



PUBLIC FINANCE RESEARCH PAPERS

**Sanzioni antitrust e vaglio giurisdizionale:
uno sguardo alla tecnica di quantificazione**

ANGELO CASTALDO, MARCO GRANTALIANO, NICOLA FARAONE

Angelo Castaldo

Università Sapienza di Roma

Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici

Email: angelo.castaldo@uniroma1.it

Please cite as follows:

Castaldo A., Grantaliano M., Faraone N.M. (2018), *“Sanzioni antitrust e vaglio giurisdizionale: uno sguardo alla tecnica di quantificazione”*, *Public Finance Research Papers*, Istituto di Economia e Finanza, DIGEF. Sapienza University of Rome, n. 33, ISSN 2284-2527.

(<http://www.digef.uniroma1.it/ricerca>)

Angelo Castaldo, Marco Grantaliano, Nicola Faraone

SANZIONI ANTITRUST E VAGLIO GIURISDIZIONALE: UNO SGUARDO ALLA TECNICA DI QUANTIFICAZIONE

Abstract

Da una disamina ad ampio spettro della casistica antitrust italiana in tema di intese e abuso di posizione dominante è emersa un'elevata propensione del giudice amministrativo nazionale a rideterminare (nel 52% dei casi) l'importo delle sanzioni pecuniarie comminate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Tale considerazione sembra confermata, in ottica comparativa, dal basso tasso di ricorsi accolti (10%) presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di contenzioso antitrust. Da tale evidenza emergono alcuni quesiti. Il Giudice, quando esercita il suo sindacato di merito, si attiene alla stessa metodologia su cui si basa l'Autorità? Modificando la sanzione, incide sulla funzione deterrente della stessa. Quindi: emerge un rischio di inficiare la capacità deterrente della sanzione? Su tale sfondo, il presente lavoro indaga le modalità con cui il giudice amministrativo italiano motiva e lega, nel dispositivo, l'accolto con l'effettiva rideterminazione eseguita. L'analisi sui casi parte da un dataset composto da n. 524 sanzioni AGCM comminate per abuso di posizione dominante e intese nel periodo 2000-2015. Per analizzare l'approccio implementato dal giudice amministrativo si sono vagliati tutti i casi (n. 119) di procedimenti con sanzioni rideterminate a seguito di ricorso giurisdizionale. Le risultanze dell'analisi condotta portano a ritenere fondato il timore che l'opera del Giudice possa occasionalmente, tramite l'attività di ridetermina, incidere sull'efficienza ed efficacia complessiva dell'apparato sanzionatorio antitrust. Tale rischio, andatosi attenuando nel tempo, può derivare da una incertezza metodologica alla base del calcolo della sanzione. Incertezza che si ritiene tanto più ampia quanto maggiore è il distacco logico dalla tecnica tracciata nelle guidelines.

JEL classification codes: K21, K23, K41.

Keywords: Sanzioni antitrust, Vaglio giurisdizionale, Linee guida Antitrust.

1. Introduzione

Nel corso dell'ultimo decennio, è opinione ricorrente che il tema delle sanzioni *antitrust* sia stato piuttosto trascurato rispetto al grande dibattito sollevato dall'introduzione del *private enforcement* e dell'istituto degli impegni. Nonostante i recenti sviluppi, tuttavia, l'attività europea di *enforcement* rimane per la massima parte confinata ai relativi strumenti pubblicistici. È proprio sulla sanzione, pertanto, che si concentra il presente lavoro, che prende in esame l'attività di rideterminazione operata da parte del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ("T.A.R. Lazio" o "T.A.R.").

L'analisi condotta, prescindendo dal sindacare le ragioni poste alla base del processo di rideterminazione in sede di contenzioso amministrativo, è volta a comprendere la metodologia con cui il giudice amministrativo contabilizza la nuova sanzione, o meglio, motiva e lega nel dispositivo l'accolto con l'effettiva rideterminazione eseguita. Il giudice amministrativo in tale attività si inserisce nel solco della metodologia tracciata negli Orientamenti europei¹ e nelle Linee Guida²? Pur consapevoli del suo pieno sindacato di merito, infatti, si ritiene che un eventuale allontanamento non motivato da tale *common framework* porti con sé il rischio di una discrezionalità metodologica che attribuisce all'organo giudicante una discrezionalità difforme da quella applicata dall'Autorità che ha irrogato originariamente la sanzione. Tale approccio, in chiave *law and economics*, può determinare effetti non neutri sulla capacità deterrente della sanzione, sull'economia processuale e, in ultima istanza, sulla stessa certezza del diritto.

Nel presente lavoro, l'applicazione in sede giurisdizionale della metodologia tracciata nelle linee guida (*i.e.* europee e nazionali) identifica il *limes* tra attività di rideterminazione giudiziale fondata sulla base della medesima «discrezionalità *tecnica*» dell'Autorità da cui proviene la sanzione,

¹ *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a), del Regolamento CE 1/2003, 2006/C 210/02.*

² *V. Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della L. n. 287/1990, in "Boll.", n. 42/2014. D'ora in poi ci si citerà il presente testo con le lettere maiuscole.*

ovvero sulla base di una diversa «discrezionalità *metodologica*» rivenuta di volta in volta dall'organo giudicante.

Le linee guida, in particolare, forniscono la cornice metodologica indispensabile al fine di incardinare l'ampia discrezionalità tecnica dell'Autorità su una serie di parametri che qualora elusi, in assenza di fattori eccezionali³, metterebbero a repentaglio la capacità deterrente della sanzione.

Il lavoro è strutturato come segue. Nel secondo paragrafo viene esposta la letteratura sulla *optimal fine* e sulla *public deterrence*. Successivamente, nel terzo paragrafo, nella consapevolezza dell'impossibilità applicativa delle sanzioni ottime, vengono esposte le linee guida comunitarie e nazionali in tema di determinazione delle sanzioni. Nel quarto paragrafo, si descrive il database dei casi analizzati. Nel quinto paragrafo, viene esposto l'approccio metodologico utilizzato nell'analisi dei casi. Nel sesto paragrafo, si analizzano i casi raggruppandoli in tre categorie: rideterminazione diretta da parte del T.A.R., con *remand* all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o "Autorità") con riesercizio della discrezionalità e senza. Nell'ultimo paragrafo, infine, si tracciano le principali riflessioni conclusive.

2. Sanzione ottima e di second best: dalla teoria alla pratica

Al fine di assicurare la capacità deterrente, la teoria dell'*optimal fine* converge nello statuire che la sanzione, moltiplicata per la probabilità del disvelamento delle condotte illecite, debba essere superiore ai profitti illeciti conseguiti dall'agente economico (Becker, 1968; Landes, 1983; Wils, 2002; Spagnolo, 2003)⁴. A causa della contenuta probabilità di disvelamento, tuttavia,

³ Si rammenta che, al punto 37 degli Orientamenti e in vari punti delle Linee Guida, sono presenti clausole di carattere generale che permettono alle autorità antitrust di derogare alla metodologia predeterminata in caso di necessità. In tali casi, tuttavia, sussiste un onere di motivazione aggiuntiva, che dia conto delle ragioni di tale distanziamento.

⁴ G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), 76 *Journal of Political Economy*, p. 169 ss.; W.M. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations* (1983), 50 *The University of Chicago Law Review*, p. 652 ss.; W. WILS, *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings but Also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?*, in *European Competition Law Annuals*, ed. C.D. Ehlermann (Oxford: Hart Publishing, 2002); G. SPAGNOLO, *Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime*, *Econometric Society*, 2003, p. 485 ss. Da una prospettiva inversa, la formula per cui a un agente economico conviene violare la legge è data da: $(1 - \pi) U(Y) + \pi U(Y$

tale formula conduce alla previsione di sanzioni di importo particolarmente elevato. Block e Sidak (1980)⁵ evidenziano che la maggior parte delle autorità *antitrust* ha previsto un *sanction cap* per scongiurare il rischio che le sanzioni determinino il fallimento delle imprese, con un ulteriore danno sociale rispetto a quello originato dalla condotta illecita.

L'apparente semplicità dell'appena esposto approccio microeconomico non deve trarre in inganno: il suo *enforcement* è ben più complesso. Le Autorità, infatti, scontano le conseguenze di una strutturale asimmetria informativa rispetto agli agenti economici. *Ex multis*, Wils (2007)⁶ sottolinea che i profitti illeciti non sono noti né facilmente ricostruibili, mentre è pressoché impossibile determinare la probabilità di disvelamento⁷. La *optimal fine*, dunque, rimane confinata al regno dell'ideale. La letteratura si è lungamente interrogata su modalità alternative per avvicinarsi a un livello di deterrenza ottimale in sede attuativa: un approccio, si dirà, "*second best*" (*i.e.* appartenente al migliore dei mondi possibili nella pratica).

V'è chi suggerisce un criterio di *profit-based fine*⁸, proporzionale al profitto conseguito e chi uno di *damage-based fine*⁹, proporzionale al danno

– $F - c > 0$, dove π è la probabilità che la violazione venga scoperta, Y è il 'lucro' scaturente dalla violazione, F è la sanzione e ' c ' i costi della sanzione cui il soggetto agente è onerato laddove venga scoperto. In ' c ' includono, ad esempio, i costi di assistenza legale nel procedimento, il discredito reputazionale derivante dalla condanna, gli oneri connessi all'eventuale risarcimento del danno nei confronti dei soggetti pregiudicati dalla violazione. Se il soggetto non viene scoperto, il suo guadagno sarà quantificabile in Y , mentre, al contrario, laddove venga scoperto, al guadagno derivante dalla violazione occorrerà sottrarre la sanzione F .

⁵ M. BLOCK & G. SIDAK, *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?*, 68 GEO. L.J. 1131 (1980).

⁶ W. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, vol. 30, n. 2, 2007, p. 197 ss.

⁷ Gli agenti economici, peraltro, avrebbero difficoltà ad accettare che l'ammontare di una sanzione inflitta per un comportamento dipenda dalla incerta probabilità di scoprire il comportamento stesso, come affermato da D. SCHKADE, C.R. SUNSTEIN & D. KAHNEMAN, *Do People Want Optimal Deterrence?*, (John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper No. 77, 1999).

⁸ C. AUBERT, P. REY & W. KOVACIC, *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, 24 INT'L J. INDUS. ORG. 1264 (2006); P. REY, *Towards a Theory of Competition Policy*, in *ADVANCES IN ECONOMICS AND ECONOMETRICS: THEORY AND APPLICATIONS-EIGHT WORLD CONGRESS* (Cambridge Univ. Press 2003); Y. KATSOUACOS & D. ULPH, *Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges*, 123 ECON. J. F558 (2013); J.M. CONNOR-R.H. LANDE, *THE SIZE OF CARTEL OVERCHARGES: IMPLICATIONS FOR US AND EU FINING POLICIES*, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 51, n. 4, 2006, p. 983 ss.

⁹ P. BUCCIROSSI & G. SPAGNOLO, *supra* nota 5.

derivante dall'attività collusiva (o, indirettamente, al sovrapprezzo praticato); altri autori studiano l'efficacia di sanzioni basate sul fatturato in contrapposizione a quelle basate sul danno in funzione della struttura del mercato rilevante¹⁰. Ancora, ci si interroga: sulla deterrenza intesa come *ex ante effectiveness* analizzando la riduzione dei margini di profitto nell'industria interessata dalle sanzioni¹¹; sull'opportunità che fattori soggettivi e comportamentali influenzino l'ammontare delle sanzioni¹²; sull'opzione di introdurre sanzioni penali oltre che amministrativo-pecuniarie¹³.

