, n. 52, cit.

³⁴ La pronuncia è fondata su un iter argomentativo che può sintetizzarsi come segue.

L'art. 33 è l'unica disposizione che regola in modo speciale, rispetto all'ordinaria disciplina, i mezzi di tutela giurisdizionale relativi all'applicazione della legge n. 287/90, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del TAR Lazio la cognizione avverso tutte le determinazioni che l'Autorità può assumere nell'esercizio del proprio potere decisionale, comprese quelle irrogative di sanzioni pecuniarie.

In presenza di tale specialità l'invocabilità di una diversa tutela sarebbe possibile soltanto di una norma settoriale espressamente limitativa della disciplina speciale di cui al citato art. 33.

Una norma siffatta non può essere individuata nel disposto dell'art. 31, che non solo non contiene alcuna espressa previsione in tal senso, ma addirittura parrebbe escluderla limitando, attraverso l'inciso "in quanto applicabili", l'operatività del rinvio alle disposizioni della legge 689/81.

Il difetto di giurisdizione del pretore per l'opposizione alle sanzioni comminate dall'Autorità Garante trova ulteriore conferma nell'esegesi logico - sistematica della legge, che evidenzia come il provvedimento sanzionatorio sia, piuttosto che l'espressione di un potere meramente sanzionatorio, un atto a contenuto complesso che gli attribuisce i caratteri di un provvedimento amministrativo in senso proprio con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'autorità per la cura degli interessi pubblici cui è istituzionalmente preposta.

2.2 L'art. 3 della legge n. 689/81 e l'elemento soggettivo

Svolta questa necessaria precisazione, ciò che più interessa ai fini della presente analisi è rappresentato dalle disposizioni della legge n. 689/81 che più direttamente incidono sull'applicazione delle sanzioni *ex lege* n. 287/90.

In tale ambito sembra meritare un'attenta disamina l'art. 3 della legge n. 689/81 (elemento soggettivo), secondo il quale delle infrazioni amministrative si risponde solo se il fatto sia stato posto in essere in stato di coscienza e volontariamente, non importa se con dolo o per colpa (comma 1). La formulazione della norma ricalca quella dell'art. 42, comma 4, del codice penale (*"Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"*), ed equipara quindi l'elemento psicologico richiesto per le violazioni amministrative a quello richiesto per le contravvenzioni³⁵.

Nella logica di sistema che presiede alla norma di rinvio dell'art. 31 della legge n. 287/90, l'elemento soggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 689/81 dovrebbe rappresentare un presupposto in senso tecnico, al pari di quello della gravità dell'infrazione prescritto direttamente dall'art. 15 della legge n. 287/90, per l'esercizio della potestà sanzionatoria dell'Autorità Garante.

Ciò detto, il concreto adattamento dell'assunto appena enunciato agli illeciti antitrust lascia emergere uno dei profili che più di tutti configurano l'originalità del regime disposto dalla legge n. 287/90 rispetto a quello generale risultante dalla legge n. 689/81, chiarendo i limiti che il rinvio operato dalla prima alla seconda può conoscere sul piano strettamente applicativo.

In ragione della sua riconosciuta derivazione penalistica, la legge n. 689/81 lascia, infatti, impregiudicata la regola della inconfigurabilità di una responsabilità "diretta" della persona giuridica per violazioni amministrative, mentre la legge n. 287/90 configura espressamente una responsabilità "diretta" delle imprese, in quanto, nella consapevole

Infine se si riconoscesse, rispetto ai provvedimenti in discorso, l'operatività degli artt. 22 e 23 della legge n. 689/81, si determinerebbe un'inammissibile separazione della tutela giurisdizionale, dal momento che la cognizione in materia sanzionatoria dovrebbe essere attribuita al pretore, mentre ogni indagine circa l'esistenza e l'entità dell'illecito a causa del quale la sanzione è stata comminata rimarrebbe assorbita dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

³⁵ E' appena il caso di ricordare che tale disposizione elimina il dubbio persistente nel regime normativo anteriore, nella vigenza del quale si era affermato che l'illecito amministrativo poteva essere imputabile "oggettivamente"; nell'ambito degli illeciti amministrativi la colpa, intesa come inosservanza delle regole obiettive di diligenza, prudenza o perizia, costituisce quindi ora il requisito minimo di imputabilità sul piano soggettivo.

necessità di tutelare la concorrenza, individua i reali protagonisti del mercato come soggetti passivi delle sanzioni.

In merito, se occorre immediatamente rilevare che la responsabilità delle persone giuridiche per illecito amministrativo, così come delineata nella legge antitrust, oltre a potersi ammettere in linea teorica in forza dell'art. 12 della stessa legge n. 689/81³⁶ non sembra comunque avere un significato eversivo di principi generali dell'ordinamento e non pone pertanto difficoltà particolari di carattere sistematico³⁷, è del pari necessario sottolineare che tutt'altro discorso vale sul piano applicativo, laddove si tratta di adattare il dettato di una normativa apparentemente rivolta agli illeciti amministrativi commessi da persone fisiche alle condotte tenute dalle imprese sul mercato.

La distonia appena denunciata assume ancora maggiore evidenza ove si consideri che se, da un lato, la legge n. 287/90 costituisce, almeno rispetto ai profili in discussione, un elemento eccezionale all'interno del panorama legislativo nazionale in materia di sanzioni amministrative, d'altro lato, nei diversi ordinamenti posti a tutela della concorrenza, l'ipotesi eccezionale è rappresentata proprio da una responsabilità diretta delle persone fisiche per la violazione delle norme sostanziali in materia di concorrenza. In effetti, soltanto l'ordinamento ellenico prevede che una persona fisica agente a titolo

³⁶ Ai sensi del quale le disposizioni del Capo I della legge "si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, (...)"

³⁷ Parte della dottrina ha lamentato come il legislatore dell'81 non abbia saputo sfruttare l'occasione che la responsabilità amministrativa gli forniva per superare il dogma *societas delinquere non potest* ai fini della configurazione di una forma di responsabilità "diretta" della persona giuridica, C.Mezzabarba-A.Travi (1994). In particolare, in ordine alla compatibilità di tale disciplina con il modello sanzionatorio di cui alla legge n. 287/90, si è rilevato che essa, da un lato non trova ostacoli di natura costituzionale, com'è invece quello posto dall'art. 27 Cost. per la responsabilità penale, e, dall'altro lato, si rivela certamente più idonea a fronteggiare le sanzioni pecuniarie previste dalla legge n. 287/90, che comportano sofferenze patrimoniali di entità tale da non poter essere sopportate dal singolo dipendente della società, laddove ovviamente se ne sia potuta accertare la responsabilità, A.Barone (1993).

³⁸ Le difficoltà paventate nel testo, che assumono massima evidenza rispetto al più volte citato art. 3, paiono in realtà sussistere relativamente ad ulteriori disposizioni della legge n. 689/81, anch'esse direttamente riferite ai caratteri del soggetto che commette la violazione. Ciò vale, *inter alia*, per gli artt. 2 (capacità di intendere e di volere) e 4 (cause di esclusione della responsabilità); nonché per il secondo comma del citato art. 3, ai sensi del quale, nel caso di errore sul fatto, se ne risponde solo quando l'errore è determinato da colpa (comma 2). Assume del pari rilievo l'art. 5 della legge in esame che disciplina la fattispecie del concorso di persone nella commissione dell'illecito amministrativo, innovando rispetto alla regola tradizionale della solidarietà, ritenuta applicabile nel regime anteriore alle sanzioni amministrative sul presupposto dell'unicità della violazione. Di particolare interesse ai fini della problematica sollevata nel testo è poi l'art. 6, ed in particolare il terzo comma del medesimo, a mente del quale "se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o, comunque, di un imprenditore nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta".

personale o per conto di un'impresa possa essere sanzionata con multe ed ammende (sez. 29, legge 703/77 del 26 settembre 1977), ovvero essere dichiarata responsabile in solido con l'impresa per il pagamento delle sanzioni (sez. 30 legge 703/77 del 26 settembre 1977)³⁹.

La difficoltà di adattare tali categorie alle azioni lesive del diritto della concorrenza emerge, oltre che dalla legislazione degli altri Stati membri, anche dall'applicazione che le istituzioni comunitarie hanno dato all'art. 15 del Regolamento n. 17/62, che, pur essendo rivolto alle sole persone giuridiche, prescrive, affinché un'infrazione possa essere sanzionata, che essa sia stata commessa intenzionalmente o almeno negligenemente. In altri termini, è proprio l'elemento soggettivo quel *quid pluris* che deve aggiungersi alla mera violazione delle disposizioni sostanziali per consentire alla Commissione di affiancare al potere di diffida l'esercizio della propria potestà sanzionatoria.

Nel menzionare i requisiti di negligenza ed intenzionalità, l'art.15 del Reg. n. 17/62 è stato infatti interpretato come facente riferimento alle classiche categorie della colpa e del dolo⁴⁰.

Anzi, la Corte ed il Tribunale sembrano ormai essersi orientati verso una formula consolidata, secondo la quale per l'applicazione dell'art. 15 del Reg. n. 17/62 "*non è necessario che l'impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto sancito da queste*

³⁹ Più in particolare, nelle diverse legislazioni europee si riscontrano alcune situazioni di responsabilità direttamente riferibili a persone fisiche, a condizione, però, che esse abbiano agito nell'ambito di un rapporto organico con la persona giuridica cui sono imputabili le pratiche restrittive. Così, in Danimarca è previsto che sanzioni possano essere imposte a soggetti privati che abbiano agito per conto delle società se la loro azione è caratterizzata da dolo o colpa grave (legge del 7 giugno 1989 sez. 20 (1)). Analogo è il regime tedesco, pur se esso prescinde da una particolare qualificazione dell'elemento soggettivo in relazione all'agire della persona fisica (GWB sez. 38, modificata con legge del 17 dicembre 1990). Nel caso della Spagna, inoltre possono essere sanzionate direttamente le persone fisiche che siano rappresentanti legali ovvero membri degli organi di amministrazione di società che abbiano partecipato ad una pratica restrittiva (legge 16/1989 del 17 luglio 1989 art. 10).

⁴⁰ Come in tal senso rilevato dall'A.G. Mayras "*pur se le ammende contemplate dal Reg. n. 17 non hanno l'indole di sanzioni penali, l'uso dell'espressione intenzionalmente implica che l'autore dell'infrazione deve aver agito di proposito, conscio di commettere un atto illegittimo, vietato dal tratto che lo esponeva alle conseguenze previste in tali casi dalla legge. Al dolo si contrappone la semplice colpa Si può perciò fare appello alla prima nozione solo allorché le conseguenze dannose del comportamento sono volute o perlomeno accettate come necessarie dall'impresa responsabile. Per contro vi è negligenza allorché chi ha commesso l'infrazione ha agito senza intenzione di commettere un atto illegittimo, senza prevedere le conseguenze del proprio comportamento, mentre, invece, comportandosi da buon pater familias avrebbe potuto prevederle*" (conclusioni dell'AG Mayras, relative alla sentenza del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Française* cit.).

*norme, ma è sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento incriminato avesse per oggetto di restringere la concorrenza*⁴¹.

Sul piano applicativo, peraltro, la prassi della Commissione non sempre differenzia con nettezza i due requisiti in parola. E' facile infatti rinvenire nelle sue decisioni l'utilizzo di formule quali *"l'infrazione è stata commessa intenzionalmente o almeno negligenemente"*⁴², con la conseguenza che, in pratica, l'esame della rilevanza dell'elemento psicologico finisce spesso con l'avvenire non più sul piano dei presupposti per la sanzione, ma su quello della delimitazione dell'ammontare della stessa, potendo le ammende essere particolarmente elevate soltanto laddove la Commissione provi l'intenzionalità dell'illecito⁴³.