In questo quadro di complessità, la Commissione Europea ha emanato nel 1998 i primi Orientamenti per il calcolo delle ammende, poi aggiornati nel 2006¹⁴ per correggere alcune criticità emerse in sede di attuazione. Gli Orientamenti rappresentano un importante momento di sintesi tra il portato della letteratura economica in materia di *optimal fine* e la ultratrentennale prassi attuativa di Commissione Europea e Corte di Giustizia. Nella prospettiva di “*second best*” che caratterizza l'attività attuativa, le *Guidelines* del 2006, da un lato, prevedono criteri generali volti a garantire una trasparente attività sanzionatoria; dall'altro lato, recepiscono criteri più specifici e *feasible* che valorizzano i portati della letteratura in prospettiva attuativa. Un esempio di questo approccio è il par. 31: in esso, è previsto che il parametro per la commisurazione delle ammende (*i.e.* il fatturato sul mercato rilevante) ceda il

¹⁰ S. SOUAM, *Optimal Antitrust Policy Under Different Regimes of Fines*, 19 INT'L J. INDUS. ORG., 1 (2001). L'autore deduce che, laddove il mercato sia particolarmente concentrato il modello sanzionatorio efficiente è strutturato sulla base dei danni inflitti ai consumatori (*i.e. damage based fines*). Al contrario, in mercati polverizzati l'approccio sanzionatorio dovrebbe essere ancorato al fatturato.

¹¹ M. BLOCK, F. NOLD & G. SIDAK, *The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement*, 89 J. POL. ECON. 429 (1981); all'interno di una disamina sui programmi di clemenza rispetto all'andamento del ciclo economico, trattano il tema anche M. MOTTA, M. POLO, *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, 21 INT'L J. INDUS. ORG., 347 (2003).

¹² Come sostenuto in A. VON HIRSCH *et al.*, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Oxford: Hart Publishing, 1999, altri fattori, quale i contesti culturale e di gruppo, incidono sull'ammontare efficiente (*i.e.* con efficacia deterrente e il minimo del sacrificio del soggetto passivo) della sanzione.

¹³ G.J. WERDEN-M.J.SIMON, *Why price fixers should go to prison* (Winter 1987), *The Antitrust Bulletin*, p. 917 ss.; P. BUCCIROSSI-G. SPAGNOLO, *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still Go to Prison?*, in *The Political Economy of Antitrust* (Vivek Goshal & Johan Stennek eds., Elsevier, 2007).

¹⁴ *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, par. 2, lett. a), del Regolamento CE 1/2003*, 2006/C 210/02.

passo al profitto illecito conseguito, nei casi in cui sia possibile stimarlo.

Ulteriore elemento di distanza rispetto alla *optimal fine* è la previsione di un *sanction cap*, nella misura del 10% del fatturato globale dell'impresa. A questo proposito, Pardolesi (2008)¹⁵, osservando le sanzioni irrogate nel quinquennio 2002-2007 dalla Commissione europea, sostiene che le ammende siano state di gran lunga calmierate rispetto al livello di deterrenza ottimale. Per raggiungerlo, infatti, avrebbero dovuto attestarsi ad un importo di sei o sette volte superiore all'effettivo valore comminato, ma tale approccio avrebbe sovente determinato il superamento del limite legale del 10% del fatturato¹⁶. A simili conclusioni giungono anche numerosi altri autori¹⁷. Rispetto a tali studi, tuttavia, si rileva che l'introduzione degli Orientamenti del 2006 ha dato il via ad un significativo inasprimento delle sanzioni¹⁸.

3. La pratica continentale dell'enforcement: le Linee Guida antitrust

3.1 Orientamenti e Linee Guida: introduzione e differenze

Nel paragrafo precedente si è fatto cenno agli Orientamenti europei del 2006¹⁹, tutt'ora vigenti. A livello nazionale, l'AGCM ha dato seguito alla tradizione europea emanando nel 2014 le proprie Linee Guida²⁰.

¹⁵ R. PARDOLESI, *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 201 ss.

¹⁶ V. A. GIANNACCARI, *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale) castigo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, vol. 3/2013, p. 476 ss.

¹⁷ M. MOTTA, *Antitrust Fines in Times of Crisis*, CEPR Discussion Paper no. DP9290, January 2013, disponibile al link: <http://ssrn.com/abstract=2210260>; E. COMBE & C. MONNIER, *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement*, Cahiers de Recherche PRISM-Sorbonne Working Paper, 2009; C. VELKANOVSKI, *Cartels Fines in Europe: Law Practice and Deterrence*, World Competition, 2007, p. 29 ss.; J.M. CONNOR, *Optimal Deterrence and Private International Cartels*, Working Paper, Purdue University, 2006; A. GIANNACCARI, C. LANDI, *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va nella città dolente*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, p. 225 ss.

¹⁸ Nel giro di 5 anni, la sanzione media è passata da 20 milioni di € (1999-2004) a 46 milioni di € (2005-2009), mantenendosi a un livello simile anche nel quinquennio successivo, come emerge dalle statistiche della DG Concorrenza e descritto in D.H. GINSBURG, J.D. WRIGHT, *Antitrust Sanctions*, Competition Policy International, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, 2010.

¹⁹ Per una panoramica dei criteri delineati dagli Orientamenti, v.: BARBIER DE LA SERRE, E. LAGATHU, *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, in *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 4, 2013; P. VAN CAYSELE-P.D.N. CAMESASCA-K. HUGMARK, *The EC Commission's 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Over-Deterrence*, in *Antitrust Bulletin*, vol. 53, n. 4, 2008, p. 1083 ss.; W. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal*

La sostanziale similarità della metodologia di calcolo prevista dai due testi consente una trattazione congiunta, con successivi rimandi in nota e tabella per le principali differenze.

Il procedimento di determinazione della sanzione si struttura in due stadi: determinazione dell'importo di base ed applicazione (eventuale) degli adeguamenti. Nella (1) e nella (2) si descrivono i principali elementi della sanzione:

$$S = (I^B + E^F) + A + B \pm C \quad (1)$$

$$I^B = [F * K] * D. \quad (2)$$

Nella (1), I^B , è l'importo di base, E^F , è l'eventuale *entry fee*, A e B , sono rispettivamente le aggravanti e le attenuanti, e C , gli ulteriori adeguamenti; nella (2), F , è il fatturato sul mercato rilevante, K , è una percentuale, variabile tra lo 0 e il 30% a seconda della gravità dell'infrazione e D , è la durata dell'infrazione, calcolata in giorni, mesi e anni²¹.

Al fine della determinazione dell'importo di base, assume importanza centrale il concetto di «gravità» dell'infrazione, individuata sulla base di specifici parametri: la natura dell'infrazione; la quota di mercato aggregata delle imprese interessate; l'eventuale attuazione della pratica illecita²². In caso di condotte particolarmente gravi è possibile aggiungere all'importo di base un ammontare supplementare – “*entry fee*” – compreso tra il 15 e il 25% del fatturato nel mercato rilevante²³.

and Economic Analysis, cit., p. 197 ss. Per un'analisi dell'architettura sanzionatoria europea, basti considerare D. GERARDIN, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, TILEC Discussion Paper No. 2011-052, October 2011, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1937582>.

²⁰ *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della L. n. 287/1990*, in “*Boll.*”, n. 42/2014.

²¹ Sebbene il testo degli Orientamenti preveda che la durata sia arrotondata per eccesso al semestre successivo, per prassi innovativa la Commissione calcola esattamente il periodo dell'infrazione. Le Linee Guida nostrane prevedono invece la durata esatta.

²² A questi parametri, nel testo europeo si aggiunge l'estensione geografica dell'infrazione (per cui la Commissione valuterà più severamente condotte illecite transnazionali), mentre in quello italiano si aggiungono gli effetti della condotta sul mercato (mostrando con ciò di tenere maggiormente in considerazione tematiche del welfare).

²³ Si segnala qui una diversa discrezionalità nella determinazione dell'*entry fee*: se la Commissione «*inserirà*» perentoriamente la quota compresa tra il 15 e il 25%, l'Autorità «*potrà considerare opportuno*» l'inserimento dell'ammontare aggiuntivo, con un'evidente maggiore

Il secondo stadio del procedimento prevede gli adeguamenti dell'importo di base, al fine di ponderare le circostanze (aggravanti e attenuanti), gli aumenti specifici a fini di deterrenza e le riduzioni.

Tra le prime, si annoverano: il ruolo di “capofila” o “istigatore”; il rifiuto di cooperare e l'ostruzionismo²⁴; la recidiva, per la quale l'aumento è effettuato nella misura massima del 100% per ogni infrazione precedente. Le attenuanti, invece, consistono: nella prova della fine delle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi dell'Autorità; nella prova che l'infrazione sia stata commessa per negligenza (*i.e.* non per dolo); nella partecipazione marginale alla condotta vietata, purché l'impresa provi di aver mantenuto *de facto* un comportamento concorrenziale sul mercato; nell'autorizzazione o incoraggiamento della condotta da parte delle autorità o della legge²⁵.

Gli *aumenti specifici* della sanzione permettono di realizzare un livello di deterrenza adeguato in due casi: quando il fatturato globale dell'impresa sia particolarmente elevato, confrontato con quello relativo al mercato di riferimento²⁶ e nei casi in cui l'Autorità irrogante sia in grado di stimare l'entità del guadagno illecito.

La somma, infine, soggiace al limite complessivo del 10% del fatturato globale dell'impresa nell'esercizio contabile precedente all'emanazione del provvedimento.

Verificato il rispetto del limite del 10%, seguono gli eventuali ulteriori adeguamenti: la riduzione della sanzione per mancanza di capacità contributiva, riconosciuta laddove l'applicazione rigorosa dei dettami normativi in tema di

libertà nella valutazione. Le Linee Guida prevedono peraltro che l'incremento dell'importo di base trovi applicazione unicamente con riferimento «*alle più gravi restrizioni della concorrenza*», mentre gli Orientamenti riferiscono tale previsione agli «*accordi orizzontali di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione*». Il maggior rilievo riconosciuto al giudizio di opportunità dell'AGCM sembra trovare spiegazione alla luce del fatto che gli Orientamenti UE non fanno parola delle «*più gravi restrizioni della concorrenza*», ma riferiscono la perentorietà alle ipotesi appena descritte, mentre viene riservata la possibilità di «*applicare tale importo supplementare anche ad altre infrazioni*».

²⁴ Il testo europeo non prevede una percentuale di riferimento per l'aumento, presente invece in quello nazionale, in cui è pari al 15% dell'importo di base, per singola circostanza, e al 50%, per il cumulo di circostanze attenuanti e/o aggravanti che reputa sussistere.

²⁵ Il testo nazionale prevede l'ulteriore attenuante dell'adozione di un programma di *compliance*.

²⁶ Anche in questo caso, il testo europeo non specifica percentuali, mentre in quello nazionale è pari al 50%.

sanzione pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa²⁷; la riduzione ai fini di clemenza, per la quale si applicano le norme sul trattamento favorevole.

Nella sottostante Tabella 1 vengono messi a confronto gli Orientamenti europei e le Linee Guida nazionali.

Orientamenti UE Linee Guida AGCM		
Stadio 1: determinazione dell'importo di base		
Natura dell'infrazione	✓	✓
Quota di mercato aggregata	✓	✓
Ampiezza del contesto geografico	✓	X
Attuazione delle pratiche illecite	✓	✓
Rilevanza dell'impatto delle condotte sul mercato considerato	✓	✓
Considerazione del periodo esatto di durata dell'infrazione	X nel testo, ma ✓ per prassi	✓
<i>Entry fee</i>	15% < e.f. < 25%	15% < e.f. < 25%
Criteri di calcolo per il fatturato delle associazioni di imprese	Somma dei fatturati delle imprese aderenti	Quote associative versate
Criterio specifico per casi di <i>bid rigging</i>	X	✓
Criterio specifico per concorso di illeciti	X	✓
Possibilità di utilizzare metodi di calcolo alternativi al fatturato sul mercato rilevante	✓ (per clausole generali)	✓ (previsione di sistemi di calcolo alternativi)

²⁷ Sul punto, la prassi della Commissione è stata recepita anche dall'AGCM. Entrambe tendono, infatti, a sottoporre a scrutinio: (i) i rendiconti finanziari degli ultimi anni (risalenti di solito agli ultimi cinque esercizi finanziari), nonché le previsioni per l'anno in corso e per gli anni seguenti (di norma i due successivi); (ii) i parametri che misurano la solidità finanziaria, la redditività, la solvibilità e la liquidità; (iii) le relazioni dell'impresa con i partner finanziari esterni (in particolare, la capacità di accedere a finanziamenti e mantenere le linee di credito già in essere) e gli azionisti, anche non di controllo (di norma, con una partecipazione pari o superiore al 10%), a prescindere dall'accertamento della loro responsabilità, al fine di valutare l'affidamento di questi ultimi nei riguardi dell'efficienza economica dell'impresa e la loro propensione a fornire il necessario supporto finanziario.

Stadio 2: Adeguamenti dell'importo di base		
<i>Aggravanti ordinarie esemplificate</i>	Nessun limite esplicito	Max. +50% totale, max. +15% \forall circostanza
Rifiuto di cooperare e ostruzionismo	✓	✓ (max. 15%)
Ruolo di capofila/istigatore	✓	✓ (max. 15%)
<i>Aggravante speciale</i>	Fino a +100% \forall infraz. precedente	Fino a +100% \forall infraz. precedente
Recidiva	✓	✓
<i>Attenuanti esemplificate</i>	Nessun limite esplicito	Max. -50% totale, max. -15% \forall circostanza
Fine immediata dell'infrazione	✓	✓
Negligenza	✓	✓
Partecipazione marginale	✓	✓
Collaborazione <i>ultra legem</i>	✓	✓
Facilitazione di matrice pubblicitica (autorizzazione, incoraggiamento)	✓	✓
Adozione di un programma di <i>compliance</i>	X	✓
<i>Aumenti specifici</i>		
Fatturato particolarmente elevato	✓	✓ (fino a +50%)
Possibile stima del profitto illecito	✓	✓
<i>Riduzioni</i>		
Mancanza di capacità contributiva	✓	✓
Ai fini di clemenza	✓	✓

Analizzando gli approcci in ottica congiunta è possibile distinguere tra meri recepimenti della prassi europea, differenze di dettaglio su alcune fattispecie e disposizioni redatte interamente *ex novo*.

Nel primo gruppo si fa rientrare la previsione, già evidenziata *supra*, volta a moltiplicare l'importo base per gli anni (mesi e giorni) effettivi di durata dell'infrazione.

Tra le differenze di dettaglio si annotano le seguenti.

Nell'ambito dell'applicazione delle circostanze attenuanti e aggravanti, l'AGCM limita la propria discrezionalità stabilendo un aumento o riduzione del 15% dell'importo di base, per singola circostanza, e del 50% nel caso di cumulo di circostanze²⁸. Similmente, quando il fatturato globale dell'impresa è particolarmente elevato (al di fuori dello specifico mercato di riferimento dell'infrazione), l'incremento massimo è del 50% della sanzione. Inoltre, come già segnalato, le Linee Guida non includono il criterio legato all'estensione geografica dell'infrazione, e presentano una diversa discrezionalità nell'applicazione dell'*entry fee*.

Gli aspetti innovativi della disciplina nazionale, infine, possono così riassumersi. Il primo riguarda il criterio di calcolo del fatturato per le associazioni d'impresa, che in Italia viene determinato a partire dalle quote associative versate (diversamente da quanto accade in sede europea dove rileva la somma dei fatturati delle imprese aderenti): si tratta di un criterio di calcolo di favore per le imprese, adottato in una pluralità di casi contro gli ordini professionali²⁹. Il secondo concerne l'effettivo impatto economico dell'infrazione ai fini della qualificazione della gravità del danno, ininfluente

²⁸ La prassi applicativa e la giurisprudenza non sembrano però in linea con questa scelta, posto che Agcm e Giudici amministrativi hanno sempre prediletto la possibilità di variare il peso di aggravanti e attenuanti in funzione del caso specifico e della condotta dell'impresa coinvolta. Tra i molti, si vedano a livello nazionale i provv. 11-6-2013, I743, *Tariffe traghetti da/per la Sardegna*, ove la limitata partecipazione all'intesa ha comportato una riduzione del 60%; provv. 22-2-2012, I733, *Servizi di agenzia marittima*, ove tre società hanno ottenuto una riduzione del 20% in ragione dell'interruzione della partecipazione alle riunioni di cartello, e provv. 9-5-2013, A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, ove è stata riconosciuta una riduzione tra il 20 e il 30% dell'importo di base.

²⁹ Si vedano, tra gli altri, i procedimenti cod. I706 – *Ordine dei Medici chirurghi e odontoiatri della Provincia di Bolzano*; I713 – *Consiglio Nazionale dei Geologi*; I747 – *Consiglio Notarile di Lucca*; I748 – *Consiglio Nazionale Forense*; I749 – *Consiglio Notarile di Milano*; I750 – *Consiglio Notarile di Bari*; I753 – *Consiglio Notarile di Verona*.

nelle indagini della Commissione. In tale fattispecie, infatti, il testo delle Linee Guida risulta più innovativo di quello europeo, rimanendo quest'ultimo ancorato a una valutazione meramente prospettica in sede di commisurazione dell'ammenda. Il terzo riguarda i criteri previsti per la determinazione del fatturato in caso di comportamenti collusivi in sede di partecipazione a gare d'appalto³⁰. Il quarto, infine, si applica in presenza di un concorso formale o materiale di più illeciti, e prende le mosse dalla disciplina penalistica di cui alla Legge n. 689/1981: se la stessa condotta viola due disposizioni diverse, la sanzione applicabile è quella prevista per la violazione più grave, aumentata fino al triplo; se più condotte violano più volte una o una pluralità di norme, si comminano tante sanzioni quante sono le violazioni accertate³¹.

3.2 Il ruolo delle guidelines tra Autorità e giudice amministrativo: la discrezionalità tecnica

Il complesso di *guidelines* appena tratteggiato fornisce la cornice metodologica indispensabile per ancorare l'ampia discrezionalità tecnica di cui gode l'Autorità a una serie di parametri che qualora elusi, metterebbero in discussione la stessa capacità della sanzione di raggiungere una deterrenza di "second best". Per tali ragioni, l'aderenza a tale architrave nell'attività di (ri)determinazione giudiziale della sanzione verrà considerata, nell'analisi dei casi condotta nel presente lavoro, come il confine tra discrezionalità *tecnica* e discrezionalità *metodologica*. Viste le rilevanti implicazioni che ne derivano in termini di analisi se ne discutono, qui di seguito, le differenze.

La discrezionalità *tecnica*, secondo la tradizionale nozione di diritto

³⁰ In prima istanza viene calcolato a partire dal valore degli importi oggetto di aggiudicazione o affidamento diretto; in alternativa – allorché, ad esempio, il mercato rilevante risulti più ampio della gara presa in esame – in base al valore delle vendite relativo all'intero mercato del prodotto o del servizio offerto.

³¹ A tal riguardo, merita segnalare che la disciplina del concorso formale si appunta sull'importo sul quale dovrebbe trovare applicazione il massimo edittale di cui all'art. 15, comma 1, Legge n. 287/1990. In ragione dell'attitudine, da parte dell'Agcm, a coinvolgere nel procedimento unicamente la società direttamente responsabile dell'infrazione, il limite del 10% del fatturato totale è, di norma, tale da impedire un'adeguata efficacia dissuasiva alla sanzione finale.

amministrativo³², consiste nel ricorso a cognizioni tecniche o scientifiche, non appartenenti alle cc.dd. «scienze esatte» e aventi carattere specialistico, per l'esame di un fatto rilevante per l'esercizio del potere pubblico. Nel caso dell'*antitrust*, la discrezionalità tecnica si estrinseca prevalentemente in due fasi: la prima è quella della qualificazione del fatto nei termini binari di gravità/non gravità. Se il fatto è qualificato «grave», l'irrogazione della sanzione è doverosa, e si procederà con la seconda fase, consistente nell'attività di quantificazione della stessa. Pur avendo ampi margini di valutazione, la determinazione della sanzione è vincolata da norme appartenenti a molteplici livelli gerarchici: Trattati dell'Unione Europea, Regolamenti europei (Reg. CE n. 1/2003) e norme correlate, leggi dello Stato (L. n. 689/1981 e L. n. 287/1990), fino a giungere alle Linee Guida emanate dall'Autorità stessa, espressione quest'ultime di un atto di auto-regolazione vincolante.

Il complesso normativo di Orientamenti e Linee Guida fissa un *common framework* affinché il giudizio “tecnico” riservato alle Autorità sia procedimentalizzato e segua una metodologia uniforme, rispondendo, così, a fondamentali esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e di rispetto del principio della parità di trattamento. Ciò non esclude, tuttavia, che le stesse Linee Guida consentano all'Autorità di discostarsi dalla metodologia *standard* in casi particolari³³. Qualora ciò accada, si renderà, perciò, necessaria un'analisi del caso concreto e una motivazione specifica sul punto, che giustifichi il ricorso a criteri alternativi.

Passando, poi, al sindacato del giudice amministrativo che, come noto, è esteso al merito della sanzione, il discorso si fa, se possibile, più complesso. Suscita non poche perplessità l'anomalia di continuare ad attribuire al Giudice un sindacato di merito sulla sanzione senza correlativamente riconsiderare il perimetro della sua cognizione sul fatto³⁴, limitato, finora, alla verifica che il

³² Ex multis: F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, p. 1460, 2011.

³³ Al punto 37 degli Orientamenti e in vari punti delle Linee Guida, sono presenti clausole di carattere generale che permettono alle autorità antitrust di derogare alla metodologia predeterminata in caso di necessità. In tali casi, tuttavia, sussiste un onere di motivazione aggiuntiva, che dia conto delle ragioni di tale distanziamento.