Alla luce di quanto precede, può affermarsi che anche nel sistema nazionale, come già avvenuto in quello comunitario, soltanto in rare ipotesi il difetto dell'elemento psicologico definito dall'art. 3 della legge n. 689/81 potrà essere invocato con successo per negare l'applicabilità di una sanzione⁴⁴. Appare infatti davvero arduo immaginare un'impresa che si trovi casualmente coinvolta in un accordo od in una pratica concordata ovvero che, sfruttando la propria posizione dominante, ponga accidentalmente in essere comportamenti lesivi nei confronti dei concorrenti o dei consumatori⁴⁵.

⁴¹ Tra le tante, Corte di Giustizia, cause riunite da C-96/82 a C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 e C-110/82, 8 novembre 1983, *IAZ e a./Commissione*. In tempi più recenti, Tribunale di primo Grado, causa T-142/89, 6 aprile 1995, *Boel c. Commissione*, ancora inedita.

⁴² Decisioni del 14 dicembre 1979, *Pioneer*, in GUCE L60 del 5.3.1980; e del 16 maggio 1984, *Polistil Arboris*, in GUCE L136 del 25.5.1984.

⁴³ Come sostenuto, a tale proposito, dall'A.G. Warner nelle conclusioni relative alla causa *Miller* *"un'ammenda pari al 10% del fatturato può essere ritenuta appropriata per una violazione intenzionale D'altra parte, una sanzione inferiore all'1% è adeguata alle violazioni commesse per mera negligenza..."* (Corte di Giustizia, causa C-19/77, 1° febbraio 1978, Racc. p. 131).

⁴⁴ A sostegno di quanto affermato nel testo si consideri che le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno di recente statuito che, a norma dell'art. 3 della legge n. 689/81, per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontarietà della condotta, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa. Più in particolare, la Suprema Corte, con una sentenza in materia di divieto di propaganda dei prodotti da fumo, ha statuito che *"a norma dell'art. 3 della L. 24 novembre 1981, n.689 per le violazioni colpite da sanzione amministrativa è richiesta la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, sia essa dolosa o colposa, ed il principio deve essere inteso nel senso della sufficienza dei suddetti estremi, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa, nel senso che dalla norma si desume altresì una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, incombendo a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa..."* (Cassazione Civile, causa n. 10508, 6 ottobre 1995, *pubblicità di prodotti da fumo*, in *Foro It.*, I, p. 3458).

⁴⁵ Come sostenuto in dottrina, la situazione potrebbe essere diversa soltanto con riguardo ad alcune fattispecie che intervengono nella aree di confine del diritto antitrust, come le imprese comuni cooperative (che, in effetti, la Commissione non ha mai sanzionato con un'ammenda), ovvero particolari figure di abuso dove sia oggettivamente controverso, per l'impresa interessata, determinare la propria posizione dominante, Kerse (1994).

2.3 L'art. 11 della legge n. 689/81 e la determinazione della sanzione

Ma vi è un secondo profilo per cui il rinvio operato dall'art.31 della legge n. 287/90 alle disposizioni della legge n.689/81 interessa particolarmente in questa sede. Si tratta dell'applicabilità dell'art.11 della legge n. 689/81 (che disciplina in generale i criteri per la quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie)⁴⁶ al regime sanzionatorio delle intese restrittive e degli abusi di posizione dominante ex art. 15, comma 1, della legge n. 287/90.

Tale norma, che testimonia la scelta del modello penalistico nell'ambito della normativa di depenalizzazione, introduce una marcata personalizzazione degli indici commisurativi dell'illecito nella quantificazione della sanzione⁴⁷

Ciò premesso, va osservato che i limiti della applicabilità della norma risultano tutt'altro che precisi a seguito di due pronunce, del TAR Lazio e della Corte di Cassazione, in parte confliggenti.

Il Tar Lazio, nella sentenza n.1157/93, stante il richiamo dell'art.31 della legge antitrust alle disposizioni contenute nel Capo I, Sez.I e II, della legge n.689/81 nei limiti della compatibilità, ha ritenuto applicabile, ai fini di determinare la misura della sanzione ex art. 15 della legge n. 287/90, l'art. 11 della legge n. 689 cit., relativo ai criteri di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, ritenendo che tale norma integri, sotto il profilo in esame, la disciplina sanzionatoria contenuta nella legge antitrust⁴⁸.

La Corte di Cassazione, con la citata sentenza n.52/1994, sembra aver assunto una diversa posizione. In sede di regolamento di giurisdizione la Corte, nel pronunciarsi

⁴⁶ L'art. 11 dispone che *"nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche"*.

⁴⁷ Rosini (1991).

⁴⁸ In particolare, il TAR ha precisato che *"tra le disposizioni richiamate non presenta alcun profilo di incompatibilità con la legge n.287/90 ed anzi integra la disciplina dell'art.15, I comma, la norma che detta i criteri per la determinazione delle sanzioni amministrative pecuniarie fissate dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo. Segnatamente è l'art.11 della legge n. 689/81 che prescrive che si debba tener conto: a) "della gravità della violazione" doppiando quanto già dispone il ricordato art.15, I comma della legge n. 287/90; b) dell'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione; c) nonché della personalità dello stesso; d) e delle sue condizioni economiche"*, TAR Lazio, causa n. 1157, 21 luglio 1993 *Procal*.

in merito alla natura del provvedimento con cui l'Autorità infligge la sanzione pecuniaria, ha incidentalmente escluso l'operatività dell'art. 11 della legge n. 689/81⁴⁹

E' evidente quindi la necessità di ricostruire il complessivo quadro normativo al quale l'Autorità deve fare riferimento nell'esercizio della potestà sanzionatoria, tenendo conto di quanto espresso sul punto dal giudice amministrativo e dalla Cassazione.

In primo luogo, vi è da osservare che l'apparente disomogeneità delle pronunce appena riportate appare ridimensionata ove si consideri che la Cassazione è intervenuta in merito ad una questione di giurisdizione, alla soluzione della quale vanno quindi ricondotte le sue affermazioni, che non si prestano facilmente a venire generalizzate.

Ma va soprattutto osservato che, sul piano pratico, il conflitto tra i due giudicati sembra perdere gran parte della sua rilevanza⁵⁰. Infatti, qualunque sia la normativa applicabile, i criteri che l'Autorità dovrà seguire per determinare il *quantum* della sanzione applicabile coincidono largamente con quelli previsti dal citato art. 11 (che, d'altro canto, danno rilievo ad elementi che in materia sanzionatoria sarebbe difficile non prendere in considerazione).

Ciò è vero, non solo per quanto attiene la stessa "*gravità della violazione*", vera e propria clausola generale, già contemplata dall'art. 15 ai fini della determinazione della sanzione, che andrà colmata, facendo anche uso di quel margine di discrezionalità sottolineato dalla Cassazione, in relazione alle circostanze del caso di specie ed ai principi della materia, ma anche per gli ulteriori elementi di valutazione previsti dal citato art. 11; questi, infatti, rappresentano criteri già utilizzati dall'Autorità nel procedere alla determinazione delle sanzioni, che, dando spazio all'elemento soggettivo della violazione, trovano applicazione, in linea generale, anche nell'attività delle istituzioni comunitarie.

Gli effetti del concorso delle due discipline sull'attività sanzionatoria dell'Autorità possono quindi essere sintetizzati nel senso che l'art. 15 della legge n. 287/90 costituisce

⁴⁹ "Non è mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto ex lege in conseguenza dell'operazione vietata, ma ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità". Ciò premesso, la Corte afferma, incidentalmente, che nelle ipotesi di cui all'art.15 "...i criteri di determinazione della pena non sono quelli dettati dall'art.11 l.n.689...".

⁵⁰ Schinaia (1995), il quale ha affermato che "Quanto al richiamo operato dal TAR all'applicabilità dei criteri dell'art. 11 della legge n. 689/81 in concorrenza con quelli dell'art. 15 primo comma della legge n. 287/90 (norma infelicitemente formulata), viceversa esclusi dalla Cassazione, si può osservare che ciò non escluderebbe la possibilità che ha il giudice amministrativo di valutare la gravità "*quoad poenam*" dell'infrazione nella sua più ampia valenza, che non può trascurare del tutto l'elemento soggettivo, in base ai principi generali in tema di provvedimenti afflittivi, elaborati dal giudice amministrativo ancor prima dell'intervento della legge n. 689/81".

il parametro di riferimento per l'applicazione della sanzione, mentre l'art. 11 della legge n. 689/81 assume rilievo limitatamente alla concreta determinazione della sanzione stessa rispetto a ciascun caso di specie. In altri termini, la gravità dell'infrazione, che assume un ruolo centrale nell'applicazione dell'art. 15, dovrà essere determinata non solo, com'è ovvio, alla luce delle specifiche esigenze di tutela del sistema di tutela della concorrenza, ma altresì in considerazione dei parametri offerti dall'art. 11.

3. LE CONDIZIONI ED I PRESUPPOSTI DI APPLICABILITA' DELLE NORME SANZIONATORIE.

3.1 Generalità

Nel procedere, nel senso appena delineato, all'applicazione del combinato disposto degli artt. 15 legge n. 287/90 ed 11 legge n. 689/81, non si può prescindere dall'attività di interpretazione che la Commissione e la Corte di Giustizia hanno sviluppato in merito all'art. 15, secondo comma, del Regolamento n. 17/62. Le istituzioni comunitarie hanno infatti enucleato, nella loro lunga prassi, una serie di fattori al fine di conferire alle diverse nozioni rilevanti in tema di sanzioni un contenuto specifico, funzionale alle esigenze di tutela della concorrenza, al cui perseguimento, nell'ambito nazionale come in quello comunitario, concorre anche l'esercizio di una potestà sanzionatoria.

Le disposizioni materiali che regolano l'esercizio della potestà sanzionatoria da parte di Commissione Europea ed Autorità Garante sono, infatti, sostanzialmente corrispondenti. Come emerge da una lettura parallela dell'art. 15, primo comma, seconda parte, della legge n. 287/90 e dell'art. 15, secondo comma, del Reg. n. 17/62 (che rappresenta la disposizione speculare della norma nazionale all'interno del sistema comunitario)⁵¹, nell'affiancare la potestà sanzionatoria al potere di diffida, è richiesto in

⁵¹ Ai sensi dell'art. 15, secondo comma, del Regolamento n. 17/62, *"La Commissione può, mediante decisione, infliggere alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende che variano da un minimo di mille unità di conto ad un massimo di un milione, con facoltà di aumentare quest'ultimo importo fino al 10 per cento del volume di affari realizzato durante l'ultimo esercizio sociale precedente da ciascuna delle imprese che hanno partecipato all'infrazione, quando intenzionalmente o per negligenza a) commettono una infrazione alle disposizioni dell'art. 85, paragrafo 1, o dell'art. 86 del Trattato; b) non osservino un onere imposto in virtù dell'articolo 8, paragrafo 1. Per determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tener conto oltre che della gravità dell'infrazione anche della sua durata"*.

In termini del tutto analoghi l'articolo 15, primo comma, seconda parte, legge n. 287/90 recita *"Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata delle stesse, (l'Autorità) dispone inoltre*

entrambi i casi, per l'effettiva comminazione di una sanzione, il concorso di elementi ulteriori rispetto a quello della mera violazione delle disposizioni sostanziali; nelle due ipotesi, pur se a fini parzialmente divergenti, assume, inoltre, ruolo centrale per l'esercizio dei poteri sanzionatori l'accertamento della gravità dell'infrazione delle norme in tema di intese e abusi.

Il riferimento all'esperienza comunitaria si rivela dunque essenziale al fine di individuare una serie di criteri e principi cui riferire la valutazione dei casi concreti. Tali elementi hanno infatti il pregio, da un lato, di essere largamente coincidenti, sul piano formale, con quelli previsti dalla disciplina nazionale, e dall'altro, quello di essere stati forgiati, sul piano materiale, in funzione delle peculiari esigenze del diritto della concorrenza⁵².