³⁴ Suscitano ulteriori perplessità le modalità di intempestiva introduzione, nell'art. 7, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di una descrizione legale del sindacato sul fatto del giudice

provvedimento non esorbiti dal margine di opinabilità presente nei profili tecnici valutati³⁵. Il sindacato sul fatto è quindi «intrinseco», *i.e.* utilizza le stesse tecniche dell’Autorità, ma tendenzialmente «non sostitutivo», ossia il Giudice non può sostituire le proprie valutazioni a quelle dell’Autorità qualora il provvedimento non sia esorbitante rispetto ai margini di opinabilità presenti nei profili tecnici. Non può sfuggire, tuttavia, che la valutazione tecnica del fatto sia indissolubilmente legata all’ammontare della sanzione, sulla quale il sindacato attiene al merito, *i.e.* consente una piena sostituzione all’AGCM. Ci si chiede quindi: è ragionevole che il Giudice abbia un potere sulla sanzione più ampio di quanto non sia il correlato potere sul fatto? Ancora: nel caso di accertamenti che rientrano nel citato margine di opinabilità, è ragionevole che il Giudice abbia il potere di rideterminare esclusivamente al ribasso la sanzione pur non potendo sostituire il proprio apprezzamento sul fatto a quello dell’Autorità?

Ci s’interroga, ora, sulle modalità di estrinsecazione del sindacato di merito: v’è chi sostiene³⁶ che, vista la pienezza del sindacato sulla sanzione, il complesso normativo di Orientamenti e Linee Guida andrebbe considerato *tamquam non esset*. Sul punto, è lecito sollevare più di qualche dubbio. Se, nell’esercizio del proprio scrutinio di merito, il Giudice può sostituirsi all’Autorità per rideterminare la sanzione, ciò non implica, tuttavia, che non incontri alcun limite. Poiché il potere di cui si tratta è «sostitutivo»³⁷, dovrebbe

amministrativo. L’art. 7, secondo periodo, recita: «*Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima.*», con ciò lasciando inspiegabilmente fuori dalla previsione normativa i profili tecnici che presentano un margine di opinabilità, che sono quelli su cui maggiormente si dibatte.

³⁵ Superata la questione relativa alle vetuste categorie di sindacato forte/debole, la giurisprudenza ha individuato nuovi equilibri. Un recente esempio si trova, *ex multis*, in Cass. civ., Sez. Un., n. 1013/2014, e Cons. St., sez. VI, n. 740/2017, in cui si afferma che, al sindacato pieno sul merito della sanzione si accompagna un sindacato sul fatto che si estende ai profili tecnici il cui esame sia necessario per valutare la legittimità del provvedimento: il sindacato deve limitarsi alla verifica che il provvedimento non abbia esorbitato dal margine di opinabilità eventualmente presente nei profili tecnici. Qualora il margine non sia stato travalicato, il Giudice non potrà sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità.

³⁶ Si veda ad es. R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale* in Giur. comm. 2013, pag. 340, fasc. 2. Occupandosi di tutela giurisdizionale avverso le sanzioni AGCM, non menziona gli Orientamenti europei tra gli strumenti idonei a orientare il Giudice amministrativo.

³⁷ Cfr. R. GIOVAGNOLI, testo scritto della Relazione tenuta al Convegno “*Le Autorità E-PFRP N. 33*”

incontrare gli stessi limiti cui soggiace il potere dell'AGCM.

Ora, poiché l'Autorità si è auto-vincolata all'applicazione delle Linee Guida, allo stesso modo il Giudice, seppur non obbligato, dovrebbe applicarle, salvo che, investito della questione, ne determini l'illegittimità³⁸. In termini generali, dunque, non si intende affermare che il Giudice sia vincolato al rispetto integrale di un mero atto di *soft law*.

Si deve valorizzare il fatto che anche il Giudice beneficia di tutte le clausole che espandono la discrezionalità tecnica in deroga ai parametri predeterminati. In tali casi, tuttavia, è richiesta una motivazione rafforzata e specifica sulle ragioni dell'eventuale disallineamento, che dia pienamente atto delle circostanze eccezionali che rendono necessaria tale ri-espansione dello scrutinio in favore dell'organo giurisdizionale.

Una conferma di quanto esposto si ha proprio nel frequente riferimento alle linee guida operato da parte della giurisprudenza più recente. Tali richiami, infatti, risulterebbero superflui laddove non si volesse attribuire alle stesse un ruolo di affidabile e robusta bussola metodologica.

Così descritto il problema del sindacato sulle sanzioni, con discrezionalità *metodologica* s'intende tratteggiare una categoria residuale, che racchiude tutti i casi in cui, nell'esercizio del potere di rideterminazione, il Giudice abbia applicato una metodologia che non rientra in quella prevista dalle linee guida senza specificare dettagliatamente le ragioni giustificative di tale scelta in motivazione. Con ciò si sottolinea che, nell'attività ordinaria e nel rispetto del suo pieno sindacato di merito, l'ampiezza del potere decisionale del Giudice non dovrebbe spingersi fino a mettere in discussione il quadro metodologico di determinazione della sanzione applicato dall'Autorità.

4. *Data section*

I dati utilizzati dal presente lavoro sono stati tratti dagli archivi

amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", tenutosi presso la sede del Consiglio di Stato, il 28 febbraio 2013. L'autore sostiene che il sindacato di merito del giudice amministrativo sulle sanzioni incontrerebbe i medesimi limiti imposti all'AGCM.

³⁸ Le questioni di illegittimità delle Linee Guida finora sollevate non hanno avuto riscontri positivi da parte del Giudice, né in primo né in secondo grado.

dell'AGCM e del T.A.R. Lazio. Il dataset è stato costruito per impresa sanzionata, muovendo dall'analisi di ciascun provvedimento antitrust, al fine di addivenire ad un esame puntuale della ratio del giudice amministrativo nei casi in cui procede alla rideterminazione della sanzione.

Il campione iniziale di riferimento (Tab. 2 e 3) è costituito da n. 524 sanzioni dell'AGCM, riguardanti casi di intesa restrittiva della concorrenza e abuso di posizione dominante, comminate nel periodo 2000-2015. Di queste, n. 415 sono state oggetto di scrutinio giurisdizionale, pari a una percentuale complessiva di propensione al ricorso del 79.2%. In n. 119 casi, pari al 28.7% dei ricorsi, la sanzione amministrativa è stata rideterminata all'esito del giudizio. Si evidenzia, in ogni caso, che sono stati esclusi dall'esame quei casi in cui la sanzione viene integralmente annullata (n. 97, per una percentuale del 23,3% dei ricorsi). La selezione del campione deriva dalla necessità di approfondire la *ratio* e la tecnica che animano il giudice amministrativo nei soli casi di modifica dell'ammontare della sanzione. In ogni caso, laddove si considerino congiuntamente i casi di rideterminazione in riduzione e annullamento della sanzione la percentuale delle sanzioni incise è di circa il 52%.

Si procederà a passare in rassegna, quindi, n. 119 sanzioni oggetto di rideterminazione all'esito dello scrutinio in primo grado, ossia quelle rideterminate direttamente dal T.A.R. e quelle rideterminate dall'Autorità sulla base di quanto stabilito in quest'ultime pronunce. Ogni osservazione, pertanto, si riferisce ad una sanzione comminata a un'impresa per condotte relative ad un'intesa restrittiva o un abuso di posizione dominante. Nel dataset (disponibile su richiesta), per ogni caso sono riportati sia gli elementi principali del procedimento dinanzi all'Autorità (*i.e.* la durata del procedimento, la tipologia della violazione, l'ammontare della sanzione, il settore di attività economica del soggetto, la dimensione dell'impresa) sia le vicende relative al ricorso dinanzi al giudice amministrativo in primo grado (*i.e.* l'ammontare della sanzione rideterminata, la motivazione principale del provvedimento giurisdizionale e l'esito del ricorso).

Tab. 2: La popolazione statistica di riferimento		
Numero sanzioni analizzate	524	100%
Sanzioni oggetto di ricorso	415	79,2%
Totale sanzioni incise in primo grado	216	52%
Di cui:		
- Ordinata la rideterminazione in I grado	119	28,7%
Di cui: <i>Effettivamente rideterminate all'esito del giudizio di I grado</i>	65	12,4%
- Annullate in I grado	97	23,3%

Tab. 3: Sanzioni effettivamente rideterminate all'esito del giudizio di primo grado		
	Numero di osservazioni	Riduzione media
Rideterminate dal T.A.R.	39	49,3%
Rideterminate dall'Agcm <i>con remand senza discrezionalità</i>	22	31,9%
Rideterminate dall'Agcm <i>con remand e con discrezionalità</i>	4	38,4%

5. *Approccio metodologico*

L'obiettivo del presente studio è verificare i metodi e i percorsi argomentativi seguiti dal T.A.R. nella rideterminazione delle sanzioni, valutando i profili di coerenza con la discrezionalità dell'AGCM. Si è inteso analizzare i procedimenti di rideterminazione della sanzione a livello qualitativo, valutandoli

in termini sia formali (a seconda dell'organo che ha concretamente proceduto alla rideterminazione) sia sostanziali (verificando il nesso tra causa di rideterminazione e tecnica utilizzata).

Tale analisi si propone di verificare eventuali discrasie tra i due organi, in termini di metodologia di valutazione, circa i criteri cui attenersi per (ri)determinare la sanzione. L'eventuale accertamento dell'applicazione di strumenti giuridici e percorsi argomentativi difformi nella quantificazione della sanzione disvelerebbe, infatti, il rischio di un *vulnus* nella funzione di *public deterrence* esercitata dall'ammenda. In altre parole, il giudice amministrativo che, in sede di valutazione dei ricorsi giurisdizionali, mancasse di applicare i principi e i criteri di calcolo dettati dagli Orientamenti³⁹, senza adeguatamente motivarne le ragioni, finirebbe inevitabilmente con l'incidere sull'efficacia deterrente della sanzione. Laddove, poi, alla difformità metodologica si aggiungesse anche un approccio erratico, un'incertezza sulle tecniche seguite dal T.A.R. nella rideterminazione distorcerebbe anche la propensione a ricorrere avverso le decisioni AGCM⁴⁰.

Le valutazioni operate dal Giudice possono avere un profondo impatto sul percorso logico sottostante ciascun provvedimento sanzionatorio. Se, ad esempio, l'organo giudicante dovesse ravvisare la mancanza di un elemento (centrale, in termini di rilevanza, nella determinazione dell'importo irrogato), il cui peso percentuale sull'ammontare complessivo della sanzione non è specificato, l'operazione di rideterminazione non sarebbe automatica e immediata, ma complessa e tecnica. Per procedere a una nuova quantificazione, quindi, bisognerebbe ripercorrere le linee argomentative sulla cui base si è addivenuti alla determinazione originaria e valutare lo specifico valore da attribuire al passaggio della catena argomentativa posto in discussione.

Così descritti i rischi impliciti di un eventuale scarso gradiente di trasparenza in sede di rideterminazione delle sanzioni dinnanzi al giudice

³⁹ In considerazione dell'orizzonte temporale dell'analisi condotta (2000-2015), l'analisi di coerenza metodologica si riferisce nella quasi totalità dei casi alla verifica dell'applicazione degli Orientamenti. L'AGCM, infatti, ha emanato le proprie Linee Guida soltanto nel 2014.

⁴⁰ A tal proposito, si noti che l'80% circa delle decisioni antitrust nazionali subisce un ricorso giurisdizionale.

amministrativo, si analizzerà la prassi decisionale del T.A.R. avendo riguardo alla tecnica e al percorso argomentativo utilizzati per ridurre le sanzioni dell'AGCM.

La rideterminazione della sanzione, a valle di pronuncia, viene attuata secondo tre modalità che emergono nella prassi giurisdizionale: dal T.A.R. direttamente, dall'AGCM con riesercizio della discrezionalità amministrativa (*i.e.*, consentendosi, così, una rivalutazione complessiva degli elementi costitutivi della sanzione) e a opera dell'AGCM in difetto di qualsivoglia riesercizio della discrezionalità amministrativa (*i.e.*, aderendo a direttive di dettaglio che vietano qualsiasi attività interpretativa/innovativa del giudicato da parte dell'Autorità).

L'approccio seguito muove dal singolo procedimento *antitrust* per poi concentrarsi sui ricorsi proposti dalle imprese. In primo luogo, si procede a una ricostruzione del fatto e dei criteri di determinazione della sanzione applicata dall'AGCM, con particolare attenzione al ruolo rivestito dalle *guidelines* e all'eventuale presenza di aggravanti, attenuanti o adeguamenti della sanzione. Dall'analisi dei ricorsi, successivamente, si enuclea la causa di rideterminazione sostenuta nell'*iter* logico del giudice amministrativo ponendola in relazione con la metodologia di calcolo scelta. Senza entrare nel merito delle decisioni del Giudice in relazione al fatto, ci si è interrogati – caso per caso – se la *ratio* adottata in sede di calcolo sia allineata ai criteri delle *guidelines*. I casi in cui gli argomenti proposti dal giudice amministrativo non poggiano sulle linee guida in assenza di esplicita motivazione sul punto, pertanto, vengono classificati nell'alveo della discrezionalità metodologica. Gli altri casi di ridetermina, invece, vengono classificati nell'ambito dell'attività di discrezionalità tecnica svolta nel *common framework* attuativo delle linee guida.

6. *Analisi dei casi*

Il numero totale di osservazioni, rappresentato dai casi nei quali il TAR ridetermina, direttamente o indirettamente, è di n. 119; di questi, n. 65 sono stati

effettivamente rideterminati all'esito del primo grado del giudizio⁴¹. Come risultato delle evidenze emerse dall'analisi dei casi, si selezionano cinque casi emblematici dell'evoluzione nel tempo delle *rationes decidendi* e rappresentativi delle principali macro-tendenze riscontrate nell'intero campione.

6.1. *Rideterminazione ad opera del T.A.R.*

La rideterminazione ad opera del T.A.R. è quella statisticamente più frequente, adottata in n. 39 casi, pari al 60% del totale. La decurtazione media della sanzione registrata è del 49,3%. Due casi, tra gli altri, appaiono particolarmente significativi: nel primo (2002) il Giudice opera con criteri sostanzialmente alternativi rispetto al sistema degli Orientamenti del 1998; nel secondo (2013), al contrario, si attiene maggiormente alla metodologia delle *guidelines* (2006). La selezione vuole dare conto della prospettiva diacronica, che registra variazioni particolarmente significative tra il periodo 2000-2009, in cui domina la discrezionalità metodologica, e il periodo 2010-2015, in cui la discrezionalità è prevalentemente tecnica⁴².

6.1.1. *La discrezionalità metodologica in T.A.R. Lazio, sez. I, n. 368/2002, BYK Gulden Italia, Bracco, Nycomed Amershan Sorin, Farmades e Schering c. AGCM*

La sentenza n. 368/2002 ridetermina n. 5 sanzioni presenti nel provvedimento n. 8916 (23-11-2000), relativo al procedimento I337 – *Mezzi di contrasto radiologici non ionici*. L'AGCM aveva ricostruito un'intesa avente ad oggetto la ripartizione del mercato, la fissazione dei prezzi, lo scambio di informazioni e l'alterazione dei meccanismi di gara pubblica, intercorsa tra il 1995 e il 1999 tra le cinque società farmaceutiche indagate (rappresentative

⁴¹ Per i provvedimenti A.G.C.M. numeri: 10831 (8 sanzioni), 12047 (1 sanzione), 13035 (1 sanzione), 13457 (11 sanzioni), 13458 (29 sanzioni), 13752 (2 sanzioni), 14926 (1 sanzione), 15174 (1 sanzione), nonostante la rideterminazione fosse stata disposta all'esito del giudizio di primo grado, l'Autorità ha preferito ricorrere in appello anziché dare esecuzione immediata alla sentenza del T.A.R. Le sanzioni che non hanno ricevuto una rideterminazione all'esito del processo di primo grado sono quindi 54 in totale.

⁴² T.A.R. Lazio, sez. I, nn. 6215/2008, 9171/2009, 9174/2009, 13131/2009, 13134/2009, 3025/2012, 3026/2012, 3028/2012, 3038/2012, 3041/2012; a titolo di eccezione v. *contra* T.A.R. Lazio, sez. I, n. 8674/2013.

dell'intera offerta nel mercato rilevante considerato). In aggiunta, veniva sostenuto che le imprese avessero rifiutato di fornire al CIPE i dati riguardanti il Prezzo Medio Europeo (di seguito, PME) dei farmaci commercializzati, aderendo a un disegno comune⁴³. L'estensione temporale della condotta (4 anni), l'inoppugnabilità dei documenti rinvenuti e la struttura oligopolistica del mercato avevano fatto propendere per un giudizio di estrema gravità. Riferendosi alla normativa nazionale applicabile all'epoca (leggi n. 689/1981 e n. 287/1990)⁴⁴, l'Autorità fissava la sanzione al 5,5% del fatturato sul mercato rilevante, collocandosi appena sopra la metà del massimo previsto dalla legge nazionale.

La sentenza in esame rappresenta l'esempio più significativo di un insieme di casi caratterizzati da una linea argomentativa non pienamente sviluppata in relazione alla tecnica di rideterminazione della sanzione. Pur confermando tutte le risultanze del provvedimento avverso ad eccezione dell'elusione del PME, infatti, il giudice amministrativo deduce la mancanza di proporzionalità della sanzione complessiva e la ridetermina all'1% del fatturato sul mercato rilevante – vale a dire, il minimo previsto dalla legge allora in vigore.

Il Giudice sostiene, in particolare, che la circostanza che tutte le aziende avessero omesso le comunicazioni in tema di PME potesse essere spiegata tramite un «*interesse generico a confermare il vecchio prezzo al pubblico*» e non solo tramite una concertazione. Senza voler entrare nel merito dell'affermazione, si rileva che l'addebito relativo all'elusione del PME rappresentava solo una parte della corposa istruttoria, peraltro non fondamentale per sancire la gravità delle condotte multiple poste in essere.

⁴³ Osservò l'AGCM che, se tempestivamente forniti al CIPE, i dati sul PME avrebbero costretto le imprese ad abbassare i listini italiani; inoltre, da uno dei documenti allegati risultava che un'impresa aveva contezza del fatto che nessuna delle concorrenti avrebbe presentato le informazioni relative al PME e che si sarebbe avviata una procedura negoziata di definizione del prezzo.

⁴⁴ Si rammenta brevemente che la legge n. 287/1990, nel suo testo precedente alla riforma apportata con la legge n. 57/2001, prevedeva una sanzione minima dell'1% del fatturato sul mercato rilevante e una sanzione massima del 10% dello stesso. In questo specifico caso, l'Autorità non effettua un richiamo esplicito alle Linee Guida del 1998 (allora applicabili), ma ne segue la metodologia.

Peraltro, lungi dal giustificare in termini analitici un abbattimento così drastico⁴⁵, il Giudice si limita ad asserire che il contrasto col principio di proporzionalità derivasse «*anche dalla insussistenza [...] del comportamento diretto ad alterare il livello dei prezzi al pubblico*», senza però indicare ulteriori elementi su cui fondare una decurtazione che supera l'80%⁴⁶ della sanzione: nel silenzio della motivazione, la congiunzione «*anche*» a cui ricorre il T.A.R. appare nebulosa.

Sebbene il caso appena descritto sia estremo, se ne riscontrano altri in cui il Giudice, da un lato, non ripercorre le tappe della determinazione della sanzione previste dalle linee guida e dalla legislazione nazionale, dall'altro lato, non motiva esplicitamente le ragioni della decurtazione⁴⁷.

6.1.2 Discrezionalità prevalentemente tecnica: T.A.R. Lazio, sez. I, n. 3038/2012, Geodis Wilson Italia c. AGCM

Bisogna aspettare la sentenza n. 3038/2012, che ridetermina la sanzione comminata a Geodis Wilson Italia s.p.a. a seguito del provvedimento n. 22521 (15-11-2011), procedimento I722 – *Logistica internazionale*, per rinvenire un approccio metodologico più in linea con gli Orientamenti europei. L'AGCM aveva ravvisato elementi probatori atti a dimostrare l'esistenza di un'intesa molto grave, protrattasi per 6 anni nel settore delle spedizioni internazionali; per la ricorrente in questione, era stata riconosciuta l'attenuante della minore

⁴⁵ Nello stesso senso, cfr. F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, fasc. 3-4, pag. 1007: «*La considerevole decurtazione operata alla sanzione inflitta dal Garante non è stata sostenuta da un'indicazione specifica del peso che il difetto di proporzionalità ha avuto sulla ridefinizione dell'importo complessivo della sanzione, fondandosi, piuttosto, su una sintetica rideterminazione verso il basso della somma da versare*»

⁴⁶ Il comportamento diretto ad alterare i prezzi al pubblico era paradossalmente la parte meno influente, nella logica del provvedimento originario. In effetti, veniva a più riprese dimostrato come la massima parte del fatturato fosse rappresentato dalle vendite al Servizio Sanitario Nazionale, mentre i consumatori privati erano pochissimi e del tutto marginali.

⁴⁷ Simili a questo caso, seppure meno eclatanti dal punto di vista della riduzione della sanzione, sono: T.A.R. Lazio, sez. I, n. 14157/2007, n. 5 sanzioni relative al procedimento n. I646 – *Vernici marine*, su cui v. *amplius* la sentenza di appello Cons. St., n. 3189/2012, par. 6, spec.: «*[...] sanzione che il Tar ha abbattuto, in via forfettaria ed equitativa, del 50% dell'importo base*»; T.A.R. Lazio, sez. I, n. 5578/2008, n. 5 sanzioni relative al procedimento I666 – *Gare per la fornitura di dispositivi di stomia*.

assiduità nella partecipazione⁴⁸, oltre che la riduzione per perdite di esercizio. La riduzione complessiva della sanzione per le due circostanze era stata pari al 50%, ma l'AGCM non aveva specificato quanto valesse ciascuna di esse.

In considerazione di questa mancanza, il T.A.R. stigmatizza «*l'oscurità del procedimento in base al quale l'Autorità ha proceduto alla riduzione ed alla maggiorazione degli importi di base delle sanzioni [...] non essendo stato indicato il peso, anche in termini percentuali, attribuito agli elementi di ritenuto rilievo*»⁴⁹. Ciò premesso, calcola che l'assenza dell'impresa ricorrente dalle riunioni si sarebbe protratta per 39 mesi, pari al 60% della durata dell'intesa: poiché le attenuanti applicate sono state pari al 50%, e poiché la percentuale di assenza dalle riunioni è stata del 60%, procede a rivalutare la circostanza dell'assenza e a ridurre la sanzione di un ulteriore 15%.