Di seguito si sono dunque enucleati i vari profili che la prassi delle istituzioni comunitarie ha preso in considerazione nell'applicazione dell'art. 15 del Regolamento n. 17/62, al fine di consentire di valutare la possibilità di un loro inquadramento in seno alla disciplina resa dal combinato disposto degli artt. 15 della legge n. 287/90 ed 11 della legge n. 681/81.

l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura non inferiore all'uno per cento e non superiore al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso di posizione dominante, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione".

⁵² Questa operazione esegetica si pone al fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 1.4 della legge n. 287/90, che come è noto impone un rinvio interpretativo obbligatorio alla prassi comunitaria per quanto concerne le disposizioni sostanziali della legge n. 287/90. In questo caso, piuttosto, a favore del riferimento all'esperienza comunitaria militano essenzialmente considerazioni di opportunità derivanti dalla peculiarità delle problematiche cui la normativa nazionale in discussione è chiamata a far fronte rispetto a quelle che normalmente si presentano nella disciplina nazionale delle sanzioni amministrative.

3.2 La gravità dell'infrazione

L'analisi dei criteri desumibili dall'esperienza comunitaria in tema di gravità dell'infrazione impone un rilievo preliminare. In seno al Reg. n. 17/62 la gravità dell'infrazione viene presa in considerazione soltanto per determinare il *quantum* della sanzione. Al contrario, in ambito nazionale, il requisito in parola assume una duplice valenza, rappresentando sia un presupposto per l'irrogazione della sanzione, che il criterio guida per la commisurazione della medesima.

Ciò importa un'originale conseguenza sul piano applicativo: nello scrutinio di legittimità di una determinata fattispecie ai sensi della legge n. 287/90 i medesimi elementi di fatto possono venire in rilievo per ben tre volte. L'entità della restrizione della concorrenza apportata da un'intesa o un abuso di posizione dominante verrà infatti in un primo momento valutata per accertare l'illiceità della pratica, e in un secondo tempo per accertare la gravità dell'infrazione, dapprima intesa come presupposto per l'irrogazione della sanzione e poi considerata quale parametro per la commisurazione della ammenda⁵³.

Passando ad un esame nel merito della nozione di gravità, va subito rilevato che la Corte di Giustizia è intervenuta a più riprese per precisare quali siano i criteri cui la Commissione deve rifarsi nella sua attività di accertamento.

Essa, in un primo momento, ha infatti stabilito che a tal fine devono essere prese in considerazione *"la natura della restrizione della concorrenza, il numero e la dimensione delle imprese coinvolte, la quota di mercato controllata da ciascuna di esse all'interno della Comunità e la situazione del mercato all'interno del quale è stata commessa la violazione"*⁵⁴.

In un secondo tempo, la Corte ha poi aggiunto che *"deve essere conferito rilievo ad una vasta gamma di fattori, la natura e l'importanza dei quali varia a seconda del tipo di infrazione in questione e delle circostanze del caso di specie. Tali fattori possono, a seconda dei casi, ricomprendere il volume ed il valore dei prodotti rispetto ai quali l'infrazione è stata commessa, la dimensione ed il potere economico delle*

⁵³ In tal senso, anche il TAR Lazio (sentenza n.1157/93, 21 luglio 1993, *Procal*), ha affermato che la gravità dell'infrazione, come parametro di valutazione delle intese restrittive ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art.15, comma 1, della legge n.287/90, *"può rinvenirsi in quei casi in cui gli elementi richiesti dall'art.2, Il comma, per i comportamenti anticoncorrenziali siano presenti in modo qualitativamente o quantitativamente significativo"*.

⁵⁴ Corte di Giustizia, causa C-45/69, 15 luglio 1970 *Boehringer c. Commissione*, Racc. p. 769.

imprese ed, in conseguenza, l'influenza che le imprese sono suscettibili di esercitare sul mercato"⁵⁵.

Infine, la Corte stessa ha ulteriormente precisato che *"deve essere conferito rilievo alla durata dell'infrazione ed a tutti gli elementi suscettibili di incidere sulla gravità della violazione, quali la condotta di ciascuna delle imprese, il ruolo svolto da ciascuna di esse nella realizzazione della pratica ... , il profitto che esse hanno tratto da tali pratiche, la loro dimensione, il valore dei prodotti interessati e l'incidenza che tali infrazioni hanno sulla realizzazione degli obbiettivi della Comunità"*⁵⁶.

Su un piano metodologico, ne consegue che la gravità dell'infrazione deve desumersi dall'esame di una pluralità di fattori, il peso dei quali potrà variare, anche sensibilmente, a seconda delle caratteristiche di ogni caso concreto. Infatti *"whereas the duration of an infringement is an objective concept, the notion of gravity of an infringement requires a more complex appreciation of the circumstances of the case"*⁵⁷; talché la complessità dei fattori da prendere in considerazione in ordine alla gravità di un'infrazione *"è tale che la determinazione del livello delle ammende non deve concretarsi in un astratto esercizio matematico ma in una valutazione giuridico - economica effettuata caso per caso"*⁵⁸.

L'analisi dei singoli elementi enucleati dalla Corte di Giustizia non assolve, quindi, ad alcuna funzione autonoma, ma, al contrario, deve avvenire in chiave strumentale per quantificare il danno recato dalla pratica contestata alla struttura concorrenziale del mercato ed, in tal modo, la sua gravità complessiva.

⁵⁵ Corte di Giustizia, causa C-322/81, 9 novembre 1983 *Michelin c. Commissione*, Racc. p. 3461.

⁵⁶ Corte di Giustizia, cause riunite C-100-103/80, 7 giugno 1983 *Musique Diffusion Française* cit.

⁵⁷ Vaen Bael (1995).

⁵⁸ XIII Relazione della Commissione sulla Politica di Concorrenza, pag. 60.

3.2.a La natura dell'infrazione

E' questo l'elemento che maggiormente concorre a determinare la gravità dell'infrazione. Nell'attività delle istituzioni comunitarie l'entità del pregiudizio alla concorrenza conseguenza della pratica illecita rappresenta, infatti, il criterio cui viene attribuito il maggior significato per l'accertamento della gravità della violazione degli artt. 85 ed 86. In conseguenza, la particolare gravità ricollegata a talune tipologie di violazioni delle regole di concorrenza è essenzialmente dovuta all'entità degli effetti che tali pratiche producono.

In proposito si rivela di particolare utilità l'elencazione operata dalla Commissione nel XIII Rapporto sulla Politica di Concorrenza. In quel documento essa ha ritenuto *"infrazioni gravi quelle che sono già state sanzionate con ammende da parte della Commissione o della Corte di Giustizia, in particolare, per quanto riguarda gli accordi tra imprese: i divieti di esportare, le suddivisioni dei mercati, le fissazioni di prezzi orizzontali o verticali e i sistemi di contingentamento; per quanto riguarda gli abusi di posizione dominante. i rifiuti a contrarre ingiustificati, le discriminazioni in materia di prezzi, gli accordi esclusivi o preferenziali di fornitura a lungo termine, la concessione di sconti di fedeltà.*

Come detto, la gravità dell'infrazione, anche a prescindere dal suo *nomen juris* è ricondotta, in ultima analisi, alla entità degli effetti della pratica. Significativa, in tal senso, è la decisione *Tetrapak*⁵⁹, con cui la Commissione ha imposto una delle sanzioni più elevate della sua storia, poiché la violazione dell'art. 86 aveva avuto per effetto di: a) contribuire al mantenimento della posizione di monopolio dell'abusante b) prevenire lo sviluppo della concorrenza c) favorire la ripartizione dei mercati d) causare l'eliminazione di uno dei pochi concorrenti.

L'approccio delle istituzioni comunitarie è altrettanto severo con riguardo alle pratiche che abbiano per oggetto o per effetto la segmentazione dei diversi mercati nazionali. Nella celebre sentenza *Miller*⁶⁰ la Corte ha statuito, con riferimento alla gravità di un'infrazione, che *"le clausole che proibiscono le esportazioni costituiscono una forma di restrizione alla concorrenza che, per la sua stessa natura, vanifica le possibilità di commercio tra Stati membri"* e che in conseguenza meritano un trattamento di particolare rigore anche sul piano sanzionatorio. Appare peraltro opportuno sottolineare che, con riguardo a quest'ultimo profilo, l'approccio delle

⁵⁹ Decisione 92/163, in GUCE L72 del 18.3.1992.

⁶⁰ Corte di Giustizia, causa C-19/77, 1° febbraio 1978 & Miller cit.

istituzioni comunitarie è guidato da considerazioni in parte estranee alla politica nazionale di concorrenza. La realizzazione del mercato unico è una finalità peculiare del diritto comunitario, rispetto alla quale, come è noto, anche le regole di concorrenza si pongono in posizione strumentale.

3.2.b *La natura e il valore dei prodotti*

A questo elemento le istituzioni comunitarie si affidano sovente per determinare il pregiudizio subito dai consumatori a causa della pratica anticoncorrenziale. In particolare, la Commissione conferisce rilievo alla circostanza che per effetto della pratica illecita i consumatori siano stati costretti a procurarsi il bene oggetto della stessa a condizioni più onerose.

Questo effetto viene normalmente ricondotto ad ipotesi in cui il prodotto oggetto della pratica sia di largo consumo, non sia sostituibile, sia particolarmente significativo per alcune categorie di consumatori, costituisca un importante materiale industriale, ovvero sia il frutto di una nuova tecnologia⁶¹.

In ogni caso, non sempre la particolare importanza di un prodotto implica un pari pregiudizio per i consumatori. Nella sentenza *Suiker Unie*⁶² la Corte infatti, pur sottolineando che si doveva avere riguardo al fatto che si trattava "*di un prodotto di particolare importanza per i consumatori*", ha poi concluso che, relativamente al caso di specie "*il danno che gli utilizzatori ed i consumatori hanno subito con riferimento alla condotta contestata è limitato*" e che pertanto le ammende inflitte dalla Commissione dovevano essere ridotte.

3.2.c *Il numero e l'importanza delle imprese coinvolte*

Un ulteriore fattore idoneo a quantificare la gravità dell'infrazione è rappresentato dal numero e dall'importanza delle imprese coinvolte. Tale elemento ben si presta, infatti, ad essere utilizzato per individuare l'impatto complessivo sul mercato della pratica

⁶¹ Ad esempio, la Commissione ha motivato le ammende inflitte nella decisione *Pate de bois* (decisione 19 dicembre 1984, in GUCE L70 del 26.3.1985) anche in ragione del fatto che "*il mercato europeo della pasta bianchita al solfato è economicamente significativo*", e che, in conseguenza, "*i prezzi di vendita sono stati superiori a quelli che sarebbero risultati dal normale gioco della concorrenza*". Agli stessi fini, nella decisione *Chiquita*, la Commissione ha posto in evidenza che la pratica aveva ad oggetto "*un prodotto di largo consumo, importante per i consumatori*" (decisione del 17 dicembre 1975, in GUCE L95 del 9.4.1976).

⁶² Corte di Giustizia, cause riunite C-40 ea./73, 16 dicembre 1975 *Suiker Unie*, Racc.p.1663.

considerata. In altri termini, la quota di mercato complessivamente detenuta dalle imprese coinvolte viene valutata come un indice particolarmente significativo dell'entità degli effetti anticoncorrenziali prodotti dalla pratica, ed, in conseguenza, della sua gravità ai fini sanzionatori.

Per quanto concerne, in particolare, il rilievo conferito al numero delle imprese partecipati ad una violazione delle regole di concorrenza, si rinvia alle recente decisione *Cemento*⁶³, dove la Commissione, nel determinare l'ammontare globale delle ammende, ha tenuto presente che *"le imprese che hanno partecipato alle infrazioni rappresentano la quasi totalità del mercato comunitario del cemento"*.

Deve, comunque, rilevarsi che la quota di mercato rappresenta un indice il cui valore per la determinazione della gravità dell'infrazione può variare caso per caso. Infatti, anche pratiche poste in essere da imprese con quote di mercato marginali possono esser giudicate di particolare gravità. E' stato questo il caso della decisione *Pioneer*⁶⁴, dove le quote di mercato delle imprese coinvolte nell'intesa erano comprese tra il 7 ed il 10% in Francia, tra l'8 ed il 9% nel Regno Unito ed erano pari al 2% in Germania.

3.2.d La redditività della pratica illecita

Come dichiarato nella XXI Relazione sulla Politica di Concorrenza *"Nel fissare un'ammenda la Commissione tiene conto di tutti i fatti rilevanti della fattispecie. Un elemento che prenderà maggiormente in considerazione è il profitto che le imprese che hanno violato le regole di concorrenza hanno tratto dalle loro infrazioni. Ogniqualevolta la Commissione è in grado di accertare il livello di tale profitto accertato illegalmente, anche se non è in grado di calcolarlo con precisione, può basare su tale elemento il calcolo dell'ammenda"*.

In tal senso, è addirittura intuitivo che lo strumento sanzionatorio non potrebbe realizzare la sua funzione di deterrenza laddove il concreto ammontare delle ammende non fosse almeno equivalente a quello dei profitti realizzati grazie alla violazione delle regole di concorrenza. Il profitto tratto dalle imprese grazie al comportamento illecito è dunque tenuto in considerazione ai fini della commisurazione delle ammende, sia in quanto indice della gravità dell'infrazione, sia quale elemento per accrescere l'efficacia deterrente delle sanzioni comminate in ambito comunitario. L'elemento in questione

⁶³ Decisione del 30 novembre 1994, in GUCE L343 del 30.12.1994.

⁶⁴ Decisione del 14 dicembre 1979, cit.

sembra, dunque, costituire un'applicazione, sul piano operativo, dei generali orientamenti della Commissione in materia di politica sanzionatoria, cui si è fatto cenno in precedenza⁶⁵.

Il *modus operandi* della Commissione in materia traspare limpidamente dalla decisione *Eurocheque*⁶⁶. In quell'occasione sono stati calcolati non solo i guadagni realizzati dalle banche francesi coinvolte in termini di provvigioni ottenute attraverso le operazioni bancarie oggetto dell'accordo, ma anche l'ammontare dei costi risparmiati bloccando lo sviluppo della carta di credito in questione, affinché non entrasse in un rapporto di concorrenza diretta con le carte proprie di ciascuna banca.

⁶⁵ Appare, peraltro, opportuno sottolineare come l'orientamento espresso dalla Commissione nella XXI Relazione sulla Politica di Concorrenza non rappresenti una novità assoluta. Già nel 1976, nella decisione *United Brands* (cit.) si ritrovava un generale riferimento agli elevati guadagni che UBC aveva realizzato grazie alla propria politica di prezzi. Due anni dopo, in un caso relativo ad un divieto di esportazioni in uno Stato membro imposto da un produttore di motociclette ai propri distributori (Decisione *Kawasaki* in GUCE L16 del 1976, pag. 9), la Commissione aveva operato una stima dei profitti conseguiti dall'autore della pratica restrittiva. Pertanto, il vero elemento di novità nell'approccio esposto nella XXI Relazione sulla Politica di Concorrenza è rappresentato non tanto dalla rilevanza conferita alla redditività della pratica illecita, quanto, piuttosto, dalla centralità che tale elemento viene assumendo nella politica sanzionatoria della Commissione.

⁶⁶ Decisione del 25 marzo 1992, in GUCE L95 del 9.4.1992. Nello stesso senso, cfr. Decisione *Franco-African Shipowners Committees* in GUCE L134 del 18.5.1992.

3.2.e Il contesto economico e giuridico della violazione

Nell'esame della gravità complessiva dell'infrazione la Corte impone un approccio simile a quello che, come è noto, deve essere utilizzato per apprezzare la restrittività di una pratica anticoncorrenziale. Essa ha infatti statuito che " *per valutare la gravità dell'infrazione, onde determinare l'importo di un'ammenda, la Commissione deve tener conto non solo delle circostanze particolari della fattispecie, ma anche del contesto in cui si colloca l'infrazione*"⁶⁷.

Ciò importa, in primo luogo, l'esigenza di procedere ad un'analisi degli effetti della fattispecie controversa, intesi come considerazione della sua attitudine restrittiva, in relazione alla struttura del mercato in cui la stessa si inserisce ed ai rapporti di mercato, come in ipotesi si sarebbero svolti in assenza dell'intesa in oggetto⁶⁸.

Lo stesso approccio impone, più in generale, che gli effetti che una pratica produce debbano essere valutati in relazione ad ogni ulteriore elemento che caratterizza il mercato rilevante. Ed è proprio facendo leva sulla rilevanza del contesto economico e giuridico che le imprese invocano spesso nella prassi situazioni di crisi del settore economico dove è intervenuta la pratica illecita. A tale proposito il Tribunale di Primo Grado, nella sentenza *Polipropilene*⁶⁹, ha sottolineato come la circostanza che in alcuni precedenti la Commissione abbia preso in considerazione eventuali crisi del settore economico in cui interviene la pratica illecita non vincola la stessa Commissione a fare altrettanto in ogni ipotesi e soprattutto in occasione di violazioni particolarmente pregiudizievoli della concorrenza. Analogamente, in una più recente pronuncia, lo stesso Giudice, pur rigettando le argomentazioni relative alla crisi del settore cui le ricorrenti si erano rifatte per contestare l'ammenda, non ha escluso che, nell'ambito di procedura ex

⁶⁷ Corte di Giustizia, cause riunite C-100-103//80, 7 giugno 1983 *Musique Diffusion Française* cit.

⁶⁸ Così, nella decisione *Tetrapak* (92/163/CEE, in GUCE 1992 L72, p.1), la Commissione, nel determinare la gravità delle restrizioni alla concorrenza recate dalle condotte abusive contestate, ha dapprima valutato che "le infrazioni rientravano in una strategia intesa a mantenere artificialmente o a rafforzare la posizione dominante di Tetrapak in mercati in cui la concorrenza era già limitata" per poi prendere in considerazione, quanto agli effetti dell'abuso, che "le vendite collegate delle macchine e dei cartoni hanno fortemente contribuito ad impedire la concorrenza nel settore aseptico" mentre, ove l'abuso non fosse stato posto in essere, "la politica in materia di prezzi applicata in Italia per i cartoni Rex (prodotti da un concorrente di Tetrapak) avrebbe verosimilmente portato all'eliminazione di tale società (la stessa Tetrapak) dal mercato italiano..... In ogni caso (Tetrapak) avrebbe dovuto chiudere la nuova fabbrica che aveva costruito in Italia".

⁶⁹ Tribunale di primo grado, causa T-13/89, 10 marzo 1992 *Polipropilene*, Racc. p. II-1021.

art. 85.3, una circostanza del genere possa assumere particolare rilievo per la concessione di un'esenzione⁷⁰.

D'altro canto la Corte, nella sentenza *Suiker Unie*⁷¹, ha riconosciuto che l'organizzazione del mercato comunitario dello zucchero fosse quasi del tutto regolamentata incoraggiando, in tal modo, i produttori a comportarsi in modo anticoncorrenziale. In forza di tale considerazione la Corte ha ritenuto che la pratica dovesse venire sanzionata con minore severità di quanto sarebbe avvenuto se essa fosse intervenuta in un settore economico più aperto alla concorrenza.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, occorre, per altro verso, sottolineare come non sempre un contesto giuridico regolamentato rappresenti una circostanza attenuante per gli autori di una violazione delle regole antitrust. Possono infatti assumere connotati di estrema gravità le condotte con cui imprese in posizione di monopolio legale nei settori delle *public utilities* esercitano il proprio potere di mercato per limitare la concorrenza in mercati contigui ma non riservati, ovvero i comportamenti attraverso i quali un ex monopolista legale tenti di limitare la concorrenza in settori appena liberalizzati e quindi caratterizzati da una struttura competitiva particolarmente fragile⁷².

⁷⁰ Tribunale di primo grado, causa T-145/89, 6 aprile 1995, inedita. Qualora, poi, le difficoltà finanziarie siano addotte non già con riferimento ad un settore economico ma piuttosto con riguardo alla situazione patrimoniale di una singola impresa, la Commissione può esclusivamente limitarsi a concedere all'impresa stessa delle agevolazioni quanto alle modalità di pagamento delle ammende irrogate (cfr. *Franco-African Shipowners Committee*, cit.).

Anche sul versante nazionale, con un approccio del tutto analogo, l'Autorità Garante, in ipotesi di comprovate difficoltà finanziarie delle imprese destinatarie del provvedimento sanzionatorio, ha ritenuto applicabile l'art. 26 della legge n. 689/81, ai sensi del quale "L'autorità giudiziaria o amministrativa che ha applicato la sanzione pecuniaria può disporre, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate, che la sanzione medesima venga pagata in rate mensili da tre a trenta "...

⁷¹ Corte di Giustizia, cause riunite C-40 ea./73, 16 dicembre 1975 *Suiker Unie*, cit.

⁷² E' anche sulla base di tali considerazioni che l'Autorità Garante ha comminato una sanzione nei confronti della *Compagnia Portuale di Brindisi* (Prov. dell'11 luglio 1996, in Boll. 28/96). Il provvedimento, infatti, espressamente dispone che "i comportamenti della Compagnia Portuale assumono una particolare gravità, tenendo conto del contesto in cui sono stati posti in essere. Nella difesa del suo monopolio la Compagnia ha notevolmente ostacolato lo sviluppo della concorrenza nelle operazioni portuali in un momento in cui l'azione del legislatore, attraverso la legge n. 84/94 sul settore portuale, è chiaramente tesa a liberalizzare il settore stesso".

3.2.f L'entità della partecipazione alla pratica illecita

Se i requisiti appena passati in rassegna sono essenzialmente attinenti ai caratteri oggettivi che le singole violazioni al diritto della concorrenza possono presentare, dall'analisi dei precedenti comunitari emerge una ulteriore serie di elementi correlati a caratteristiche soggettive di ogni singola impresa. Infatti, la gravità della condotta e, correlativamente, l'entità della sanzione devono esser valutate separatamente per ciascuno dei soggetti agenti *"in considerazione della situazione individuale e della condotta di ciascuna impresa e dell'importanza del ruolo avuto da ognuna nell'accordo"*⁷³, dovendo le ammende essere in ogni caso proporzionali alle violazioni commesse⁷⁴.

In linea di principio, le imprese che abbiano le stesse responsabilità devono essere sanzionate in pari misura. Così, qualora non sia dato ravvisare alcuna divergenza nel comportamento delle parti, la ammenda verrà differenziata sulla sola base delle differenze di fatturato.

Occorre peraltro sottolineare che la Commissione prende in considerazione il ruolo, non necessariamente equivalente, giocato da ciascuna impresa partecipante nell'ambito della fattispecie illecita. In conseguenza, laddove l'importanza delle diverse imprese nella realizzazione della violazione non possa considerarsi equivalente, alle stesse vengono inflitte ammende di diverso ammontare⁷⁵.

Può, inoltre, verificarsi che soltanto alcune imprese e non altre, pur se tutte coinvolte nella stessa pratica illecita, siano sanzionate con un'ammenda. Ciò avviene soprattutto qualora all'interno di un accordo la posizione delle seconde sia di evidente subordinazione, ovvero esse siano di dimensioni particolarmente ridotte, sia rispetto alle altre partecipanti all'accordo che alle dimensioni assolute del mercato.