Si potrebbe opinare sulla mancanza di motivazione della sentenza in ordine alla scelta della percentuale di riduzione applicata, non essendo specificato alcun dettaglio sul calcolo effettuato per giungere a tale risultato, che pertanto appare il frutto di una determinazione equitativa. Tuttavia, si nota che il Giudice ricalca i passi della determinazione originaria, mostrando la *eadem ratio decidendi* dell'Autorità. Alla luce di queste considerazioni, la discrezionalità applicata in questo caso può ritenersi prevalentemente «tecnica», seppur in mancanza di un'argomentazione puntuale sui criteri utilizzati.

6.2. *Rideterminazione ad opera dell'AGCM su ordine del T.A.R., senza che l'AGCM rieserciti la propria discrezionalità amministrativa*

La rideterminazione vincolata è la seconda categoria più numerosa, riscontrata in n. 22 casi, pari al 33,4% del totale. Le sanzioni che seguono questo *iter* vengono ridotte in media del 31,9%. In questi casi, sebbene formalmente la rideterminazione provenga dall'AGCM, il disposto dei provvedimenti di ridetermina è interamente modellato sul contenuto precettivo della sentenza: l'Autorità, pertanto, non dispone di ulteriori margini di discrezionalità per

⁴⁸ Geodis Wilson Italia s.p.a. era infatti stata assente per 39 mesi su 65 di intesa, pari al 60% della sua durata.

⁴⁹ T.A.R. Lazio, sez. I, 29 marzo 2012, n. 3038, par. 16.1.

valutare la fattispecie, e si limita a tradurre il *decisum* del giudice amministrativo in un provvedimento.

Tale modo di procedere, invalso nella prassi a partire dal 2012, rispecchia solo apparentemente una logica di collaborazione istituzionale: se infatti dall'esterno il sistema si presenta all'apparenza virtuoso, poiché il giudice, pur avendo il potere di rideterminare in giudizio, si affida all'AGCM incaricandola di rideterminare la sanzione che ha emanato, in realtà nei casi di specie il T.A.R. vincola completamente l'attività decisoria dell'Autorità, limitandone il ruolo alla mera esecuzione di un'operazione matematica. Dal punto di vista dell'economia processuale, un simile modo di procedere suscita perplessità. In effetti, i maggiori costi amministrativi connessi al *remand* non sembrano giustificati, a fronte di un contenuto innovativo nullo da parte dell'Autorità. Inoltre, un siffatto *modus procedendi* implica la possibilità che il nuovo provvedimento, espressione di attività non valutative meramente ancillari, vada incontro a un ulteriore ricorso, con ciò determinando un'inflazione dei costi e dei tempi del procedimento⁵⁰.

Per ciò che interessa la presente analisi, i tre casi presentati rispecchiano ciascuno un lato della modalità operativa del T.A.R., che si muove sempre in un'ottica di discrezionalità prevalentemente tecnica. Il primo, *L'Oreal* (2012), mostra un'applicazione degli Orientamenti europei. Nel secondo, *Primogest et al.* (2012), il Giudice mostra di voler applicare la metodologia delle *guidelines* in maniera pedissequa, negando all'Autorità la possibilità di discostarsene. Il terzo, *SEA* (2017), è caratterizzato da una peculiarità: l'AGCM deroga alla metodologia *standard* di determinazione dell'importo di base ed il Giudice non obietta.

621. *Discrezionalità prevalentemente tecnica: TAR Lazio, sez. I, n. 3280/2012, L'Oreal Italia c. AGCM*

La sentenza in esame è stata originata dal ricorso di L'Oreal Italia avverso il provvedimento AGCM n. 21924 (15-12-2012, I701 – *Vendita al*

⁵⁰ La dinamica non sfugge all'Autorità che in qualche caso, nei «considerato» del preambolo dei provvedimenti, sottolinea di non aver alcun margine discrezionale, con ciò quasi a voler stigmatizzare l'inutile aggravio: per un esempio, si rimanda al par. 6.2.3

dettaglio di prodotti cosmetici). L'Autorità aveva ricostruito un'intesa intercorrente tra n. 15 grandi imprese produttrici di cosmetica, con l'aiuto dell'associazione di settore Centromarca, avente ad oggetto il coordinamento delle strategie commerciali tra il 2000 e il 2007. Reputando la condotta «molto grave», aveva fissato per la ricorrente una sanzione di oltre 26 milioni di euro, pari all'1,2% del suo fatturato: un livello basso in termini percentuali, ma molto rilevante in termini assoluti.

In sede di scrutinio giurisdizionale, il T.A.R. reputa non provati gli effetti dell'intesa sul mercato, annullando la parte del provvedimento corrispondente. Riferendosi agli elementi elencati negli Orientamenti europei, il Giudice stima che gli effetti dell'intesa sul mercato valgano il 25% della sanzione, ordinando all'Autorità di ridurla in misura corrispondente.

Il puntuale riferimento del Giudice alla lettera degli Orientamenti, tuttavia, non basta a ritenere soddisfatta interamente la loro logica: il T.A.R. sostiene che, poiché le *guidelines* elencano quattro fattori da considerare in sede di valutazione della gravità dell'infrazione, ciascuno di essi valga il 25% della sanzione⁵¹, ma tale impostazione rigidamente aritmetica appare difficilmente condivisibile.

Si ravvisano due salti logici nell'argomentazione della motivazione. Il primo consiste nell'attribuire ai quattro fattori elencati lo stesso peso, cosa non prevista dagli Orientamenti. Il secondo, nel dedurre che il venir meno di un elemento considerato in sede di giudizio della gravità dell'infrazione comporti una riduzione percentuale della sanzione in misura corrispondente. Infatti, la sanzione si fonda su una serie di elementi, ciascuno dei quali deve essere ponderato in relazione al peso specifico ricoperto nel contesto del provvedimento sanzionatorio.

Nonostante questa considerazione, si ritiene che il caso di specie appartenga alla già citata categoria della discrezionalità «prevalentemente

⁵¹ Sent. cit., par. 22 cpv.: «La individuazione della proporzione applicata al valore delle vendite nel caso di specie, nella quale l'Autorità ha applicato i predetti Orientamenti, è dunque frutto dell'apprezzamento [...] dei quattro fattori appena sopra menzionati, tra i quali figurano gli effetti concreti di alterazione dei prezzi. Ne deriva che nell'apprezzamento della gravità dell'intesa, a tale fattore appare congruo assegnare una incidenza stimabile nel 25%.»

tecnica» in ragione della riflessione del Giudice sulle categorie concettuali introdotte dagli Orientamenti⁵².

622. *Discrezionalità prevalentemente tecnica: T.A.R. Lazio, sez. I, n. 6044/2012, Primogest, HDI e Unipol c. AGCM*

Con il provvedimento n. 22838 (28-09-2011, I731 – *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane*), l'AGCM contestava alle ricorrenti⁵³ un'intesa restrittiva avente per oggetto la ripartizione degli affidamenti, da parte di alcune ASL e Aziende Ospedaliere campane, del servizio assicurativo della responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori di lavoro. L'Autorità calcolava la sanzione prendendo come importo di base il fatturato dell'ultimo anno in cui le condotte vietate avevano avuto luogo, aumentandolo del 10%. Tale incremento veniva giustificato sostenendo che il fatturato dell'ultimo esercizio di bilancio non avrebbe garantito la necessaria efficacia deterrente alle sanzioni. Poiché tale aumento era *sui generis* rispetto alle circostanze aggravanti elencate negli Orientamenti, l'Autorità motivava sul punto, richiamandone in nota sia i punti 18 e seguenti, sia il contenuto della clausola generale esplicitata al punto 37 delle stesse⁵⁴.

Il T.A.R., trascurando il richiamo al punto 37, insiste sul rispetto integrale della metodologia predeterminata di cui ai punti 18 ss.: annulla così l'aumento della sanzione, demandando all'Autorità di rideterminarla *in parte qua* e chiedendo contestualmente di indicare esplicitamente gli elementi adoperati per la quantificazione della sanzione⁵⁵. Contrariamente alla critica

⁵² Un simile modo di procedere si riscontra nelle sentenze T.A.R. Lazio, sez. I, nn. 3269/2012, 3270/2012, 3271/2012, 3272/2012, 3273/2012, 3274/2012, 3275/2012, 3276/2012, 3277/2012, 3278/2012, 3279/2012, 3281/2012, 10307/2016, 10309/2016 (2 sanzioni), 1188/2017.

⁵³ Sanzionata con lo stesso provvedimento è stata anche la società Faro Assicurazioni e Riassicurazioni s.p.a., che tuttavia non ha presentato ricorso.

⁵⁴ La nota 214 del provvedimento citato si riferisce agli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, punto 37: «Nonostante i presenti orientamenti esponano la metodologia generale per la fissazione delle ammende, le specificità di un determinato caso possono giustificare l'allontanamento da tale metodologia o dai limiti fissati al punto 21».

⁵⁵ La sentenza impartiva inoltre all'Autorità l'ordine di ricalcolare il massimale della sanzione del 10% del fatturato per una delle ricorrenti, Primogest s.r.l., basandosi su dati di bilancio più recenti di quelli utilizzati nel provvedimento. Quest'aspetto, tuttavia, non rientra

precedentemente avanzata (par. 6.1.1), in questo caso, invece, il Giudice mostra di volersi attenere alla metodologia degli Orientamenti senza deroghe.

Laddove si voglia puntualizzare sugli elementi interpretativi peculiari del caso di specie, si segnalano tuttavia ulteriori criticità attuative. Infatti, se, da un lato, è certamente apprezzabile che il T.A.R. si preoccupi del rispetto delle *guidelines*, dall'altro la già citata clausola residuale del punto 37, prevista al fine di garantire una sufficiente dissuasività alla sanzione, non deve essere interpretata tanto restrittivamente da vanificarla completamente. Ancora: senza entrare nel merito, la riscontrata prevalenza di *underdeterrence* nella maggioranza dei casi *antitrust* porta a ritenere opportuno che l'AGCM resti libera di valutare caso per caso se, in un'ottica di aggravamento della sanzione, si debba dare peso a circostanze ulteriori che, per loro natura, sono difficilmente predeterminabili in un testo (*lato sensu*) normativo.

623. *Discrezionalità tecnica: T.A.R. Lazio, sez. I, n. 1188/2017, SEA c. AGCM*

Il presente caso ha origine dal provvedimento n. 25397 (25-03-2015, A474 – *SEA/Convenzione ATA*), che aveva inflitto a carico di SEA – Società Esercizi Aeroportuali s.p.a. una sanzione di € 3.365.000,00 per una condotta di abuso di posizione dominante. La condotta contestata aveva ad oggetto il mercato dei servizi di gestione delle infrastrutture aeroportuali e dell'*handling* nello scalo di Milano Linate, per la parte relativa all'Aviazione Generale, affidati in subconcessione alla società ATA Ali Trasporti Aerei s.p.a. Nella ricostruzione dell'AGCM, SEA, forte della sua posizione di gestore unico dell'aeroporto e soggetto concedente, avrebbe vanificato l'esito della gara per l'acquisto di ATA svoltasi nell'ambito di una procedura di concordato preventivo. Sciogliendo "pretestuosamente" il rapporto di subconcessione al fine di rilevare ATA, SEA avrebbe impedito l'accesso al mercato di società concorrenti abusando della propria posizione di concedente e gestore. Nella parte relativa alla quantificazione della sanzione, dopo aver qualificato «*molto grave*» l'infrazione

nell'ambito della presente analisi.

de qua, anche in relazione ai suoi effetti sul mercato, il provvedimento determinava l'importo di base come una percentuale dell'importo totale delle vendite di SEA, parametrato al fatturato della società acquisita. Con ciò, determinava uno scostamento dalla metodologia delle Linee Guida, giustificato con la «*scarsa rappresentatività del fatturato percepito*» nel mercato di riferimento, nonché col richiamo al par. 9 delle Linee Guida che consente tale operazione. L'importo di base, fissato in una misura del 20%, veniva ponderato per l'effettiva durata dell'infrazione (8 mesi); l'AGCM inseriva poi una *entry fee* del 25% (il massimo *ex* Linee Guida), per procedere infine ad aumentare ulteriormente del 50% (di nuovo, il massimo) l'importo ottenuto in ragione della necessità di assicurare un adeguato effetto dissuasivo alla sanzione.