Una chiara illustrazione di quanto precede è fornita dalla decisione *Vetro Piano*, dove la Commissione, nel comminare ammende differenziate, ha distinto le imprese partecipanti in tre categorie: quelle che *"sono state le principali responsabili"* cui è stata inflitta la sanzione maggiore; quelle a cui *"va attribuita una responsabilità data l'autonomia in cui hanno operato e l'attivo contributo fornito nell'attuazione e nel controllo degli accordi"* cui è stata irrogata un'ammenda più bassa; ed, infine, quelle il

⁷³ Corte di Giustizia cause riunite C-100-103/80, 7 giugno 1983 *Musique Diffusion Française* cit.

⁷⁴ Corte di Giustizia, T-68 e 77-78/89, 10 marzo 1992 *Vetro Piano*, Racc. p. II-1403.

⁷⁵ Da ultimo sentenze del Tribunale di primo grado, cause T-142 e a./89, 6 aprile 1995, *Produttori di rete metallica elettrosaldata*, cit.

cui "ruolo è stato piuttosto secondario e di mera esecuzione" che non sono state sanzionate affatto.

3.2.g La consapevolezza della violazione

Un elemento che, a seguito delle argomentazioni difensive delle imprese, viene sovente in rilievo è quello della consapevolezza, da parte dei soggetti agenti, della circostanza che la loro condotta comportasse una violazione delle regole di concorrenza⁷⁶.

A tale proposito, benché, in ossequio al principio *ignorantia legis non exusat*, il Tribunale di primo grado abbia espressamente dichiarato, nella sentenza *Polipropilene*, che "l'assenza di ogni precedente è un fattore normale che la Commissione non è tenuta a prendere in particolare considerazione come circostanza attenuante"⁷⁷, la Corte di Giustizia, con la sentenza *Akzo*⁷⁸, ha ridotto le sanzioni comminate dalla Commissione tenendo conto, tra l'altro, che "un abuso di questo tipo (prezzi predatori) si colloca in un settore del diritto nell'ambito del quale le regole di concorrenza non sono mai state precisate con esattezza". Ad eguale cautela appare ispirata l'azione della Commissione, nella decisione *Peugeot*⁷⁹, dove, a fronte di un sistematico rifiuto di approvvigionamento nell'ambito della rete di distribuzione, la Commissione stessa non ha comminato alcuna ammenda proprio perché si trattava del primo caso in cui si chiariva un punto del Regolamento di esenzione 123/85 -quello degli obblighi degli agenti-, di carattere oggettivamente controverso.

A ben vedere, infine, anche la celebre decisione *United Brands*⁸⁰ appare ispirata ai medesimi criteri. In quel caso, infatti, la Commissione ha ricollegato, tra le varie figure di abuso accertate, le sanzioni inflitte soltanto alla politica tariffaria dell'impresa e non all'abuso "di struttura", del quale per la prima volta veniva affermata l'assoggettabilità all'art. 86.

⁷⁶ L'elemento in discorso si distingue nettamente dai requisiti di intenzionalità e negligenza analizzati in precedenza. In questo caso, infatti, la consapevolezza non è riferita alle conseguenze dell'agire ma alla qualificazione giuridica della azioni. L'ignoranza del diritto, infatti, né giustifica un illecito né trasforma un illecito intenzionale in illecito per negligenza; ma può costituire una circostanza da considerare relativamente alla mera commisurazione dell'ammenda.

⁷⁷ Tribunale di primo grado, causa T-13/89, 10 marzo 1992 *Polipropilene*, cit.

⁷⁸ Corte di Giustizia, causa C-62/86, 3 luglio 1991 *Akzo*, Racc. p. I-3359.

⁷⁹ Decisione del 25 settembre 1986, in GUCE L295 del 18.10.1986.

⁸⁰ Decisione del 9 dicembre 1971, in GUCE L7 dell'8.1.1972.

3.2.h Il comportamento

Il comportamento dei soggetti agenti assume rilievo a più livelli. In primo luogo la prassi della Commissione conferisce rilievo all'eventuale condotta recidiva delle parti agenti. Così, nella decisione *Vetro Piano*⁸¹, nell'esame della gravità della violazione, particolare importanza è stata attribuita al fatto che alcune delle imprese si fossero già rese protagoniste di violazioni delle regole di concorrenza. Una diversa ipotesi di recidiva è stata ravvisata, nella stessa decisione, per altre imprese che non avevano rispettato gli obblighi assunti, dopo aver negoziato, per l'ottenimento di una *confort letter*, i termini dell'intesa con la Commissione.

Su un piano diverso, concorre a definire la gravità dell'infrazione l'atteggiamento tenuto dalle imprese nell'attuazione della pratica anticoncorrenziale. Nella decisione *Johnson & Johnson*⁸², ad esempio, la Commissione ha fatto riferimento al "*modo determinato e vigoroso*" in cui l'impresa ha agito nel commettere l'infrazione ed ai metodi utilizzati per dissuadere gli esportatori. Per converso, la pubblicità e la trasparenza di un accordo possono rappresentare elementi idonei ad un ribasso dell'ammenda⁸³.

Il comportamento delle imprese viene altresì valutato nella fase successiva alla denuncia dei loro comportamenti alla Commissione ovvero all'apertura d'ufficio delle indagini da parte di quest'ultima⁸⁴. Nelle decisioni *WEA-Filipachi*⁸⁵ ed *Hilti*⁸⁶ ha infatti assunto rilievo al fine della commisurazione della sanzione il fatto che le imprese abbiano rispettivamente continuato a perpetrare l'infrazione anche in tale fase e che abbiano ostacolato le indagini della Commissione. Per gli stessi motivi la circostanza che, al contrario, i soggetti inquisiti pongano spontaneamente fine ai comportamenti contestati una volta aperte le indagini viene considerata, nella prassi della Commissione, alla stregua di una circostanza attenuante⁸⁷. Valore, sempre nell'ambito dei comportamenti spontanei dell'impresa, assume l'adozione di misure riparatorie già nel corso della

⁸¹ Decisione del 23 luglio 1984, in GUCE L212 dell'8.8.1984.

⁸² Decisione del 25 novembre 1980, in GUCE L 377 del 31.12.1980.

⁸³ Per un recente esempio in tal senso, si veda la decisione della Commissione 92/204, c.d. *Costruttori Olandesi*, in GUCE L92 del 7.4.1992.

⁸⁴ Cfr. Decisione *Tetrapak*, del 21 luglio 1991, cit., dove la Commissione distingue tra l'atteggiamento di Tetrapak durante l'istruzione e quello successivo all'avvio formale del procedimento (par.178-180).

⁸⁵ Decisione del 22 dicembre 1972, in GUCE L303 del 31.12.1972.

⁸⁶ Decisione del 22 dicembre 1987, in GUCE L65 dell'11.3.1988.

⁸⁷ Per un chiaro esempio si veda la decisione della Commissione del 7 dicembre 1982, *National Panasonic*, in GUCE L354 del 16.12.1982.

procedura⁸⁸. La stessa Corte, poi, ha da tempo avallato l'orientamento della Commissione volto a premiare con delle riduzioni di ammenda le imprese che si distinguono per un atteggiamento cooperativo nell'accertamento delle infrazioni al diritto della concorrenza⁸⁹.

In una prospettiva più ampia, peraltro, l'esame dei profili inerenti il comportamento dei soggetti nell'arco della procedura assume un rilievo che trascende la semplice applicazione delle norme sanzionatorie, per investire una delle maggiori differenze tra il regime comunitario e quello nazionale.

Come è noto, infatti, la fattispecie della comunicazione volontaria delle intese ai sensi dell'art. 13 della legge n. 287/90, pur assolvendo alla medesima funzione sostanziale della "attestazione negativa" di cui alla disciplina comunitaria (art. 2 Reg. n. 17/62), si caratterizza per una diversa regolamentazione procedimentale e per una più limitata portata, non assolvendo, in particolare, a quell'importante funzione di garanzia che si traduce nella immunità sanzionatoria per i comportamenti delle imprese successivi alla notifica dell'intesa (art. 15, comma 5, Reg. cit.)⁹⁰.

In questo quadro, inoltre, la Commissione ha recentemente adottato una Comunicazione "sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di cartello"⁹¹. Tale Comunicazione, che muove dalla dichiarata intenzione della

⁸⁸ In questo senso la decisione della Commissione del 19 dicembre 1974, *General Motors*, in GUCE L29 del 3.2.1975.

⁸⁹ Si veda, a titolo d'esempio, la sentenza della Corte di Giustizia, causa 85/76, 13 febbraio 1979, *Hoffmann La Roche*, Racc. p. 461, dove la Corte ha ridotto l'ammenda fra l'altro in ragione del fatto che l'impresa aveva assunto un comportamento cooperativo, rimuovendo dai contratti le clausole litigiose, ancora prima dell'invio della comunicazione degli addebiti. Analogamente, nella sentenza 17 dicembre 1991, causa T-1/89, *Polipropilene* (ICI), la Corte ha premiato il comportamento cooperativo dell'impresa riducendo del 20% l'ammenda (la quale era stata ridotta dalla Commissione per gli stessi motivi del solo 10%).

⁹⁰ Art. 15, comma 5: "Le ammende previste al paragrafo 2, lett. a) non possono essere inflitte per comportamenti:

a) posteriori alla notificazione alla Commissione ed anteriori alla decisione con la quale questa concede o rifiuta l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, del Trattato, nella misura in cui essi restano nei limiti dell'attività descritta nella notificazione; (...)"

⁹¹ Comunicazione 96/C 207/04 (in G.U.C.E C 207 del 18 luglio 1996, p. 4), che individua tre diversi tipi di collaborazione con la Commissione, i quali producono l'effetto di un diverso trattamento in materia di comminazione delle sanzioni:

Non imposizione o notevole riduzione delle ammende

L'impresa la quale: a) denunci l'intesa segreta alla Commissione prima che quest'ultima abbia proceduto ad un accertamento, previa decisione, presso imprese partecipanti all'intesa e senza che essa già disponga di informazioni sufficienti per dimostrare l'esistenza dell'intesa denunciata; b) sia la prima a fornire elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa; c) abbia cessato di partecipare all'attività illecita al più tardi al momento in cui denuncia l'intesa; d) fornisca alla Commissione tutte le informazioni utili nonché tutti i documenti e gli elementi probatori di cui dispone riguardanti l'intesa e

Commissione di intensificare l'attività di repressione dei cartelli, considerata l'intrinseca pericolosità dal punto di vista concorrenziale di siffatte tipologie di intese⁹² sul piano

assicuri una permanente e totale cooperazione per tutto il corso dell'indagine; e) non abbia costretto un'altra impresa a partecipare all'intesa né abbia svolto un ruolo di iniziazione o determinante nell'attività illecita, beneficia di una riduzione pari almeno al 75% dell'ammontare dell'ammenda, che le sarebbe stata inflitta in assenza di cooperazione, o della totale non imposizione della medesima.

Importante riduzione dell'ammontare dell'ammenda

L'impresa che, soddisfatte le condizioni di cui al punto precedente, lettere da b) ad e), denunci l'intesa segreta dopo che la Commissione abbia proceduto ad accertamenti, previa decisione, presso imprese partecipanti all'intesa stessa, senza che tali accertamenti abbiano potuto fornire una base sufficiente per giustificare l'avvio del procedimento in vista dell'adozione di una decisione, beneficia di una riduzione dal 50% al 75% dell'ammontare dell'ammenda.

Significativa riduzione dell'ammontare dell'ammenda

1. Un'impresa che coopera senza che siano soddisfatte tutte le condizioni di cui ai punti precedenti beneficia di una riduzione dal 10% al 50% dell'ammontare dell'ammenda che le sarebbe stata inflitta in assenza di cooperazione.

2. Ciò può verificarsi in particolare: - se, prima dell'invio di una comunicazione degli addebiti, un'impresa fornisce alla Commissione informazioni, documenti o altri elementi probatori che contribuiscano a confermare la sussistenza dell'infrazione; - se, dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti, un'impresa informa la Commissione che non contesta i fatti materiali sui quali la Commissione fonda le sue accuse.

Procedimento

Per quanto attiene agli aspetti procedurali, la Comunicazione prevede che la decisione in merito alla sussistenza delle condizioni richieste verrà presa contestualmente alla decisione finale adottata dalla Commissione, dal momento che le condizioni per la non imposizione dell'ammenda o per la sua riduzione devono sussistere durante l'intero procedimento. Nell'ipotesi in cui le predette condizioni vengano meno, in una qualsiasi fase del procedimento amministrativo, ciò precluderà il trattamento favorevole. Tuttavia, in tali circostanze, in considerazione delle aspettative legittime sulle quali possono fare affidamento le imprese che rivelano alla Commissione l'esistenza di un cartello, esse potranno ancora beneficiare di una riduzione significativa dell'ammenda applicabile.

Infine, la Comunicazione chiarisce che la concessione di un trattamento favorevole sul piano sanzionatorio non sottrae l'impresa agli effetti civili derivanti dalla partecipazione ad un accordo illecito o ad una pratica concordata.

⁹² Al punto 4 la Comunicazione recita: "La Commissione ritiene che sia nell'interesse della Comunità accordare un trattamento favorevole alle imprese che collaborano alle condizioni precisate in prosieguo. Il vantaggio che i consumatori e i cittadini traggono dalla certezza che tali pratiche siano scoperte e vietate è primario rispetto all'interesse d'infliggere sanzioni pecuniarie alle imprese che, cooperando con la Commissione, le consentono di scoprire e sanzionare un'intesa o le sono d'ausilio in tale compito". Si tratta quindi di un'ulteriore testimonianza dell'ampia discrezionalità della Commissione stessa in relazione all'esercizio dei poteri conferiti dal Reg. n. 17/62 e la strumentalità dello strumento sanzionatorio ai fini di una politica della concorrenza (cfr. anche la XXIV Relazione annuale sulla politica di concorrenza, 1994, par. 2, pag. 5).

Per altro verso, la tecnica legislativa prescelta per disciplinare la materia comporta un rischio di censura non trascurabile. La Commissione, infatti, intende introdurre una sorta di legislazione premiale in materia di ammende, per certi versi innovativa rispetto alla prassi finora seguita nell'irrogazione delle sanzioni pecuniarie, attraverso una semplice Comunicazione; un atto cioè che, come è noto, nell'ordinamento comunitario non ha alcuna efficacia vincolante ma ha soltanto una funzione esplicativa, chiarificatrice e specificativa di principi di diritto già riconosciuti dal Trattato, dalla legislazione derivata ovvero da precedenti giurisprudenziali.

Se, dunque, è vero che in materia di concorrenza la Commissione ha talvolta adottato delle vere e proprie Comunicazioni decisorie, riconoscendo cioè *ex novo* diritti ed obblighi in capo ai singoli,

tecnico appare largamente ispirata al "*leniency program*" del Department of Justice (Antitrust Division), che prevede incentivi per le imprese che, in qualità di partecipanti ad un cartello, cooperino con l'Antitrust Division fornendo informazioni sostanziali in ordine a "*criminal antitrust violations*" (un analogo approccio è stato adottato dalle autorità canadesi nel 1994)⁹³.

A ben vedere, l'autentico elemento di novità del progetto comunitario è costituito dall'impegno della Commissione di non imporre ammende (ovvero di ridurle notevolmente) nelle ipotesi di collaborazione prima che sia avviata un'inchiesta, qualora un'impresa assuma per prima l'iniziativa di cooperare durante le fasi preliminari dell'esame di un caso. Al fine di apprezzare la reale portata di tale impegno, va tuttavia considerato che l'esenzione totale dalle ammende è comunque condizionata non solo dalla sussistenza di un comportamento collaborativo particolarmente qualificato, ma anche dal fatto che l'impresa che intenda avvalersi del relativo beneficio non deve

nondimeno, nella stessa materia la Corte di giustizia ha sanzionato l'uso improprio dello strumento della comunicazione da parte della Commissione.

Come si ricorderà, con la sentenza della Corte di Giustizia, causa C-325/91, 16 giugno 1993, *Francia c. Commissione*, Racc. p. I-3283, la Corte ha annullato una Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato fondando la propria pronuncia proprio sull'esigenza di assicurare il rispetto del principio della certezza del diritto, il quale impone che la legislazione comunitaria sia chiara e la sua applicazione prevedibile per tutti gli interessati. Analogamente, con la sentenza del Tribunale di primo grado, causa T-9/93, 8 giugno 1995, *Scholler c/ Commissione*, il Tribunale di primo grado ha censurato una decisione della Commissione nella parte in cui questa, facendo ricorso alla Comunicazione *de minimis*, ometteva di tener conto delle precisazioni che la giurisprudenza della Corte aveva apportato nella materia, con riguardo in particolare alla tematica degli accordi di rete, a seguito della sentenza *De Limitis*.

⁹³ Il Leniency program, ampliato nel 1993 concedendo alle imprese la possibilità di evitare sanzioni anche qualora la loro cooperazione inizi dopo l'avvio delle indagini da parte dell'Antitrust Division, ha permesso di conseguire importanti successi: cfr. l'Antitrust Division Annual Report for Fiscal Year 1994: "To increase the return on available resources, the Division in August 1993 announced an expansion of its leniency program for corporate participants in antitrust conspiracies who come forward with information about criminal antitrust violations. Under the new policy, a corporation can avoid criminal prosecution by confessing its role in the illegal activities, fully cooperating with the Division and meeting other specific conditions, even when the corporation begins cooperating after an investigation has begun. Unlike the prior policy, the timing of the corporation's cooperation is not dispositive of the availability of leniency. The new policy was immediately successful. In the first year, an average of one corporation per month came forward with information on criminal conspiracies, compared to an average of one per year under the previous policy. The policy thus allowed the Division to extend the reach of its criminal enforcement activities with relatively little increased expenditure of resources. The increased availability of leniency for conspirators who break ranks also will serve to deter conspiracies in the first place by spreading suspicion among potential conspirators. The Division expanded the leniency program further in August 1994 when it announced an Individual Leniency Program. The new program offers individual conspirators the opportunity to avoid prosecution under specified circumstances by coming forward with information about the conspiracy" (New Leniency Policies, pagg. 6-7).

comunque aver "costretto un'altra impresa a partecipare all'intesa né abbia svolto un ruolo di iniziazione o determinante nell'attività illecita" (punto B, lett. e).

In proposito, va ricordato che la Commissione ha di regola tenuto conto del ruolo svolto da un'impresa in relazione all'infrazione commessa al fine di fissare il concreto ammontare della sanzione e che, qualora un'impresa abbia giocato un ruolo del tutto minore rispetto a quello delle parti principali di un accordo illecito (o abbia agito contro la propria volontà o contro i propri interessi), la Commissione stessa ha ritenuto di non irrogare ammende; si tratta però di un numero limitato di casi, per lo più intese verticali nell'ambito delle quali i distributori avevano svolto un ruolo sostanzialmente passivo⁹⁴

Anche se quindi la Comunicazione in esame costituisce, in una certa misura, una precisazione ed una evoluzione logica di concetti che, seppure non in forma sistematica, possono ritenersi presenti nell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza⁹⁵, ad essa deve comunque riconoscersi una indubbia rilevanza sul piano pratico ed operativo, in funzione di una precisa *policy* dell'istituzione comunitaria nei confronti dei cartelli.

Ciò premesso, vi è da dire che la automatica trasposizione in ambito nazionale dei principi contenuti nella Comunicazione esaminata, con particolare riferimento ad una loro possibile funzione "incentivante" alla comunicazione volontaria delle intese, appare alquanto problematica, tenuto conto della prassi dell'Autorità e dei principi generali in tema di illecito amministrativo.

In altri termini, una volta che l'Autorità abbia accertato, in base a parametri obiettivi, che l'infrazione commessa attinge la soglia della gravità, non sembra agevole concludere che l'elemento soggettivo del comportamento tenuto dall'impresa nell'ambito del successivo accertamento della restrittività dell'intesa da parte dell'Autorità possa rilevare per escludere in radice la sanzionabilità stessa della fattispecie.

⁹⁴ In relazione ad accordi di cartello questi principi interpretativi sono stati compiutamente enunciati dalla Commissione nella Decisione del 13 luglio 1994, in GUCE L243 del 19.9.1994, *Cartoncino* (punti 168-172), dove il ruolo giocato da alcune imprese nel contesto degli accordi vietati e la cooperazione da esse offerta nell'ambito degli accertamenti sono stati considerati al fine di una considerevole riduzione delle ammende altrimenti applicabili. Nella Decisione della Commissione del 5 febbraio 1992, *Industria delle costruzioni dei Paesi Bassi*, l'esenzione totale dalle ammende a favore di un'associazione di imprese è dipesa dal fatto che questa svolgeva una funzione meramente amministrativa a favore delle altre associazioni di imprese.

⁹⁵ Di particolare interesse, in relazione all'argomento che ci occupa, appare la sentenza del Tribunale di Primo Grado, causa T-13/89, 10.3.92, *ICI c. Commissione*, Racc., II-1021, là dove la riduzione di una ammenda inflitta dalla Commissione è dipesa dalla collaborazione prestata dall'impresa sotto il profilo informativo. Giova inoltre ricordare che in altra sentenza lo stesso Tribunale ha affermato che la Commissione non è obbligata a tenere conto allo stesso modo della cooperazione in tutti i casi in cui essa è prestata, o a motivare specificamente il peso relativo assunto da questa circostanza attenuante nella determinazione della sanzione (Tribunale di primo grado, causa T-7/89, del 17 dicembre 1991, *SA Hercules NV v. Commissione* Racc., II-1715).

Quanto ai principi generali di cui alla legge n. 689/81 occorre infatti considerare, da una parte, che nell'ambito delle cause di esclusione della responsabilità da illecito amministrativo le esimenti previste (art. 4) sono, con talune ovvie esclusioni, quelle dettate dal legislatore penale, fondate sul riconoscimento che in certe situazioni non è possibile pretendere che il soggetto agisca senza violare la normativa sanzionatoria (artt. 52 e 54 c.p.); dall'altra che in base alla disciplina, anch'essa di evidente impronta penalistica, del concorso di persone (art. 5), si ritiene assoggettabile a sanzione chiunque abbia fornito, a livello psichico o materiale, un contributo obiettivamente rilevante alla realizzazione della violazione, in qualità sia di vero e proprio coautore che di concorrente c.d. atipico⁹⁶. Non solo, peraltro, il sistema punitivo amministrativo prevede la sanzionabilità di qualsiasi attività, anche marginale, che contribuisca alla realizzazione dell'illecito, ma la dottrina ha persino dubitato della possibilità di procedere, in una prospettiva di adeguatezza del trattamento sanzionatorio, ad una riduzione della pena nei confronti del partecipe che abbia posto in essere solo un'attività "*di minima importanza*", salvo poi concludere per l'invocabilità, in materia, dei "*principali postulati sui quali si fonda la responsabilità concorrente, da cui consegue la facile distinzione fra correttezza e mera partecipazione*"⁹⁷.

Sembra, dunque, che una piena adesione ai nuovi indirizzi interpretativi della Commissione possa realizzarsi solo a scapito dei principi posti dall'ordinamento interno in materia di sanzioni amministrative, accentuando i profili di specialità della disciplina ed enfatizzando la discrezionalità amministrativa dell'Autorità (in contrasto peraltro con la sua configurazione di autorità amministrativa indipendente, cui è piuttosto connaturata una discrezionalità "del giudice"⁹⁸).