Investito della questione, il T.A.R. ritiene sussistenti i presupposti per il citato scostamento, aderendo al richiamo dell'art. 9 delle Linee Guida e riconoscendo all'Autorità l'ulteriore margine valutativo. Il giudice amministrativo, tuttavia, non concorda con le determinazioni dell'Autorità nell'applicazione della *entry fee* e nell'aumento del 50% a fini di deterrenza. Per quanto riguarda la prima, sostiene che la novità della fattispecie nel panorama italiano avrebbe dovuto essere considerata nell'attività di quantificazione della sanzione, conseguentemente annullando l'*entry fee*. Diverso è il ragionamento che riguarda l'aumento a fini dissuasivi: il Giudice sostiene, infatti, che l'art. 25 delle Linee Guida non contempli la «*necessità di assicurare un effetto dissuasivo*», con ciò aderendo alla lettera dell'art. 25⁵⁶, e riconduce l'aumento al 20%, demandando all'Autorità di adeguare la sanzione aderendo ai citati parametri.

L'esame della sentenza porta a classificare la discrezionalità applicata in questo caso come pienamente tecnica: si evidenziano il richiamo della normativa e la specifica motivazione in ordine ai punti di dissenso con la ricostruzione

⁵⁶ Testualmente, l'art. 25 recita: «L'Autorità potrà incrementare la sanzione fino al 50% qualora l'impresa responsabile dell'infrazione abbia realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche.» Si rammenta, però, che l'art. 25 è collocato all'interno della Sezione IV delle Linee Guida, titolata: «Altri adeguamenti a garanzia della proporzionalità e dell'effettiva deterrenza».

dell'Autorità.

L'AGCM ridetermina, quindi, la sanzione, seguendo i dettami del T.A.R., con il provvedimento n. 26547 (12-04-2017): interessante, nel relativo preambolo, è il primo *considerato*, che recita testualmente: «*CONSIDERATO che i criteri individuati dal TAR Lazio nell'esercizio della sua giurisdizione di merito per la rideterminazione della sanzione irrogata a SEA - Società Esercizi Aeroportuali S.p.A. risultano puntuali, oggettivi e di applicazione automatica e non lasciano alcun margine discrezionale nell'attuazione del vincolo conformativo derivante dalla sentenza da eseguire*». L'Autorità, dunque, ben si avvede di non avere alcuna discrezionalità nell'applicazione dei dettami del giudicato.

6.3. Rideterminazione ad opera dell'AGCM su ordine del TAR, con riesercizio di discrezionalità

L'ipotesi di specie è marginale: l'esame ha individuato, infatti, soli quattro casi⁵⁷ di riesercizio della discrezionalità amministrativa a seguito di sentenza, in cui l'importo viene ridotto in media del 38%⁵⁸. Le ragioni della riluttanza del Giudice verso questo *modus procedendi* esulano dall'oggetto dell'indagine, ma rimangono di interesse per un futuro approfondimento.

Lo strumento in esame realizza una collaborazione istituzionale piena e completa: in questi casi, l'Autorità viene investita nuovamente della questione non come mera esecutrice di un calcolo, ma come organo cui viene demandata una nuova valutazione tecnica, emendando in autonomia gli elementi di criticità riscontrati con la sentenza.

Le caratteristiche di questo strumento lo rendono il più indicato a risolvere questioni particolarmente complesse, oppure a sanare eventuali vizi

⁵⁷ Si tratta, oltre a quello esaminato, di ulteriori due ricorsi avverso il provvedimento n. 22521: T.A.R. Lazio, sez. I, n. 3035/2012, *Italsempione s.p.a. c. AGCM* (con ottemperanza T.A.R. Lazio, sez. I, n. 3724/2013), e quello riguardante T.A.R. Lazio, sez. I, n. 3033/2012, *Villanova s.p.a. c. A.G.C.M.* Rientra in questa categoria anche T.A.R. Lazio, sez. I, n. 8778/2015, *Consiglio Nazionale Forense c. AGCM*

⁵⁸ È doveroso precisare che, stante la bassa consistenza numerica del campione, questo dato è fuorviante. A fronte di riduzioni che, in 3 casi su 4, sono contenute nell'ordine del 20%, incide pesantemente il dato relativo alla sanzione comminata nel quarto (Villanova, -69%), che però ha scarsissimo peso in termini assoluti vista la tenuità del trattamento sanzionatorio relativo.

dell'atto originario sui quali il Giudice non può pronunciarsi senza rischiare di compromettere l'equilibrio complessivo del provvedimento.

Come rilevato a proposito della categoria precedente, l'adozione di un nuovo provvedimento innalza sia i costi processuali che il rischio di ulteriori ricorsi strumentali: tali costi e tale rischio si ritengono, nei casi di specie, giustificati dalla necessità di un riesame della fattispecie da parte dell'Autorità.

A causa della ristrettezza del campione (si segnala, peraltro, che tre casi su quattro sono stati originati dallo stesso provvedimento), non è possibile delineare linee di tendenza esaustive. Il caso esaminato di seguito, tuttavia, è un interessante esempio che racchiude le principali peculiarità riscontrate nell'analisi di questa tipologia di rideterminazione.

6.3.1. Discrezionalità tecnica e ottemperanza: TAR Lazio, sez. I, nn. 3029/2012 e 3718/2013, Albini & Pitigliani c. AGCM

Il caso ha origine dal già descritto provvedimento n. 22521 (I722 – *Logistica internazionale*). Per Albini & Pitigliani s.p.a., l'importo base della sanzione veniva fissato in € 16.313.734, invariato dopo l'applicazione di un'aggravante e un'attenuante⁵⁹: poiché tale importo era superiore alla soglia legale massima del 10% del fatturato globale, veniva ridotto ad € 8.477.792. Il provvedimento, tuttavia, non recava traccia esplicita di questa riduzione, poiché il dato della sanzione finale era presentato senza commento all'interno di una tabella riepilogativa.

L'impresa presentava ricorso, accolto parzialmente con la sentenza n. 3029/2012. In motivazione, richiamando sia gli Orientamenti che la giurisprudenza europea sul punto, il Giudice, pur concordando ampiamente con la ricostruzione effettuata in istruttoria, ritiene non provata l'aggravante a carico

⁵⁹ Il trattamento sanzionatorio particolarmente severo veniva così ottenuto: 5% del fatturato sul mercato rilevante moltiplicato per 6 anni di durata della condotta di intesa vietata. Ad Albini & Pitigliani erano inoltre applicate l'aggravante organizzativa e la riduzione della sanzione per perdita di esercizio, le cui percentuali relative non erano specificate nel provvedimento. Nel provvedimento di rideterminazione n. 23888, l'Autorità sottolinea però come le percentuali applicate fossero nella disponibilità del T.A.R., perché emerse durante la trattazione di altri ricorsi, spec. v. T.A.R. Lazio, sez. I, n. 3034/2012 (per l'aggravante) e T.A.R. Lazio, sez. I, n. 3038/2012 (per l'attenuante), ed erano pari al 20% ciascuna.

della ricorrente⁶⁰, e demanda all’Autorità di escluderla e ricalcolare la sanzione.

L’Autorità avvia quindi il procedimento I722C al fine di ottemperare al giudicato, e col provvedimento n. 23888 (12-09-2012) scomputa l’aggravante dall’importo di base della sanzione, che passa dalla cifra originale ad € 13.050.987: importo, però, comunque superiore al limite del 10% del fatturato, cui viene ricondotto (stavolta esplicitamente), con ciò irrogando una sanzione del medesimo importo di quella contenuta nel provvedimento originale.

Albini & Pitigliani effettua così un nuovo ricorso avverso il provvedimento n. 23888 per l’ottemperanza della sentenza n. 3029/2012, che ritiene non eseguita correttamente. Con la sentenza n. 3718/2013, il T.A.R. accoglie il ricorso, sostenendo che, poiché nel provvedimento originale non era menzionata la circostanza che la sanzione fosse stata ridotta per rispettare il limite del 10% del fatturato, il Giudice di prime cure non avrebbe potuto immaginarla⁶¹: la sentenza doveva essere quindi intesa nel senso di eliminare l’aggravante dall’importo finale e non dall’importo di base.

L’importanza di questo caso ai fini della ricostruzione della dialettica tra T.A.R. e AGCM è evidente: per ciò che interessa in questa sede, ci si limita a rilevare che l’operato del Giudice amministrativo al momento dell’originario esercizio del potere di rideterminazione è impeccabile nella metodologia applicata, e realizza un efficace equilibrio tra poteri tra la vincolatività della sentenza e la discrezionalità dell’Autorità.

7. Conclusioni

Il lavoro, attraverso una ricostruzione della ricca letteratura presente a livello nazionale e internazionale, prende le mosse dai lineamenti di base della teoria della sanzione *antitrust* ottima.

La letteratura (Becker, 1968; Landes, 1983; Wils, 2002, 2007) è concorde nel ritenere che il livello di deterrenza ottimale rispetto alle condotte

⁶⁰ Si tratta del ruolo di leader del cartello.

⁶¹ Sent. cit., p.to 4.4.2: «*si deve concludere che la ripetuta sentenza [...] ha voluto disporre la rideterminazione della sanzione, partendo dal presupposto che questa fosse stata fissata in € 8.477.792,00 dopo aver direttamente applicato alla sanzione base l’aggravante e la riduzione*».

illecite degli operatori economici sia raggiunto quando il guadagno privato atteso dalla violazione risulti inferiore alla sanzione moltiplicata per la sua *detection probability*. In numerosi lavori (Wils, 2006; Pardolesi, 2008; Motta, 2013), tuttavia, emerge la convinzione che una deterrenza ottimale non sia raggiungibile in una prospettiva attuativa. Altri autori (Connor, 2006; Buccirosi e Spagnolo, 2007; Velkanovski, 2007; Pardolesi, 2008; Combe e Monnier, 2009; Motta, 2013; Giannaccari, 2013), in ogni caso, evidenziano che il livello delle sanzioni attuali sia di molto inferiore rispetto a quanto ritenuto necessario dalla teoria della *optimal fine*.

Tutto ciò premesso, nel corso degli ultimi venti anni, a livello internazionale, si è avvertita sempre più l'esigenza di consolidare i portati della prassi applicativa e della riflessione giuseconomica in tema di deterrenza "workable". Il sistema delle *guidelines* europee e nazionali costituisce, pertanto, un *common framework* in grado di fornire ancoraggi solidi per la metodologia da implementare sia a livello di Autorità che di vaglio giurisdizionale amministrativo.