Conseguentemente, la sede propria cui attribuire rilievo, nell'ambito di applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90, ad un eventuale comportamento collaborativo di un (co)autore della violazione dell'art. 2, comma 2, della

⁹⁶ "In tema di sanzioni amministrative, l'art. 5, l. 24 novembre 1981, n. 689, il quale contempla il concorso di persone, recepisce i principi fissati in materia dal codice penale, rendendo applicabile la pena pecuniaria non soltanto all'autore od ai coautori dell'infrazione, ma anche a coloro i quali abbiano comunque dato un contributo causale, pure se esclusivamente sul piano psichico": Cass., causa n. 7336, 18 luglio 1990, in Rep. For. It., 1990 (Voce: Sanzioni amministrative, n. 46).

⁹⁷ La distinzione rileva ai fini della determinazione della pena; l'art. 114 c.p. prevede infatti che: "Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena", Sandulli (1992).

⁹⁸ La più avvertita dottrina ha sottolineato l'estraneità al modello sanzionatorio di cui alla legge n. 689/81 della comune nozione di discrezionalità amministrativa, ed ha sottolineato come in sede di applicazione delle sanzioni il concreto interesse dell'amministrazione assuma rilievo, ma non come criterio dominante, quanto come uno degli indici fattuali di commisurazione: Paliero, Travi (1989).

legge stessa, diviene quella della quantificazione della sanzione, in conformità ai criteri dettati dall'art. 11 della legge n. 689/81⁹⁹, operanti in virtù del rinvio previsto dall'art. 31 della legge n. 287/90. In particolare, qualora dalla comunicazione volontaria di un'intesa emerga una "grave" infrazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, può assumere rilievo, in sede di determinazione del concreto ammontare della sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 15, comma 1, la circostanza che essa sia stata comunicata volontariamente¹⁰⁰. In tal caso, infatti, qualora il comportamento tenuto dall'impresa successivamente alla violazione contribuisca ad agevolare l'accertamento e la pronuncia dell'Autorità, esso potrà contribuire a mitigare le sanzioni eventualmente applicabili (naturalmente a favore del solo soggetto che ha proceduto alla comunicazione). In questa direzione si è mossa, peraltro, anche la giurisprudenza del TAR del Lazio in materia di intese¹⁰¹.

3.3 La durata dell'infrazione

Nel fissare l'importo di un'infrazione la Commissione è tenuta, ai sensi del Reg. n. 17/62, ad avere riguardo non solo alla gravità, ma anche alla durata dell'infrazione. Il medesimo regime è imposto all'Autorità Garante dall'art. 15 della legge n. 287/90; anzi, gravità e durata sono stati considerati dal TAR Lazio condizioni di carattere alternativo, così che la sanzione può essere commisurata anche con riguardo ad una sola di esse¹⁰².

⁹⁹ Art. 11 della legge n. 689/81: "Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

¹⁰⁰ Nel recente formulario per la comunicazione volontaria delle intese, pubblicato in data 1° luglio 1996, l'Autorità ha chiarito che essa "non applicherà le sanzioni di cui all'art. 15, comma 1, della legge, nel caso in cui le imprese si astengano volontariamente dall'eseguire un'intesa comunicata ai sensi degli artt. 4 e 13, in attesa della pronuncia dell'Autorità". In questa ipotesi, dunque, l'impegno dell'Autorità a non comminare sanzioni è basato non solo e non tanto sulla circostanza che l'intesa comunicata non abbia prodotto effetti, quanto sull'esistenza di una manifestazione di volontà delle imprese, giuridicamente vincolante, tesa ad assicurare l'inoperatività dell'intesa, da cui deriva una preclusione *ab origine* alla produzione di effetti restrittivi.

¹⁰¹ Nella sentenza n. 1157/93 (*Procal*) il Tar Lazio ha ritenuto applicabile, ai fini della determinazione della sanzione di cui all'art. 15, comma 1, legge n. 287/90, l'art. 11 della legge n. 689/81; nella sentenza n. 1474/95 (*Rischi di Massa*) il medesimo giudice ha respinto le censure di alcune ricorrenti che contestavano l'applicazione della sanzione nei propri confronti nonostante una minore partecipazione, qualitativa e quantitativa, alle intese vietate.

¹⁰² Nella sentenza n.1157/93 (*Procal*) può leggersi che "non è infatti necessario che i due elementi di valutazione dell'infrazione (gravità e durata) sussistano entrambi nella stessa misura".

Malgrado quanto precede, non sempre risulta agevole, almeno sul piano logico, procedere ad un'analisi distinta dei due fattori; è infatti evidente che, se considerata in termini oggettivi, la durata di un'infrazione è un elemento che concorre a determinare la gravità complessiva della medesima.

I due profili in discussione non possono però considerarsi del tutto indistinti; e ciò soprattutto in materia di intese, dove la durata complessiva dell'infrazione non coincide necessariamente con quella della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione stessa.

Per l'applicazione delle norme sanzionatorie occorre infatti accertare la durata dell'adesione di ogni singola impresa alla pratica restrittiva, in quanto, a prescindere dalla natura dell'intesa, un'impresa non può certo essere considerata responsabile di avvenimenti svoltisi in un momento anteriore o successivo al periodo di tempo rispetto al quale è stata dimostrata la sua partecipazione all'accordo¹⁰³.

L'adesione all'infrazione delle regole di concorrenza deve inoltre avere carattere continuativo. In proposito, come di recente precisato dal Tribunale di Primo Grado, pur se non devono considerarsi necessari elementi probatori tali da dimostrare direttamente la continuità dell'infrazione, occorre, almeno, che la Commissione deduca elementi di prova i quali si riferiscano a fatti sufficientemente ravvicinati nel tempo, in modo tale che si possa ragionevolmente ammettere che una determinata infrazione alle regole di concorrenza sia durata ininterrottamente tra due date precise¹⁰⁴.

In termini generali risulta, comunque, palese che tanto più lunga è la durata di un'infrazione imputabile ad ogni impresa tanto maggiore sarà l'importo della sanzione comminatale. Nella più volte citata sentenza *Musique Diffusion Francaise*, ad esempio, la Corte di Giustizia ha conferito particolare rilievo, al fine di una riduzione delle ammende inflitte, alla circostanza che l'accordo fosse risultato in giudizio di durata inferiore a quanto sostenuto nella decisione della Commissione impugnata¹⁰⁵.

In ogni caso, anche il periodo di durata deve essere considerato in relazione alle circostanze del caso di specie, potendo variare, anche in misura considerevole, sia in

¹⁰³ Cfr., per tutte, Tribunale di primo grado, causa T-2/89, 24 ottobre 1991, *Petrofina*, in Racc. p.II-1087; e causa T-4/89, 17 dicembre 1991 *BASF*, Racc. p. II-1523.

¹⁰⁴ Tribunale di primo grado, causa T-43/92, 7 luglio 1994 *Dunlop c. Commissione*, inedita.

¹⁰⁵ Da due delle sentenze "*Polipropilene*" (del 24 ottobre 1991, *Petrofina*, cit.; e del 17 dicembre 1991, *BASF*, in causa T-4/89, Racc. p. II-1523 cit) emerge peraltro come l'ammontare dell'ammenda non debba essere esattamente proporzionale alla durata dell'infrazione. Nel primo dei due casi il Tribunale ha infatti ridotto la durata con riguardo alla società Petrofina di quasi il 60% (21 mesi invece di 47) ma ha soltanto dimezzato la sanzione. Nel secondo ha ridotto rispetto alla società BASF la durata del 18% (59 mesi e non 72) ed ha diminuito l'ammenda del 15%. In base a tale giurisprudenza la dottrina ha, tra l'altro, argomentato che "the Commission can differentiate the degree of gravity of the infringement over the period of time concerned", Gyselen (1993).

ragione della diversa attitudine a pregiudicare la concorrenza che ogni tipo di infrazione presenta, che delle caratteristiche strutturali del mercato di volta in volta interessato. Così, un periodo di due anni è stato ritenuto un periodo di notevole durata per quanto concerne un rifiuto a contrarre da parte di un'impresa in posizione dominante¹⁰⁶; mentre lo stesso lasso di tempo è stato considerato, con riferimento ad una pratica concordata, "di durata relativamente breve"¹⁰⁷. In alcuni casi, inoltre, le ammende sono state comminate anche per violazioni protrattesi per poche settimane¹⁰⁸.

4. L'EFFICACIA DELLA SANZIONE: ALCUNI SPUNTI SULLA NOZIONE DI FATTURATO RILEVANTE

Nel fissare i limiti entro i quali l'Autorità può esercitare la propria discrezionalità, il legislatore, relativamente ai criteri di calcolo da adottare nella determinazione dell'ammontare delle sanzioni, ha stabilito una "forcella" in termini di percentuale del fatturato relativo ai prodotti oggetto della pratica illecita, realizzato nell'ultimo esercizio prima della notifica. La legge contempla, dunque, delle sanzioni di natura proporzionale, i cui limiti edittali sono fissati in relazione ad una determinata percentuale di una parte del fatturato delle imprese interessate.

Per contro, il Reg. n. 17/62 fissa, in termini assoluti, un importo minimo e massimo, stabilendo, poi, la possibilità di aumentare quest'ultimo importo sino al 10% del fatturato realizzato nell'esercizio precedente da parte dell'impresa considerata. Si è quindi in presenza di un sistema misto di determinazione dei limiti edittali.

Il testo dell'art. 15, comma 2, del Reg. n. 17/62 appare, peraltro, meno specifico di quello nazionale in ordine al fatturato da assumere come parametro al fine di determinare l'ammontare della sanzione. Esso non chiarisce, infatti, se si tratti del fatturato totale realizzato su scala mondiale, ovvero del fatturato sì mondiale, ma riferito ai soli prodotti oggetto della pratica illecita, oppure ancora se debba aversi riguardo al solo fatturato realizzato nella Comunità, se non addirittura a quello realizzato nel solo mercato rilevante.

E' stata ancora una volta la Corte di Giustizia a fornire i chiarimenti necessari. In merito alle attività da considerare per il calcolo del fatturato essa ha infatti disposto che "

¹⁰⁶ Decisione del 14 dicembre 1972 *Zoja*, in GUCE, L299 del 31.12.1972.

¹⁰⁷ Decisione *Vetro Piano*, cit.

¹⁰⁸ Sentenza *Musique* cit., dove si fa riferimento, come periodo di durata delle intese sanzionate, al lasso di tempo "gennaio - febbraio 1976".

*il limite (di un milione di ECU) tende a prevenire che le sanzioni possano essere sproporzionate rispetto alle dimensioni dell'impresa e, poiché soltanto il fatturato totale può fornire un'indicazione di tali dimensioni, la percentuale summenzionata (10%) deve esser intesa come riferito al fatturato globale*¹⁰⁹. Da tale passaggio sembra, dunque, potersi evincere che nel sistema del Reg. n. 17/62 la proporzionalità della sanzione debba intendersi garantita dal limite assoluto di un milione di ECU, mentre la possibilità di aumentare tale limite del 10% sia da considerarsi uno strumento per garantire l'efficacia dissuasiva della sanzione¹¹⁰.

Sulla base degli stessi motivi la Corte ha successivamente chiarito che anche sul piano dell'area geografica entro la quale determinare il fatturato *"l'art. 15, n. 2 del Regolamento 17/62 non contiene alcuna limitazione territoriale quanto al fatturato realizzato dalle imprese che hanno trasgredito le norme sulla concorrenza e che va preso in considerazione per l'importo dell'ammenda da comminare, per cui la Commissione non è tenuta a basarsi solo sull'importo del volume d'affari globale realizzato nel mercato di cui tratta"*¹¹¹.

A voler accogliere la tesi prospettata dalla Corte di Giustizia - che, è bene ricordarlo, si inserisce in un ordinamento in cui il fatturato serve soltanto per commisurare la sanzione massima, mentre in diritto nazionale esso è funzionale anche alla determinazione del minimo edittale - il sistema configurato dall'art. 15 della legge n. 287/90 sembra presentare una parziale disfunzione.