La popolazione statistica di n. 119 casi su cui si basa la nostra indagine qualitativa prende in considerazione tutte le sanzioni (in tema di abuso di posizione dominante e intese restrittive), irrogate tra il 2000 e il 2015, oggetto di rideterminazione giudiziale dinanzi al T.A.R.

Nell'analisi dell'operato del Giudice, si è indagato il collegamento tra vizi riscontrati nell'atto e tecnica di rideterminazione utilizzata. Prescindendo dal sindacare le ragioni giuridiche poste alla base del processo di rideterminazione in sede di contenzioso amministrativo, in particolare, si è individuata la metodologia con cui il giudice amministrativo contabilizza la nuova sanzione, o meglio, motiva e lega nel dispositivo l'accolto con l'effettiva rideterminazione eseguita.

L'analisi complessiva delle sentenze ha evidenziato una serie di linee di tendenza.

Innanzitutto, il risultato numerico della rideterminazione varia a seconda dell'organo che in concreto la effettua. Si è notato che la riduzione media delle

sanzioni è decisamente più elevata nei casi in cui il giudice amministrativo procede direttamente (-49%) rispetto a quelli in cui demanda all'Autorità con o senza discrezionalità aggiuntiva (-38% per la prima, -31,4% per la seconda). Tale risultato suggerisce che il T.A.R. ridetermina autonomamente i casi nei quali ritiene più gravi i vizi del calcolo del provvedimento sanzionatorio, lasciando invece che l'Autorità si occupi di quelli più lievi (*remand* con o senza discrezionalità). Non si ravvisano, tuttavia, spiegazioni immediate per la rilevata discrasia nei dati relativi alle diverse percentuali di riduzione.

La tendenza ad un sempre più ampio utilizzo delle linee guida da parte del giudice amministrativo denota una maggiore focalizzazione sulla tecnica di contabilizzazione della sanzione. In prospettiva diacronica, i casi in cui il T.A.R. si è mostrato meno sensibile alla metodologia delle *guidelines*, rideterminando secondo una metodologia originale (discrezionalità metodologica) sono generalmente i più risalenti nel tempo, mentre nei più recenti l'approccio tende a una verifica *step by step* che impiega gli stessi parametri valutativi utilizzati dall'Autorità, seppur talvolta in assenza di una corposa *ratio* motivazionale. In altre parole, l'ottica evolutiva della prassi giurisdizionale denota un processo di graduale avvicinamento ai principi ispiratori e alle tecniche di quantificazione della sanzione previsti nelle linee guida.

Dal punto di vista dell'economia processuale, tuttavia, suscita qualche perplessità la prassi del Giudice, invalsa a partire dal 2012, di rinviare sovente i provvedimenti all'AGCM al solo fine di applicare percentuali di riduzione della sanzione già fissate nel dispositivo della sentenza, senza che residuino ulteriori margini di valutazione. In questi casi, pur esercitando pienamente il suo sindacato di merito, con il *remand* il Giudice genera ulteriori costi processuali, forse evitabili atteso che le competenze specialistiche dell'Autorità non giocano alcun ruolo nello svolgimento di un'operazione aritmetica. A causa della necessità di un nuovo provvedimento, estrinsecante peraltro attività non valutative meramente ancillari, si innalza il rischio di ulteriori ricorsi, a fronte di un contenuto innovativo nullo. Di più: in taluni di questi casi, la stessa Autorità sottolinea, nei «*considerato*» del preambolo dei provvedimenti, di non aver

alcun margine discrezionale, con ciò quasi a voler stigmatizzare l'aggravio causato dal dover emanare un nuovo provvedimento per una mera operazione di sottrazione di percentuali già contenute nella sentenza da eseguire.

Non si vuole, con ciò, screditare l'istituto del *remand*, che può realizzare una efficace collaborazione istituzionale tesa al raggiungimento di una deterrenza *second best* – ciò che può avvenire solo passando attraverso l'applicazione uniforme del medesimo *common framework* rappresentato dalle linee guida. Al fine di preservare l'economia processuale, tuttavia, questo procedimento – più oneroso – dovrebbe rimanere riservato ai casi in cui la nuova valutazione dell'Autorità abbia una qualche utilità pratica, come quelli particolarmente complessi per numero di parti coinvolte, pluralità delle condotte rilevanti o per il cumulo di circostanze aggravanti e attenuanti.

Dall'analisi complessiva, quindi, emerge che su n. 415 casi analizzati oggetti di ricorso, n. 216 (52%) sono stati rideterminati o annullati. Dei n. 415 ricorsi, n. 119 (28,7%) sono andati incontro a rideterminazione, con una riduzione media della sanzione pari al 43,22%. Se a ciò si aggiungono i dati relativi all'annullamento delle sanzioni, riscontrato in n. 97 (23,3%) casi, e si considera che l'annullamento altro non è che una riduzione del 100%, si giunge a una percentuale di riduzione media del 68,7%.

In altre parole, un'impresa ricorrente fronteggia il 52% di probabilità di accoglimento (totale o parziale) della propria istanza, che, a sua volta, porta con sé una riduzione media del 68,7%.

Il forte incentivo economico spiega quindi l'elevata propensione al ricorso (79,2%). V'è di più: se, anziché considerare il numero di sanzioni, si guarda all'importo, si scopre che ben l'89,4% dell'importo irrogato è oggetto di scrutinio giurisdizionale. Ciò è compatibile con l'ipotesi che, per sanzioni di importo contenuto, gli operatori economici abbiano una scarsa propensione a voler sostenere gli extra-costi connessi al ricorso.

Nell'ottica di incidere sugli incentivi/disincentivi comportamentali al ricorso, sarebbe possibile ipotizzare, per il giudice amministrativo, la possibilità di rideterminare la sanzione in aumento. Introducendo la minaccia concreta di

una maggiorazione della sanzione in sede giurisdizionale, infatti, si potrebbe ridurre la propensione al ricorso delle imprese, oltre ad armonizzare il sistema nazionale con quello europeo. Il Consiglio di Stato, tuttavia, nella sua sentenza n. 1190/2009, ha perentoriamente negato tale possibilità. Alla base di siffatto convincimento il Supremo Consesso pone in risalto la corrispondenza tra chiesto e pronunciato: tale principio verrebbe meno, infatti, nel caso di inasprimento della sanzione da parte del Giudice.

Bibliografia

Aubert C., Rey P. e Kovacic W. (2006), *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*, in «International Journal of Industrial Organization», vol. 24, iss. 6, pp. 1241-1266.

Barbier De La Serre É. e Lagathu E. (2013), *The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, in «Journal of Competition Law & Practice», vol. 4, iss. 4, pp. 325-344.

Becker G.S. (1968), *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in «Journal of Political Economy», vol. 76, n. 2, pp. 169-217.

Block M. e Sidak G. (1980), *The Cost of Antitrust Deterrence: Why Not Hang a Price Fixer Now and Then?*, in «The Georgetown Law Journal», vol. 68, n. 5, pp. 1131-1139.

Block M., Nold F. e Sidak G. (1981), *The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement*, in «Journal of Political Economy», vol. 89, p. 429-445.

Buccirossi P. e Spagnolo G. (2007), *Optimal Fines in the Era of Whistleblowers: Should Price Fixers Still Go to Prison?*, in Vivek Goshal & Johan Stennek eds., in «The Political Economy of Antitrust», Elsevier, North Holland.

Caringella F. (2011), «Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali», Giuffrè Editore, vol. II, p. 1460.

Chieppa R. (2013), *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in «Giurisprudenza commerciale», vol. 40, n. 2, p.

340-357.

Combe E. e Monnier C. (2011), *Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement*, in «The Antitrust Bulletin», vol. 56, iss. 2, pp. 235-275.

Connor J.M. e Lande R.H. (2006), *The size of cartel overcharges: implications for US and EU fining policies*, in «The Antitrust Bulletin», vol. 51, n. 4, pp. 983-1022.

Connor J.M. (2006), *Optimal Deterrence and Private International Cartels*, pp. 1-42, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1103598> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.110359>.

Fabra N. e Motta M. (2013), *Antitrust Fines in Times of Crisis*, CEPR Discussion Paper No. DP9290, January 2013, pp. 1-23, disponibile al link: <http://ssrn.com/abstract=2210260>.

Gerardin D. (2011), *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, TILEC Discussion Paper n. 2011-052, pp. 1-59, disponibile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1937582>.

Giannaccari A. (2013), *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale) castigo?*, in «Mercato Concorrenza Regole», vol. 3, pp. 473-501.

Giannaccari A. e Landi C. (2014), *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va nella città dolente*, in «Mercato Concorrenza Regole», vol. 2, pp. 201-240.

Ginsburg D.H. e Wright J.D. (2010), *Antitrust Sanctions*, in «Competition Policy International», vol. 6, no. 2, p. 3-39.

Giovagnoli R. (2013), Relazione tenuta al Convegno «Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati», presso Cons. St., 28 febbraio 2013.

Katsoulacos Y. e Ulph D. (2013), *Antitrust Penalties and the Implications of Empirical Evidence on Cartel Overcharges*, in «The Economic Journal», vol. 123, n. 572, pp. F558-F581.

Landes W.M. (1983), *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in «The

University of Chicago Law Review», vol. 50, pp. 652-678.

Motta M. e Polo M. (2003), *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, in «International Journal of Industrial Organization», vol. 21, pp. 347-379.

Pardolesi R. (2008), *Privatizzare l'antitrust? Verso una nuova dimensione del private enforcement nel diritto della concorrenza*, in G. Bruzzone (a cura di), «Poteri e garanzie nel diritto antitrust», Bologna, Il Mulino, p. 201 ss.

Rey P. (2003), *Towards a Theory of Competition Policy*, in «Advances in Economics and Econometrics: Theory and Applications-Eight World Congress», Cambridge University Press, pp. 82-132.

Schkade D., Sunstein C.R. e Kahneman D. (1999), *Do People Want Optimal Deterrence?*, in «Law & Economics Working Paper», n. 77, pp. 1-28.

Souam S. (2001), *Optimal Antitrust Policy Under Different Regimes of Fines*, in «International Journal of Industrial Organization», vol. 19, pp. 1-26.

Spagnolo G. (2003), *Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime*, mimeo, University of Mannheim.

Spagnuolo F. (2008), *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», fasc. 3-4, pp. 1007 e ss.

Werden G.J. e Simon M.J. (1987), *Why price fixers should go to prison*, in «The Antitrust Bulletin», vol. 32, pp. 917-937.

Wils W. (2002), *Does the Effective Enforcement of Articles 81 and 82 EC Require Not Only Fines on Undertakings but Also Individual Penalties, in Particular Imprisonment?*, in «European Competition Law Annuals», eds. C.D. Ehlermann (Oxford: Hart Publishing).

Wils W. (2007), *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in «World Competition», vol. 30, n. 2, pp. 197-229.

Van Cayseele P., Camesasca P.D.N. e Hugmark K. (2008), *The EC Commission's 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Over-Deterrence*, in «The Antitrust Bulletin», vol. 53, n. 4, pp. 1083 ss.

Velkanovski C. (2007), *Cartels Fines in Europe: Law Practice and*

Deterrence, in «World Competition», pp. 65-86.

Von Hirsch A., Bottoms A.E., Burney E., Wikstrom P.O. (1999), «Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research», Oxford: Hart Publishing.

<http://www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni>

Contact: e-pfrp@uniroma1.it