Se la scelta di modalità di calcolo della sanzione in termini esclusivamente percentuali pare rispondere ad un'esigenza di proporzionalità, non appare facilmente comprensibile il riferimento al fatturato realizzato con i soli prodotti oggetto dell'intesa o dell'abuso. Non sempre, in tal modo, aderendo ad una rigida interpretazione letterale,

¹⁰⁹ Corte di Giustizia, cause riunite 100-103780, 7 giugno 1983 *Musique Diffusion Française* cit..

¹¹⁰ Che, d'altronde, questa possa dirsi la *ratio* della pronuncia della Corte, è posto in luce anche dall'opinione resa, nella stessa causa, dall'Avvocato Generale, ad avviso del quale l'art. 15, secondo comma *"determina i limiti del potere della Commissione e, nel determinare il massimo dell'ammenda mostra di stabilire grosso modo un rapporto tra l'ammenda e la capacità dell'impresa di sopportarla Se il termine fatturato si riferisse al fatturato di un determinato settore si avrebbero strane conseguenze. Ciò significherebbe che, qualora un ampio complesso con interessi diversificati commetta una grave trasgressione delle norme comunitarie in uno dei settori in cui è impegnato, la Commissione non avrebbe il potere d'infliggere un'ammenda di entità sufficiente per costituire un disincentivo efficace. Inoltre, qualora un'impresa abbia cessato di operare nel settore di attività in cui ha commesso l'illecito non si potrebbe più irrogare un'ammenda proporzionale al fatturato realizzato durante l'esercizio sociale precedente"* (Conclusioni dell'A.G. Mayras, relative alla sentenza del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Française* cit.).

¹¹¹ Corte di Giustizia, causa causa C-279/87, 8 febbraio 1990 *Ipp-Ex*, Racc. p. I-261.

appare possibile adeguare l'entità della sanzione alle dimensioni delle imprese, garantendo quindi l'efficacia afflittiva e nel contempo l'equità dell'intervento sanzionatorio.

Da un lato, infatti, vi sono dei casi nei quali i criteri in questione risultano inadeguati a cogliere le reali dimensioni e l'effettiva potenza economica dell'impresa considerata, mettendo in tal modo a repentaglio la possibilità stessa che la sanzione costituisca un disincentivo efficace alla violazione delle regole di concorrenza¹¹². Si consideri, oltre alle ipotesi prese in esame dalla Corte di Giustizia, il caso che ricorra un abuso nella forma dell'estensione della posizione dominante in un altro mercato nel quale l'impresa non era già operante, venendo così a mancare del tutto un fatturato di riferimento.

D'altro lato, una pedissequa applicazione dello schema legislativo in discussione potrebbe determinare un iniquo *favor* per le imprese di maggiori dimensioni. In effetti, mentre per queste ultime, presumibilmente attive su una pluralità di mercati, il fatturato rilevante per l'art. 15 della legge rappresenta soltanto una - più o meno elevata - percentuale di quello globale, per le imprese di minore dimensione, con attività necessariamente meno diversificate, il fatturato relativo ai prodotti oggetto di una pratica illecita potrebbe addirittura coincidere con il fatturato complessivo.

Tuttavia, va considerato che la legge, nell'individuare il fatturato relativo ai prodotti oggetto della pratica illecita, nulla dispone sull'area geografica relativa a tale fatturato da prendere in considerazione.

E' certo vero che in via di prassi l'Autorità, al fine di ovviare alla rigidità della norma, che configura anche il minimo edittale in termini percentuali sul fatturato, ha sino ad oggi preferito commisurare la sanzione al solo fatturato realizzato nel mercato geografico rilevante, giungendo sino al punto di rendere esplicita tale linea interpretativa nel provvedimento *Procal*¹¹³.

Non sembra tuttavia che, alla luce della ricostruzione della materia che si è tentato di operare, l'Autorità debba sentirsi vincolata a tale *modus operandi* da un preciso obbligo di legge.

Il silenzio della norma, le precise indicazioni che provengono dall'esperienza comunitaria, il già cospicuo e penetrante novero di condizioni cui, anche in forza del

¹¹² E' stato a giusto titolo rilevato che "*Only the global turnover gives an estimate of the size and economic strength of the Company. Drawing an analogy with the tax world, one can say that the global turnover gives an idea of the companies' contributive capacity*", Gyselen (1993).

¹¹³ In quella sede può leggersi che "*si è ritenuto, pertanto, di irrogare le sanzioni amministrative pecuniarie, in relazione al fatturato realizzato in ciascuna impresa nel mercato geografico rilevante sopra individuato, nella misura del 5% per la società CALCESTRUZZI Spa, dell'1% per la società CEMENCAL Spa e del 3% per le altre imprese partecipanti all'intesa*" (Bollettino n. 10/92)

rinvio di cui all'art. 31, è subordinata l'irrogazione di una sanzione ex art. 15, il rischio, in definitiva, di privare in troppe ipotesi la potestà sanzionatoria dell'Autorità di una reale efficacia deterrente, ovvero di dar luogo a clamorose iniquità, appaiono tutti elementi univocamente volti in favore della legittimità di un'eventuale interpretazione dell'art. 15 della legge n. 287/90, per quanto concerne il profilo in esame, nel senso sopra proposto.

Occorre, infine, sottolineare che quanto precede non significa che il fatturato realizzato all'interno del mercato rilevante divenga irrilevante ai fini della determinazione della sanzione. L'Autorità potrebbe infatti mutuare l'approccio della Commissione che, pur commisurando la sanzione al fatturato globale realizzato su scala mondiale, considera l'entità più o meno elevata che di tale fatturato viene realizzata all'interno del mercato rilevante quale elemento per la complessiva valutazione della gravità della condotta anticoncorrenziale¹¹⁴.

¹¹⁴ Come conclusione sul complesso argomento delle modalità di calcolo delle sanzioni, sembra utile segnalare una recente sentenza del Tribunale di Primo Grado, in merito alla spinosa questione del calcolo del fatturato delle associazioni di imprese (sentenza del 21 febbraio 1995, *Imprese di costruzione c. Commissione*, causa T-29/92, ancora inedita).

Il Tribunale ha statuito che nel calcolare l'ammontare della sanzione per un'associazione di imprese si deve tenere conto del fatturato realizzato dall'insieme delle imprese aderenti all'associazione stessa, quantomeno quando le regole interne consentono all'associazione di adottare deliberazioni produttive di effetti vincolanti sulle imprese associate.

Più precisamente, il Tribunale ha stabilito una relazione diretta fra l'influenza esercitata dall'associazione di imprese sul mercato e il fatturato rilevante per il calcolo delle sanzioni, ritenendo che la base di calcolo della sanzione dovesse essere il fatturato di tutte le imprese associate e non invece il solo volume di affari realizzato dall'associazione stessa. Soltanto il primo, infatti, rappresenta un'indicazione della dimensione e potenza economica dell'associazione interessata che corrisponde all'influenza che questa può effettivamente esercitare sul mercato.

Qualora, viceversa, non ricorrano le condizioni precisate dal Tribunale, appare lecito ritenere ancora *good law* quanto statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Belasco* (sentenza dell'11 luglio 1989, causa C-246/86, Racc. p. 2117), dove, in ragione dell'inidoneità della nozione di fatturato a rappresentare la dimensione e potenza economica di un'associazione di imprese, essa ha ritenuto legittimo che la Commissione avesse commisurato l'ammenda sulla base dell'importo delle spese annuali.

Occorre, peraltro, sottolineare che l'utilizzo anche in ambito nazionale dei criteri di calcolo sviluppati per le associazioni di imprese in sede comunitaria andrebbe verificato alla stregua del principio di legalità, sancito anche in tema di sanzioni amministrative dall'art.1 della più volte citata legge n. 689/81, ai sensi del quale " ... le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto ai casi e per i tempi per esse consideratè".

Anche nel caso in cui si ritenesse il principio in parola ostativo rispetto ad un adeguamento della prassi dell'Autorità a quella della Commissione, la funzionalità del sistema potrebbe venire comunque salvaguardata superando lo schermo giuridico dell'associazione. Tali organismi rappresentano, infatti, soltanto uno schermo giuridico delle imprese cui vanno, nella realtà economica, effettivamente ricondotte le decisioni sociali contrarie alle regole di concorrenza.

Seguendo questa prospettiva, le imprese aderenti alle diverse associazioni - nella loro globalità, ovvero ispirandosi ai criteri distintivi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in relazione al ruolo di guida ed indirizzo che talune imprese, e non altre, possono rivestire rispetto all'operato dell'associazione

considerata- dovrebbero essere considerate come i soggetti che pongono in essere le violazioni e, quindi, come parti del procedimento e destinatarie dirette dei provvedimenti dell'Autorità, compresi quelli a carattere sanzionatorio. In tal modo, a differenza di una sanzione globale indirizzata all'associazione, si avrebbero tante sanzioni quante sono le imprese aderenti, sulla base del calcolo separato e non cumulativo dei rispettivi fatturati.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BARONE A. (1993), "Art.31-Sanzioni", in A.Frignani, R. Pardolesi, A.Patroni Griffi, L.C. Ubertazzi (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna: Zanichelli, Vol. II, p. 1432.

BROWN P.J.-HUCK J. (1988), "The State of State antitrust enforcement: A return to the States' Traditional role", in *Journal of reprints for antitrust law and economics*, II, p. 17.

EHLERMANN C.D. (1995), "Implementation of EC competition law by national antitrust Authorities", relazione tenuta a Treviso il 5 maggio 1995 al convegno sul tema "Antitrust between EC law and national law".

GYSELEN L. (1993), "The Commission's fining policy", in P.J.Slot, A. McDownell (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Londra: Sweet & Maxwell, p. 70.

KERSE C.S. (1994), *EC Antitrust Procedure*, Londra: Sweet & Maxwell, p. 257.

MEZZABARBA C.-TRAVI A. (1994), "Sanzioni amministrative. Rassegna di giurisprudenza della Cassazione: illecito amministrativo, procedimento, sanzioni accessorie", *iforo Italiana*, I, p. 776.

MILITELLO G. (1995), "Le sanzioni amministrative: l'approccio dell'Autorità Garante", relazione tenuta all'Università di Castellanza il 12 maggio 1995 al Convegno sul tema "Le Sanzioni Antitrust".

MONTAG F. (1996), "Thoughts on reforming the cartel infringement procedure", relazione distribuita in occasione del X Congresso UAE, Venezia 31 maggio-2 giugno 1996.

MUCCIARELLI G. (1990), "Le sanzioni nella legge antitrust", in *Legislazione Penale*, n. 4, p. 609 ss..

PALIERO C.E.-TRAVI A. (1989), "Sanzioni amministrative", in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, pp. 370-1.

RITTER L.-BRAUN W.D.-RAWLINSON F. (1991), "The main motor of enforcement", in *EEC Competition Law*, p. 675.

ROSINI E. (1991), *Le sanzioni amministrative*, Milano: Giuffrè.

ROSSI G. (1995), "Antitrust e teoria della giustizia", in *Rivista delle Società*, I, p.1.

SANDULLIA.M. (1992), "Sanzione", in *Enciclopedia Giuridica Treccani* XXVIII, p. 11.

SCHINAIA M.E. (1995), "Le sanzioni amministrative: la giurisprudenza del TAR Lazio", relazione tenuta all'Università di Castellanza il 12 maggio 1995 al Convegno sul tema "Le Sanzioni Antitrust".

TOFFOLETTO A. (1995), "Il Risarcimento del Danno", relazione tenuta all'Università di Castellanza il 12 maggio 1995 al convegno sul tema "Le Sanzioni Antitrust".

VAN MIERT K. (1994), Intervento al Secondo seminario sulla Concorrenza in Giappone e nell'Unione Europea - Bruxelles 16 settembre 1994.

VAN BAEL I. (1995), "Fining à la carte: the lottery of EU competition law", in *European Competition Law Review*, p. 238.